

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 143

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
2023-1262-2	Tutela 2° instancia	NEVARDO DE JESUS NOREÑA RAMIRE	COLPENSIONES Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Agosto 15 de 2023
2023-1290-3	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	LUIS MATEO YAGARÍ PANCHÍ	Se abstiene de resolver recurso de apelación	Agosto 15 de 2023
2023-1492-3	Tutela 1° instancia	OSÉ MIGUEL MARULANDA	JUZGADO 5° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Remite por competencia	Agosto 15 de 2023
2023-1466-3	Decisión de Plano	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	OSCAR HERNÁN CIRO USME	Declara infundado impedimento	Agosto 15 de 2023
2023-1246-4	Tutela 2° instancia	JESLEIMAR DAYANA CHARVAL VERDE	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Agosto 15 de 2023
2023-1450-4	Decisión de Plano	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JULIETH DAYANA MARTÍNEZ Y OTROS	Declara infundado impedimento	Agosto 15 de 2023
2023-0421-4	auto ley 906	ACCESO CARNAL VIOLENTO	JHON FERNEY NANCLARES PULGARÍN	confirma auto de 1° Instancia	Agosto 15 de 2023
2023-1386-4	Tutela 1° instancia	GILDARDO DE JESÚS MUÑOZ PÉREZ	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	niega por improcedente	Agosto 15 de 2023
2022-1701-4	auto ley 906	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	CARLOS ANDRÉS QUINTERO QUINTERO	Concede recurso de casación	Agosto 15 de 2023
2021-1331-4	auto ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	JHON FREDY GARCÍA MORALES Y OTRO	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 15 de 2023

FIJADO, HOY 16 DE AGOSTO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA SALA PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Ref.: Acción Tutela segunda instancia No. 031
Radicado: 05664-31-89-001-2023-00061
No. Interno: 2023-1262-2
Accionante: NEVARDO DE JESUS NOREÑA RAMIREZ
Entidad Accionada: COLPENSIONES y NUEVA EPS.
Decisión: CONFIRMA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Medellín, catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado en sesión de la fecha según acta No. 085

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas judiciales de NUEVA EPS y COLPENSIONES respectivamente, contra el fallo de tutela proferido el día 24 de mayo de 2023 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros-Antioquia, mediante el cual se concedió

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

el amparo deprecado el accionante, el señor Nevardo de Jesús Noreña Ramírez.

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Los hechos y pretensiones fueron sintetizados por el Juzgado de Primera Instancia de la siguiente forma:

“Refiere el accionante, que cuenta con 71 años de edad, se encuentra afiliado a la NUEVA EPS y a COLPENSIONES-Sic- en calidad de trabajador dependiente. Que hace tres años padece enfermedad en sus articulaciones y viene incapacitado desde el año 2020 por el mismo diagnóstico M181, a la fecha lleva 759 días. Fue diagnosticado con estenosis espinal desde el 08/10/2021 y sometido a cirugía de prótesis de rodilla, de ello debe someterse a nueva cirugía por rechazo de dicha prótesis.

La NUEVA EPS le pagó los primeros 180 días de incapacidades. Es decir, hasta el 15 de agosto de 2020, fecha se según certificado emitido por la EPS cumplió los 180 días, por lo tanto, a partir del día 181 le correspondía el pago de incapacidades a la AFP COLPENSIONES conforme inciso final del Decreto 019 de 2012, pero se negó a pagar con el argumento de que la EPS no había emitido el concepto de rehabilitación.

Frente a lo anterior indica el señor Noreña Ramírez, que la NUEVA EPS emitió dos conceptos de rehabilitación, uno en el mes de agosto de 2020 y otro concepto el día 9 de marzo de 2022, notificado a Colpensiones el 16 del mismo mes y año. Solo a partir de esta última fecha Colpensiones le empezó a pagar las incapacidades hasta el día 21 de julio de 2022, fecha en la que cesó el pago con el argumento de que las incapacidades no cumplían con los requisitos del Decreto 1427 de 2022.

Manifiesta que ninguna de las entidades antes mencionadas le ha pagado las incapacidades desde el día 181 hasta el 13 de marzo de 2022 que empezó a pagar Colpensiones, como tampoco le han reconocido el pago de incapacidades desde el 21 de julio de 2022 fecha en que cesó el pago Colpensiones hasta el día de hoy.

La AFP Colpensiones el día 28 de febrero de 2023 le notificó el dictamen de pérdida de capacidad laboral con un porcentaje de 20.39% con lo cual no puede acceder a una pensión de invalidez, pero su estado de salud continua crítico, lo que sigue generando incapacidades, encontrándose en esta situación hasta el 22 de mayo de 2023.

Sostiene que las discusiones entre las entidades de la seguridad social, en este caso NUEVA EPS y el fondo de pensiones Colpensiones, sobre el cuál de ellas debe asumir el pago de incapacidades, si fue emitido o no concepto de rehabilitación y si las incapacidades otorgadas cumplen con los requisitos, no puede ser trasladada a los afiliados en perjuicio de éstos, como en este caso.

Con base en los hechos narrados solicita el accionante ordenar a la NUEVA EPS Y/O A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, que de manera inmediata ordene cesar la amenaza a los derechos fundamentales indicados y en consecuencia ordenar expedir, reconocer y pagar en un término perentorio no mayor a 5 días las incapacidades por enfermedad general desde el día 181 de incapacidad hasta el día 16 de marzo de 2022 que no han sido pagadas. Así mismo, las incapacidades comprendidas entre el 22 de julio de 2022 hasta la fecha, las cuales no han sido pagadas por ninguna de las entidades accionadas. Igualmente se ordene que continúe pagando las incapacidades que por el mismo diagnóstico m181 le siga expidiendo la Nueva Eps..."

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de Primera Instancia tuteló los derechos constitucionales fundamentales deprecados por el señor NEVARDO DE JESÚS NOREÑA RAMÍREZ en los siguientes términos:

(...)

“...se tiene que el demandante el señor NEVARDO DE JESÚS NOREÑA RAMIREZ (...) Fue diagnosticado con estenosis espinal desde el 08/10/202, que originaron incapacidades por el médico tratante, situación que confirman las accionadas y en donde la NUEVA EPS ha informado que emitió concepto favorable de rehabilitación el 4 de agosto de 2020, informado a la AFP COLPENSIONES ,y en-Sic- 9/03/2022, volvió a emitir otro en similar sentido informado a la misma AFP, reconociendo al -Sic- NUEVA EPS que hasta el 22 de mayo de 2023, el accionante acumula incapacidad por 759 días como lo afirmo el actor, de ahí que este completo los primeros 180 días de incapacidad el **20 de octubre de 2021 y el día 540 15 de octubre de 2022**, por eso en la aplicación de los derroteros legales y jurisprudenciales atrás citados, el pago de las incapacidades durante este intervalo de tiempo es claro para este operador judicial que compete asumirlos a la AFP COLPENSIONES, sin que sea válido para no hacerlo excusarse en formalismos del decreto 1427 de 2022 en su capítulo 3 del título 1º, pues son aspectos que corresponda cumplir al afiliado trabajador, constituyéndose en una barrera para acceder a los beneficios del

sistema, en tanto que, no es él, el que expedía la incapacidad, siendo ello un asunto que bien puede solucionarse armónicamente dentro del sistema ante la EPS y el emisor de la misma a partir del 16 de octubre de 2022 y hasta la fecha de emisión de esta sentencia corresponde el pago del subsidio de incapacidad a la NUEVA EPS a quien corresponde continuar haciéndolo mientras el trabajador afiliado permanezca incapacitado.

En el caso analizado, las condiciones del trabajador accionante no han variado, por eso el proceso de reintegro laboral de ser necesario, es un asunto que lo debe liderar la EPS, pues en-Sic- si es ella la que está emitiendo incapacidades, entonces debe de reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial frente al concepto de invalidez, según lo dicho en sentencia atrás citada y continuar con los pagos de los subsidios tal y como lo señala la jurisprudencia hasta tanto se defina su real estado o sea reintegrado al puesto de trabajo....”

Con base en los argumentos anteriores el juez de primera instancia resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por el accionante y en consecuencia ordenó:

“SEGUNDO: ORDENAR a AFP COLPENSIONES, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde el momento de la notificación de esta providencia, proceda al pago de las incapacidades entre el 20 de octubre de 2021 y el día 540 15 de octubre de 2022.

TERCERO: ORDENAR a NUEVA EPS si aún no lo ha hecho, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde el momento de la notificación de esta providencia, proceda al pago de aquellas incapacidades surgidas entre el 16 de octubre de 2022 a la fecha de emisión de esta sentencia y las que se sigan generando con ocasión de este diagnóstico y hasta que sea reevaluado su estado de invalidez o reintegrado al puesto de trabajo.

4. LA APELACIÓN Y SU SUSTENTO

La entidad accionada NUEVA EPS y la AFP COLPENSIONES al estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia, interponen el recurso de alzada y lo sustentan en los siguientes términos:

La NUEVA EPS:

“- El despacho judicial ordena el pago de las prestaciones económicas denominadas incapacidades, a partir del día 541 a cargo de NUEVA EPS. Sin embargo, de la documental no se evidencia que el accionante haya sido calificado en su capacidad con el fin de determinar su porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Ante dicha situación, se genera una incertidumbre frente a las condiciones en salud en la que se encuentra el accionante, lo cual no permite identificar el camino correspondiente.

(...)

"...actualmente se desconoce el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del accionante, además el despacho ordena el pago de incapacidades que aún no se han causado ni generado al accionante, por lo cual queda en incertidumbre la condición actual del usuario y la responsabilidad a cargo del pago de incapacidades. No siendo NUEVA EPS la titular de esa obligación.

Finalmente, se debe indicar que el reconocimiento de incapacidades futuras que a la fecha no se han causado ni prescrito, atenta contra los principios de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que se están protegiendo eventos que se desconoce si sucederán y suponiendo de antemano que NUEVA EPS es la responsable de su pago y si así lo fuera, se está asumiendo que la entidad no cumplirá. Situación que afecta el derecho de defensa y de contradicción de la entidad.

Basado en lo expuesto, se indica que NUEVA EPS debe propender por el cuidado de los recursos que se catalogan como públicos, y debe tener un uso determinado y responsable de estos, y por eso ponemos en conocimiento las posibles alteraciones encontradas en el caso.

(...)

Si bien, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T760-08 indicó que no era necesario el pronunciamiento del juez constitucional otorgando el recobro para que este procediera, no obstante, NUEVA EPS se ve obligada a realizar dicha solicitud, para poder que se efectúe el reembolso a favor de la entidad.

Por lo tanto, en el presente fallo se debe ordenar a ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), el reintegro a la EPS de los dineros que deba asumir por concepto de incapacidades superiores al día 540.

En virtud de lo anterior, solicita se REVOQUE la sentencia proferida el 24 de mayo de 2023, en su lugar, se denieguen las pretensiones del accionante contra NUEVA EPS.

Por su parte la **AFP COLPENSIONES**, arguye como razones de disenso el hecho de que el afiliado solicitó el reconocimiento y pago de incapacidades médicas, incumpliendo requisitos establecidos en el artículo artículo 2.2.3.3.2 del decreto 1427 del 29 de julio de 2022, específicamente en lo que atañe a la presentación en original de la licencia otorgada por el médico tratante.

Señaló además que, la acción de tutela se torna improcedente para obtener el pago de incapacidades, al no estar instituida para resolver cuestiones litigiosas, sino por el contrario para proteger derechos fundamentales.

En virtud de lo anterior, solicita se revoque la decisión de primer grado

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

5.1 Competencia

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991 y el decreto 1382 de 2000, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la presente impugnación.

5.2 Problema Jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso, resulta procedente la revocatoria del fallo de primer grado, de acuerdo a los pedimentos de la AFP COLPENSIONES y la NUEVA EPS, quienes consideran no se cumplen los requisitos de ley para acceder al pago de las incapacidades médicas reclamadas por el accionante, además de no acreditarse el requisito e procedibilidad de subsidiariedad.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se instituye la acción de tutela como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, así como la misma sólo procederá cuando el afectado o afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Descendiendo al caso objeto de estudio y para dar respuesta al problema jurídico planteado en precedencia, lo

procedente es acudir a lo dispuesto por la Corte Constitucional² en punto de las entidades responsables del pago de la incapacidad médica, veamos:

Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - Entidades responsables de efectuar el pago. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, el Estado colombiano "garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud", y con fundamento en esta disposición, se ha instituido dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional.

Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Entonces, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013^[21], las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Este pago se surte, por parte de las ARL, "(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez"^[22].

En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad^[23] radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de esta, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los

² Sentencia T-194 de 2021

dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012^[24], el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador^[25].

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación^[26], esta corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación^[27].

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación^[28] -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral "hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS"^[29]. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador^[30]. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible: i) que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%^[31], evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la AFP a

la cual se encuentre afiliado; o ii) que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que “el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”^[32]. En otras palabras, se configura uno de los eventos en los cuales el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, reconocido por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997^[33].

No obstante, lo anterior, es factible que, a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y, por tanto, los asegurados incurso en estas circunstancias, antes de la promulgación de la **Ley 1753 de 2015**^[34] –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se encontraban desprotegidos legalmente como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío de regulación fue efectivamente superado con la ley mencionada, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debía asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente por la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad^[35].

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

“ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:
(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por**

enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades." (Resaltado de la Sala)

De la norma transcrita se advierte: i) que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y ii) que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017^[36].

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que, conforme al texto normativo transcrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos^[37], y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 1753 de 2015^[38], el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene reiterar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada^[39].

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993

Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

...".

Bajo este panorama y atendiendo las razones esbozadas de manera general por las entidades accionadas en punto de la improcedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades médicas, debe precisarse que, si bien el objeto del presente amparo, es el pago de una prestación económica—incapacidades—, de cara al cumplimiento de requisitos de procedibilidad de subsidiariedad, el juez constitucional debe estudiar si el medio judicial ordinario, es eficaz y suficiente para lograr la protección inmediata de los derechos del accionante, señalando la Corte Constitucional³ que, procede el amparo constitucional, cuando:

- a. *Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas.*
- b. *Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional.*
- c. *Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional.*
- d. *Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad.*

³ T-523 de 2020

Bajo este horizonte, es claro que una persona incapacitada es una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, que por su situación de salud no se encuentra en un plano de igualdad con aquellas que no están en esa situación, pero además, en este caso ha dejado claro el accionante que, tiene 71 años y no cuenta con otro sustento para sufragar sus gastos y los de su familia⁴, afirmación que dicho sea de paso, no fue desvirtuada por las entidades accionadas, constituyendo ello una situación de urgencia, que hace indispensable la intervención del juez constitucional a efectos de conjurar cualquier afectación a los derechos fundamentales, especialmente el derecho al mínimo vital.

Aclarado lo anterior, **Colpensiones** centra su reproche, en el hecho de no haber vulnerado derecho fundamental alguno, pues rechazó la solicitud del pago de las incapacidades requeridas por el accionante al no acreditarse la originalidad de la licencia concedida por el médico tratante. Tornándose evidente que, la razón esbozada por esta entidad, tal como lo señaló el A quo, se funda en un trámite meramente administrativo que puede superarse con el simple requerimiento que en tal sentido se realice ante la EPS en punto de las incapacidades allegadas por el usuario, constituyendo ello una barrera administrativa injustificada para el

⁴ Ver pagina 2 del archivo denominado: "02Demanda.pdf" de la carpeta C01PrimeraInstancia del expediente electrónico.

acceso a esta prestación de seguridad social de gran importancia, como lo es el subsidio de incapacidad, el cual constituye la única posibilidad de sustento para la accionante, situación que deriva en una clara afectación al mínimo vital.

Por otro lado, en lo que atañe a las razones objeto de reproche explicitadas por la NUEVA EPS, relacionadas con la imposibilidad de pagar las incapacidades superiores al día 540 al no acreditarse que el accionante haya sido “calificado en su capacidad para determinar su porcentaje de pérdida de capacidad laboral”, debe señalarse que, dentro de la presente actuación el accionante allegó⁵ el comunicado con radicado Nro. 2022_14236296 fechado del pasado 28 de 2023 emitido por la AFP COLPENSIONES en el que se informa al tutelante el dictamen de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración 21 de diciembre de 2022, que arroja un resultado de 20.39%; sin embargo al margen de lo anterior, debe precisarse que es la ley 1753 de 2015 en su artículo 67⁶, la que determinó que es deber de las EPS

⁵ Ver archivo denominado: “08Anexo06.pdf” de la carpeta C01PrimeraInstancia del expediente electrónico.

⁶ **ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

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

cancelar aquellas incapacidades de origen común que superan los 540 días continuos.

Al respecto, señaló la Corte constitucional lo siguiente:

(...)

“... en el escenario de aquellas personas que i) contaban con un concepto favorable de rehabilitación, ii) calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y iii) continuaban con incapacidades superiores a los 540 días, la jurisprudencia constitucional había considerado un déficit de protección previo a la promulgación de la Ley 1753 de 2015.

En este sentido, en sentencia T-468 de 2010, esta corporación había reconocido la existencia de múltiples eventos en los que una afectación a la salud de los trabajadores llevaba a las EPS a certificar incapacidades superiores al tiempo estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social, ya que las limitaciones físicas no permitían determinar una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, pero la imposibilidad de retomar las actividades laborales continuaba. Por tanto, el trabajador quedaba en un estado de desamparo y desprotección sin los medios necesarios para subsistir¹⁵⁸¹ por no contar con una garantía de pago de incapacidades superiores a los 540 días ni poder acceder a una pensión de invalidez.

5.2. Ahora bien, la expedición de la Ley 1753 de 2015 supuso una solución al déficit de protección antes referido. Así, el artículo 67 de dicha normatividad dispuso que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.**”¹⁵⁹¹ (Negrita propia)

5.3. Con todo, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en considerar que, a partir de la vigencia del artículo 67 de Ley 1753 de 2015¹⁶⁰¹, “en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a **540** días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado”¹⁶¹¹.

5.4. Un ejemplo de lo anterior es la sentencia T-144 de 2016^[62] en la que esta corporación conoció el caso de una persona que sufrió un accidente de tránsito y las lesiones sufridas ocasionaron la emisión de incapacidades superiores a los 540 días, pero su dictamen de pérdida de capacidad laboral no superaba el 50%. En dicha oportunidad, la Sala Quinta de Revisión concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. Ello, tras considerar que el caso se trataba de una persona que “no goza de una pensión de invalidez, (...) está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, lo que vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud”^[63].

En dicha sentencia la Corte definió tres reglas necesarias para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 en casos similares al estudiado en esa ocasión. En tal sentido señaló lo siguiente:

“(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%;

(ii) El deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y,

(iii) La referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad”^[64]

5.5. En otro momento, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional determinó, a través de la sentencia T-200 de 2017, que las EPS no pueden sustraerse de su obligación de cancelar las **incapacidades médicas cuando superan los 540 días alegando falta de legislación**^[65], **por cuanto la expedición de la Ley 1753 de 2015 superó el déficit de protección que existía en dicha materia...**”NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

En ese orden de ideas, procederá la Sala a **CONFIRMAR** la decisión del Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros, Antioquia, fechado el 24 de mayo de 2023.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido 24 de septiembre de 2023, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros- Antioquia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Entérese de esta sentencia a las partes en la forma prevista legalmente y remítase dentro del término legal el proceso a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

**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**

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **73933b47200a78d96b124609bbe6a3659cfc784f03fac756b0f9a0f762d034bf**

Documento generado en 14/08/2023 04:58:05 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**

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

CUI: 05 034 60 00323 2021 00041 01 (**2023-1290-3**)
Procesados: LUIS MATEO YAGARÍ PANCHÍ
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Auto decreta prueba
Decisión: Inadmite recurso
Acta y fecha: No. 254, agosto 14 de 2023

Medellín, Antioquia, catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO A RESOLVER

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto del trece (13) de julio de dos mil veintitrés (2023), mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, accedió al decreto de una prueba de referencia en audiencia de juicio oral, en el proceso que se le sigue a LUIS MATEO YAGARÍ PANCHÍ, por la presunta comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

Tuvieron su génesis el 06 de abril de 2021, sobre las 21:10 horas, en el corregimiento de Tapartó, Andes departamento de Antioquia, cuando funcionarios de la policía de vigilancia de ese lugar, estaba realizando labores de registro y control de vehículos en el sector del Bosque de esa localidad, momento en el que detienen y registran un bus de servicio público logrando observar a un pasajero que fue identificado como LUIS MATEO YAGARÍ PANCHÍ arrojar un bolso a otro individuo, elemento que al ser registrado es hallado en su interior un

documento de identidad con el nombre de este sujeto, e igualmente, cuarenta y un (41) cigarrillos con una sustancia vegetal que tiene características similares a la marihuana, que al ser sometidos a prueba PIPH arrojó un peso neto de 42.6 gramos positiva para cannabis y sus derivados.

Verificado el equipaje restante que llevaba aquel ciudadano, se pudo constatar que también transportaba en el bus un horno microondas cubierto con una bolsa plástica que, al ser inspeccionado, se halló dentro del mismo un bloque prensando en papel chicle con hierba similar al referido alucinógeno, que al ser sometido a prueba técnica arrojó un peso neto de 514 gramos positivo para cannabis.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por lo hechos antes descritos la delegada de la fiscalía, en audiencia presidida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Andes, Antioquia, el siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021), formuló imputación en contra de LUIS MATEO YAGARÍ PANCHÍ por la presunta comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 inc. 2 del C.P.)

Luego la Vista fiscal radicó el escrito de acusación que por reparto le correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, ante el cual se le formuló acusación el día doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021) por el mismo delito que le fue imputado.

La audiencia preparatoria se adelantó el veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021), en ella la defensa manifestó que el descubrimiento realizado por la fiscalía había sido completo y oportuno, la defensa realizó el descubrimiento probatorio, el procesado manifestó su declaratoria de inocencia, se presentaron estipulaciones probatorias y, finalmente, se efectuó el decreto probatorio.

La audiencia de juicio oral se inició el veintisiete (27) de julio de dos mil veintidós (2022) y continuó el trece (13) de julio del año en curso; en esa oportunidad, la

Fiscalía solicitó se decretara como prueba de referencia la entrevista vertida por el ciudadano *Yoan Sneyder López Restrepo*, toda vez que su testimonio fue decretado en audiencia preparatoria, pero en la actualidad, pese a los esfuerzos de la policía judicial en acatamiento a las respectivas ordenes, no ha sido posible dar con su paradero o ubicación pues fue amenazado y huyó del municipio conforme la información obtenida; lo anterior para proceder con su correspondiente lectura.

La defensa se opone al decreto de esa prueba y manifiesta que, en la primera sesión de juicio adelantada en este proceso, el juzgado resolvió desfavorablemente la solicitud del fiscal relacionada con la admisión de esa misma prueba de referencia, por lo que impertinente sería volver a pronunciarse sobre lo que ya tiene carácter de cosa juzgada, por manera que la fiscalía quiere revivir un debate que ya se agotó.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *A quo* decretó la prueba de referencia solicitada por la fiscalía relacionada con una entrevista que fuese rendida por el ciudadano *Yoan Sneyder López Restrepo*, ante la imposibilidad de la fiscalía en lograr su comparecencia al juicio oral.

Manifestó la primera instancia que la defensa, plantea una discusión relacionada con el principio de preclusividad de las actuaciones procesales, como de los actos de parte, y del principio de cosa juzgada, que discrepan en un todo con la premisa fáctica expuesta en esta eventualidad por el señor Fiscal, lo cual denota una categorización errónea del discurso de la defensa, ello por cuanto el principio de preclusividad relacionado con las cargas inherentes a las partes, según los actos procesales establecidos en las diferentes etapas alude al principio de oportunidad procesal.

Para el *A quo*, pensar que en esta oportunidad procesal está vedada para la Fiscalía invocar su pretensión de referencia so pretexto de haber acudido con antelación a la invocación probatoria, implicaría desatender que el debate probatorio aún no ha cesado más aún estando en sede de la aducción probatoria de cargo, por lo que es

la oportunidad procesal para que la Fiscalía haga valer todas sus peticiones probatorias, con ello explica que el principio de preclusividad no ata al principio de oportunidad procesal, por lo que no le está vedado a la fiscalía acudir nuevamente a esa clase de pretensiones, principalmente porque la resolución del asunto en sesión anterior se erige sobre una premisa fáctica absolutamente disímil, razón por la cual discrepa categóricamente con la defensa de su contradicción en cuanto a que ya se resolvió el mismo asunto.

Por último, considera que tampoco se está sorprendiendo a la defensa con una prueba nueva, por el contrario, considera que en términos de lealtad la Fiscalía explícito en anteriores sesiones que practicaría el testimonial, por lo que la defensa ya contaba con esa prueba, pero ahora, a través de la variable de prueba de referencia que invoca la fiscalía, el despacho entra a resolver de fondo el asunto, por ese motivo no accede al rechazo de la prueba propuesto por la defensa y en consecuencia, la decreta con fundamento en el artículo 438 literal b del C. de P.P.

En vista de lo anterior, el juzgador hace un recuento de los elementos materiales probatorios aportados por la fiscalía para sustentar su solicitud tales como el informe de policía judicial relacionados con las distintas labores adelantadas para la ubicación del testigo, como por medios de radio difusión local, la entrevista rendida por el ciudadano *Carlos Alberto Escobar Restrepo* relacionada con el desconocimiento del paradero del señor LÓPEZ RESTREPO, para concluir que tal determinación se ciñe con los postulados jurisprudenciales visto en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, radicación 36.023 del 2011, y radicación 46.153 del 2015, consolidados en la decisión 44.950 del año 2017.

Como la prueba decretada se trata de una declaración anterior, señala que esa clase de aducción se realiza con la lectura del documento con quien originó la labor investigativa o quien produjo el acopio declarativo anterior.

DISENSO E INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

El auto de primera instancia fue recurrido por el defensor del procesado indicando en primer término que, el recurso de apelación en lo que tiene que ver con las pruebas que se decretan, es un tema que ha tenido criterios jurisprudenciales opuestos pues es claro que los autos que admiten pruebas no son apelables, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en decisión 61.078 el 24 de agosto de 2022 indicó que este recurso es viable cuando se trata de un asunto que ha sido complejo y no puro y simple, es decir, no ocasiona ningún perjuicio para la parte interesada en su realización. Otra situación ocurre en los supuestos en que, pese a admitirse la prueba, este sea esta se hace provocando un perjuicio que la parte interesada estima injustificado en su práctica, en tal evento surge el derecho a su impugnación como garantía constitucional tendiente a depurar el debate probatorio en correspondencia con los postulados principalísimos del procedimiento adversarial.

Así las cosas, frente a la solicitud que plantea el señor fiscal y que el *A quo* señala que se trata de una solicitud con premisa fáctica diferente, considera incurre en contradicción porque se trata de la misma parte fundamentando los mismos argumentos, pero con elementos adicionales como fue la entrevista de un ciudadano, por lo que aduce se trata de dos actos idénticos por parte del fiscal, es decir, solicitud de prueba de referencia de una declaración anterior que rindió el señor *Yoan Sneyder López Restrepo*, misma que se le inadmitió en sesión del 27 de julio de 2022.

Por tanto, considera que es abiertamente improcedente el debate propiciado por el señor Juez de Instancia, precisamente porque esto es un asunto que ya cobró ejecutoria como lo ha analizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-100 del año 2019; de manera que se le está dando al fiscal la posibilidad de enmendar los errores en desespero por el requerimiento del despacho de terminar las audiencias prontamente, pero no se puede desviar la atención de que la pretensión está igualmente dirigida a introducir la misma declaración del testigo *López Restrepo*, lo cual considera no debió propiciar el Juez.

Por otra parte, la Fiscalía como no recurrente solicita mantener la decisión del juez *A quo* de autorizar la prueba de referencia, pues considera que, en sesión del mes de julio del 2022, el juez como director del proceso otorgó la posibilidad de que la Fiscalía allegara unos nuevos elementos materiales probatorios para que eventualmente se pudiese, e inclusive traer al testigo de cargos en forma presencial a la audiencia.

Pero luego de hacer las indagaciones pertinentes para poder traer el testigo, como no se pudo volvió a solicitar la prueba de referencia, considera la Fiscalía que esa preclusividad que alega la defensa no quedó definida o debidamente resuelta en la sesión anterior. Añade igualmente que se elevó solicitud de prueba de referencia por las amenazas que surgió ese testigo, lo que conllevó a su indisponibilidad por la falta de ubicación. Por lo anterior, expone que se trata de un tema diferente, aunque el fin es el mismo, es decir, aducir como prueba de referencia esa entrevista con el propósito de dilucidar la verdad en este caso concreto, pues considera que en los poderes correccionales del juez como director del proceso, puede otorgarle unas nuevas instancias a la Fiscalía para llegar a deducir su prueba tal cual aconteció.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal es competente para conocer de la providencia impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º, del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Sería del caso entrar a resolver la alzada propuesta por la defensa, en contra del auto que decretó como prueba de referencia la entrevista del seis (6) de abril de dos mil veintiuno (2021) rendida por el señor *Yoan Sneyder López Restrepo*, de no ser porque contra dicha decisión no procede el recurso, razón por la cual esta Corporación lo rechazará de plano de acuerdo con lo previsto en el numeral 1º. del artículo 139 del C.P.P.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 29, establece la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, y el artículo 31 preceptúa que «toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley». En desarrollo de ese precepto normativo, el legislador del año 2004 consagró el principio de la doble instancia como norma rectora, señalando en el artículo 20, que: «Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación...»

De ese modo, el artículo 176 de la Ley 906 de 2004, expresa que el recurso de reposición «procede para todas las decisiones», salvo la sentencia; por su parte el recurso de apelación procede contra la sentencia y los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias salvo los casos que prevé la ley. Bajo ese entendido es dable concluir que el término «decisión» sólo cobija a los autos, por cuanto se está resolviendo algún incidente o aspecto sustancial objeto de controversia.

De otro lado, el artículo 177 del C. de P. Penal establece que el recurso de apelación procederá en contra del auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral y el auto que decide sobre la exclusión de una prueba en juicio oral, sin que nada se diga respecto del auto que accede al decreto de las peticiones probatorias.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido varias posturas en cuanto a la procedencia de los recursos que podrá elevar la parte en contra del auto que resuelve las solicitudes probatorias, fue precisamente en el auto AP4812-2016, en el que, luego de hacer un recuento acerca de las posturas que sobre la materia ha tenido dicha Colegiatura a lo largo de los años, sentó una nueva línea jurisprudencial que deberá ser acatada por todos los funcionarios judiciales y que actualmente es la acogida por esta Sala¹.

¹ CSJ Auto 4812-2016, Rad. 47.469. 27 de julio de 2016.

Inició el Alto Tribunal con la exposición de la providencia del 13 de junio de 2012, dictada dentro de la radicación 36.562, en la que, bajo diferentes argumentos, entre ellos los que a continuación se exponen, varió la comprensión y dio vía libre a la interposición del recurso de apelación en contra de la decisión que respondía afirmativamente a la solicitud de decreto probatorio:

“Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial el nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria. También en la necesidad de que el procedimiento de depuración probatoria que se realiza en la audiencia preparatoria cuente con la garantía de la doble instancia, para que las pruebas que se lleven al juicio oral cumplan realmente las condiciones de conducencia, pertinencia y utilidad, en aras de la efectivizarían de los principios de concentración y de eficacia probatoria.”

Luego, la providencia en cita² realiza un análisis en lo que tiene que ver con el principio de la doble instancia y la libertad de configuración legislativa, para concluir que dicha postura acogida durante los últimos años debía reconsiderarse en atención a que el concepto adversarial del proceso se materializa no por la posibilidad de apelar la negativa probatoria, sino antes de ello, de conformidad con el artículo 359 ibídem, cuando se le da a la parte la posibilidad de pedir al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios suasorios del oponente.

Así mismo, y en lo que tiene que ver con la garantía de los principios de concentración y eficacia probatoria, expresó que era cotidiano resolver recursos que en el fondo eran elevados únicamente como una maniobra dilatoria del proceso.

Expresó que, el hecho de no permitir el acceso al recurso de apelación en contra de la providencia que admite la prueba en nada contraviene el principio de la doble instancia, consagrado en el canon 20 del C. de P. Penal, en atención a que al negar la práctica se anula cualquier posibilidad de hacer valer la información que ella

² CSJ Auto 4812-2016, Rad. 47.469. Ibidem.

contiene, incluso se puede afectar la teoría del caso de la parte, mientras que al permitir su ingreso se puede usar como sustento de la tesis de quien la pide, además de que sea susceptible de ser controvertida, con lo que no se estaría en modo alguno afectando la práctica de pruebas.

Finalizó indicando que la nueva postura es la siguiente:

“... para la Sala respecto del auto que admite pruebas (numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004), únicamente procede el recurso de reposición, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación».”

En el presente asunto, se advierte el inadecuado trámite que imprimió el Juez A quo, permitiendo refutar a la defensa, por vía de apelación, la admisión de una prueba de referencia en sede de juicio oral a la fiscalía, sin que ello fuera procedente desconociendo lo considerado en el lineamiento jurisprudencial antes citado.

Tal entendimiento tiene sentido en la medida que lo pretendido, desde la creación del sistema penal de corte acusatorio, es la agilidad del trámite, evitando su entorpecimiento con aspectos que no son de la esencia de lo que pretende resolverse, pues bastaría cualquier postulación caprichosa o inoportuna para provocar la interposición del recurso de apelación, generando un desgaste innecesario a la administración de justicia.

Del pronunciamiento del recurrente puede extraerse argumentaciones encaminadas a lograr el rechazo de una prueba de referencia decretada a la fiscalía con fundamento en el artículo 438 inc. 1 lit. b ibídem, por cuanto existieron a juicio del juzgador, elementos probatorios para establecer con suficiencia que el testigo solicitado por el acusador, no fue posible ubicarlo, es decir, su planteamiento se dirige a controvertir la admisibilidad del medio de prueba, sin que ello implique una afectación a las garantías fundamentales.

Esta postura jurisprudencial fue reiterada más recientemente en la providencia que trae a colación el señor defensor³, pero ofreciendo una interpretación distinta, en el sentido que la Corte expuso que el decreto de una prueba no admite recurso, salvo que se trate de una prueba condicionada, que satisfaga los presupuestos procesales necesarios para su interposición, que demuestre la afectación a sus garantías con esa prueba, es decir, que con esa decisión se impidió su efectiva práctica o incorporación.

En ese orden de ideas, de acuerdo a los preceptos normativos y jurisprudenciales reseñados atrás, es dable concluir que procede el recurso de apelación en juicio, entre otras decisiones, contra los autos que afecten la práctica de las pruebas y sobre aquellos que la excluyan, por lo que queda claro, que sólo es posible acudir ante el superior, cuando se demuestren tales presupuestos.

De tal suerte, en aplicación del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, se rechazará, por improcedente el recurso de apelación interpuesto toda vez que, para el caso en concreto, el tema de inconformidad de la defensa, únicamente procede el recurso de reposición, no apelación, en consecuencia, se devolverá la carpeta a la Juez de conocimiento, para que prosiga con la actuación.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA,**

RESUELVE

PRIMERO: Abstenerse de resolver el recurso de apelación propuesto por la defensa en contra del auto del trece (13) de julio de dos mil veintitrés (2023), mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, accedió a la solicitud de prueba de referencia de la Fiscalía.

³ CSJ AP4640-2022 Radicación 61.078.

SEGUNDO: Remitir el expediente al juzgado de origen para que se continúe con el trámite pertinente.

TERCERO: Se informa que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada

Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

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: **645d03d559523335846f31b23754cc70fe249bd0400053a7f990ad8ea4d2e2d7**

Documento generado en 15/08/2023 08:26:40 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Medellín, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Pronunciamiento sobre la competencia para asumir la acción de tutela que promueve JOSÉ MIGUEL MARULANDA.

DE LA ACTUACIÓN

Recibida la acción de tutela presentada por JOSÉ MIGUEL MARULANDA se desprende que la pretensión está dirigida contra el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, al considerar que no le ha suministrado una respuesta clara, precisa, completa y de fondo a la petición por él formulada para el suministro de un expediente, pues el mismo no le fue remitido de manera digital.

CONSIDERACIONES

Preceptúa el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 que son competentes para conocer de la acción de tutela los jueces o tribunales con jurisdicción en el

lugar en el que ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud.

Así mismo, el artículo 1º numeral 5º del Decreto 333 de 2021, el cual modifica el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, señala: *“Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.”*

Derívese de lo anterior que esta colegiatura no es competente para asumir el conocimiento del presente asunto, porque la actuación que se reputa vulneradora de los derechos fundamentales del accionante deriva de la presunta omisión funcional de un juzgado que no se encuentra adscrito a este Distrito Judicial.

Siendo así, en aplicación las reglas administrativas de reparto fijadas en el Decreto 333 de 2021, a las que su juez natural ha avalado de tiempo atrás como compatibles con la Carta Política¹, considera este Tribunal que es a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, por su condición de superior funcional del Juzgado accionado a la que le corresponde asumir el conocimiento de la presente acción constitucional.

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

¹ Sentencia de 18 de julio de 2002, radicado 11001-03-24-000-2000-6414-01(6414-6424-6447-6452- 6453- 6522-6523-6693-6714-7057) Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

RESUELVE

PRIMERO: REMITIR las diligencias a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín - reparto, para lo de su cargo.

SEGUNDO: Comuníquese lo resuelto al accionante.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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: **56030b8323bf4fa7c1cb2d71301062ca1a81eb093ea1d9b13f5cc7d74ab4b552**

Documento generado en 15/08/2023 03:27:59 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 05 667 60 00303 2021 00025 (2023-1466-3)
Procesado: Oscar Hernán Ciro Usme
Delito: Homicidio agravado y otro
Motivo: Impedimento
Decisión: Causal infundada
Aprobado: Acta No. 255, agosto 15 de 2023

Medellín, Antioquia, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver de plano el impedimento alegado por el Juez Penal del Circuito con función de conocimiento de Marinilla, Antioquia, al amparo de la causal 13 del artículo 561 del C.P.P, conforme lo dispuesto en el artículo 57 ibídem.

ANTECEDENTES

1. Mediante proveído del catorce (14) de junio de dos mil veintidós (2022), el titular del Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Marinilla, Antioquia, se declaró impedido para conocer del proceso penal adelantado en contra de **Oscar Hernán Ciro Usme** por el delito de homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por haber actuado como Juez de control de garantías en segunda instancia, al resolver recurso de apelación contra decisión que impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al procesado **Ciro Usme**; ello, a la luz de lo dispuesto en el numeral 13° del artículo 56 del C.P.P.

2. De conformidad con el artículo 57 del C.P.P, envió la actuación ante los Juzgados Penales del Circuito de Rionegro - Reparto, siendo asignado el conocimiento del trámite impeditivo mediante acta de reparto del quince (15) de junio de dos mil veintidós (2022), al Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de conocimiento de Rionegro, Antioquia.

3. Por su parte, el Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro, se pronunció solo hasta el nueve (9) de agosto de dos mil veintitrés (2023) a través de auto interlocutorio No. 051, sobre el trámite propuesto por su homólogo de Marinilla, argumentando por un lado que la mora en resolver se debió a que por error humano archivó el proceso cuando fue recibido en vez de imprimirle el respectivo trámite; por otra parte, consideró que su homólogo no se encuentra incurso en la causal invocada, pues la decisión objeto de análisis en segunda instancia en ningún momento se refirió a aspectos esenciales sobre la existencia de la conducta punible o de la responsabilidad del procesado, pues únicamente se limitó a exponer lo relativo a la procedencia de la causal invocada sin ahondar o detenerse en esos aspectos importantes sobre la participación del investigado en el delito; aunado que tampoco realizó una verdadera sustentación de cómo se afectaría su imparcialidad con los elementos materiales probatorios que analizó, como para sustraerse del conocimiento de este proceso penal.

Finalmente, reclama con ímpetu que el Juez Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, haya desatado el recurso de apelación que motivó su declaratoria de impedimento en esta causa, pues el objeto de alzada había perdido validez para el momento que profirió decisión de segunda instancia en Sede de control de garantías, teniendo en cuenta que el procesado fue puesto en libertad previamente por vencimiento de términos, lo cual era de su conocimiento.

En vista de lo anterior, dispuso la remisión de la presente actuación ante esta Corporación a efectos de decidir cuál es el funcionario competente para conocer del trámite.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con 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 Marinilla**, en concordancia con el artículo 34 numeral 5 ídem, al amparo de la causal 13 del artículo 56 *ibidem*, y no aceptado por el **Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro**.

Corresponde a la Sala en esta oportunidad, decidir si efectivamente el **Juez Penal del Circuito de Marinilla**, se encuentra incurso en la causal de impedimento invocada.

El artículo 57 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010, señala lo siguiente:

“Artículo 57. Trámite para el impedimento. Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento deberá manifestarlo a quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano, para que en el término improrrogable de tres (3) días se pronuncie por escrito.

En caso de presentarse discusión sobre el funcionario a quien corresponda continuar el trámite de la actuación, el superior funcional de quien se declaró impedido decidirá de plano dentro de los tres días siguientes al recibo de la actuación.

Para tal efecto, el funcionario que tenga la actuación la enviará a la autoridad que deba resolver lo pertinente.”

El propósito de la referida norma es la de sustraer del conocimiento del asunto al funcionario judicial que se encuentre incurso en una de las causales de impedimento consagradas en el canon 56 del C.P.P., con el fin de salvaguardar la imparcialidad y transparencia que debe orientar el ejercicio de la función pública de administrar justicia, las cuales pueden verse afectadas por la estructuración de los eventos expresa y taxativamente señalados por el propio legislador.

El precitado artículo 56 señala las causales de impedimento, y en su numeral 13 específicamente indica que se encuentra impedido “el juez haya ejercido el control de

garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.”

Es preciso indicar que, 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 juez¹.

En punto de la causal de impedimento invocada, se tiene que, anteriormente la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal², conceptuó que el impedimento previsto en el numeral 13 del artículo 56 del C.P.P., tenía una vocación objetiva sin que resultara necesario emitir juicios de valor frente a la presunta responsabilidad del implicado, pues sólo bastaba que el funcionario judicial que se declara impedido hubiera intervenido de cualquier manera dentro de la actuación como juez de control de garantías.

Esa posición ha variado y en la actualidad la Sala Penal de la Corte entiende que la referida causal no puede operar automáticamente, por la simple intervención del funcionario en cualquier diligencia anterior a la etapa de juzgamiento como funcionario de control de garantías. Para que se configure esta causal, se requiere que la intervención recaiga sobre aspectos esenciales que permitan anticipar un criterio definido de valoración con relación a la existencia de la conducta punible o la responsabilidad del procesado, para lo cual es necesario realizar el examen de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información con la que se cuenta.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Penal en la providencia con radicado 58390 del 4 de noviembre de 2020:

“la teleología de la causal en comento apunta a que el juez a cargo del juzgamiento no tenga ninguna aproximación con los temas que serán debatidos

¹ Consultar decisión AP1893 de 22 de mayo de 2019, Radicación N° 55.340, la Corte Suprema de Justicia.

² Radicado 32.693 del 30 de septiembre de 2009.

en dicha fase, al tratarse de la etapa de mayor importancia en un modelo acusatorio.

Se busca evitar que pueda formarse un preconceito derivado del hipotético conocimiento que llegase a adquirir previamente de los aspectos objeto de interés del proceso, de orden probatorio o jurídico, que pueda afectar su imparcialidad en el juicio.

Bajo este entendimiento, la causal no puede operar de manera automática, por la simple intervención del funcionario en cualquier diligencia anterior a la etapa de juzgamiento, como pareciera entenderlo el Juez de El Carmen de Bolívar.

Para su configuración se requiere que la intervención anterior recaiga sobre aspectos esenciales, que permitan anticipar un criterio definido de valoración, por ejemplo, con relación a la existencia de la conducta punible o la responsabilidad del procesado, concepto que necesariamente surgirá del estudio o contacto con los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida durante la investigación (...)» (CSJ AP 2441-2020, Rad. 57967)” (Resaltado de la Sala).

Al respecto, se tiene que las razones que se arguyen por el funcionario judicial que se declaró impedido fueron haber fungido como Juez de control de garantías en segunda instancia, al resolver recurso de apelación el catorce (14) de junio de dos mil veintidós (2022), interpuesto contra la decisión adoptada por el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de Control de Garantías de San Rafael, Antioquia el seis (6) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), a través de la cual impuso al procesado medida de aseguramiento preventiva en centro carcelario, decisión que fue confirmada.

Igualmente, indicó que el proceso se encuentra en etapa de juzgamiento, que le correspondió asumir conocimiento, sin embargo, pese a las distintas audiencias que se han programado no se ha podido llevar a cabo ninguna diligencia, es decir, todavía no se ha practicado audiencia de formulación de acusación.

Sea lo primero indicar, que pese a la demora del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, en pronunciarse frente al conflicto propuesto por su homólogo, de conformidad con el inc. 1 del artículo 57 del C. de C.P.P., esta Sala

encuentra que le asiste razón al mismo, de cara a los argumentos que desataron el conflicto negativo de competencia.

En primer lugar, es correcto indicar que el Juez Penal del Circuito de Marinilla, erró al tomar determinación de fondo frente al asunto sometido a su consideración como juez de control de garantías en segunda instancia, pues debió abstenerse de resolver la apelación y, en consecuencia, continuar con el curso ordinario de la fase de juzgamiento a su cargo, ello, teniendo en cuenta que para el momento de proferir su decisión, el señor **Oscar Hernán Ciro Usme** se encontraba en libertad por vencimiento de términos concedida por el Juzgado Octavo Penal Municipal con función de control de garantías de Palmira, Valle y comunicada a su despacho desde el diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022), días antes de su pronunciamiento en segunda instancia, por lo que el objeto del recurso había desaparecido.

Lo anterior, sin contar con el tiempo que demoró en desatar la alzada y más aún, teniendo en cuenta que no había adelantado a esa fecha ninguna audiencia de conocimiento, pese a que le fue repartido el proceso desde el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) con persona privada de la libertad.

Ahora bien, con el propósito de resolver, esta Corporación verificó integralmente el auto de segunda instancia proferido por el Juez Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, actuando como Juez de control de garantías el 14 de junio de 2022 en el proceso que se le adelanta a **Oscar Hernán Ciro Usme**, encontrando que, no existe claridad frente a cuáles fueron los elementos materiales probatorios o evidencia física que en concreto analizó para emitir pronunciamiento, pues únicamente se refirió a los resultados de unas interceptaciones telefónicas donde al parecer el imputado dio unas órdenes a otras personas de acabar con la vida de la víctima del homicidio, sin precisar cuál fue el contenido de esas comunicaciones, quienes fueron los interlocutores y en general, no indicó cual fue la inferencia razonable de autoría o participación encontrada que lo llevó a confirmar la decisión de primera instancia.

Es decir, no existe en la decisión mencionada una relación clara de los medios de conocimiento que tuvo que analizar para establecer por qué su imparcialidad se vio afectada, menos se preocupó por exponer en el auto que declaró el impedimento las razones válidas y justificadas para considerar que debe apartarse del conocimiento de la actuación penal, pues como se dijo, la causal de impedimento invocada no opera de forma automática, sino que debe ser debidamente fundada.

En vista de lo expuesto, no encuentra la Sala que el asunto objeto de pronunciamiento pueda desdibujar o minar la imparcialidad del fallador para dictar sentencia, pues no se relacionó ningún aspecto concreto que estuviera relacionado con la responsabilidad penal del procesado; así las cosas, el conocimiento de esta actuación deberá seguir en cabeza del **Juez Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Marinilla**, a donde regresará el proceso para que imparta el trámite respectivo y ejerza control frente a las vicisitudes que se estén presentando con la práctica de las audiencias.

Sin necesidad de más consideraciones, en mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR infundado el impedimento declarado por el **Juez Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia**, al amparo de la causal 13 del artículo 56 del C.P.P.

SEGUNDO: DEVOLVER la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes.

TERCERO: Infórmese lo decidido a las partes interesadas.

Comuníquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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: **5881237e575ac5a4ed57105871bbf2f69e01813135f2ff78612d2c553fd3fc36**

Documento generado en 15/08/2023 03:29:20 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

N.I.	2023-1246-4
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00070
Accionante	Jesleimar Dayana Charval Verde
Accionado	Nueva Eps
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 251

M.P. Isabel Álvarez Fernández

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por Colpensiones, contra el fallo de tutela del 05 de julio de 2023, emitido por el Juzgado Primero del Circuito de Rionegro – Antioquia mediante el cual tuteló los derechos fundamentales de la accionante al mínimo vital, dignidad humana, seguridad social y salud ordenando a la accionada reconocer y pagar a la señora Jesleimar Dayana Charval Verde, las incapacidades médicas generadas a partir de día 181 hasta tanto se emita la calificación de su pérdida de capacidad laboral.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó la accionante que, actualmente está afiliada en el Sistema de Seguridad Social en Salud a la Nueva EPS y en Pensión a Colpensiones.

N.I.	2023-1246-4
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00070
Accionante	Jesleimar Dayana Charval
Accionado	Nueva Eps
Asunto:	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Padece de melanoma maligno de tronco, razón por la que desde abril de 2021 ha estado incapacitada y, no obstante, haber realizado todos los trámites administrativos ante las accionadas, no han procedido con el pago de las incapacidades generadas en su favor desde el 9 de mayo de 2022.

Cuenta con concepto de recuperación desfavorable y se han seguido generando incapacidades por cuanto está pendiente el trámite de calificación para determinar la pérdida de su capacidad laboral.

Solicita que se ordene el pago de las incapacidades las cuales suman un total de 420 días.

Luego de atender los razonamientos expuestos por las partes, el 05 de julio de corrientes, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia, profirió sentencia de primera instancia, en la cual decidió tutelar los derechos fundamentales solicitados por la accionante, esto es, seguridad social, mínimo vital, salud y vida en condiciones dignas.

Lo anterior, porque considera que las incapacidades laborales constituyen el auxilio económico que se le otorga a un trabajador que sufre una discapacidad laboral a causa de una enfermedad profesional o de origen común, para efectos de salvaguardar su derecho al mínimo vital, puesto que su condición física no le permite ejercer las actividades asignadas en la empresa y por lo cual se le asigna una prestación económica.

Teniendo en cuenta que, el pago de las incapacidades generadas a partir del día 181 le corresponden al Fondo de Pensiones Colpensiones y que, Nueva EPS emitió concepto de rehabilitación

N.I.	2023-1246-4
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00070
Accionante	Jesleimar Dayana Charval
Accionado	Nueva Eps
Asunto:	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

desfavorable, el cual les fue notificado desde el 11 de mayo de 2022, le corresponde a aquella asumir el pago hasta tanto se emita la calificación de su pérdida de capacidad laboral.

En consecuencia, ordenó a la **COLPENSIONES** que en un plazo máximo 48 horas hábiles contadas a partir de la notificación de la providencia debía reconocer y pagar las incapacidades médicas en los términos antes aludidos.

Inconforme con la decisión adoptada, el mencionado fondo de pensiones presentó recurso de impugnación y solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia indicando en primera medida que, no se agotó el recurso de subsidiariedad de la acción de tutela pues no se ha acudido a la jurisdicción ordinaria laboral, la cual se encarga de dirimir los conflictos generado en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras.

Adicionalmente, en su criterio, tampoco resulta posible realizar el reconocimiento económico de las incapacidades, teniendo en cuenta que la accionante presenta concepto de rehabilitación desfavorable razón por la cual lo procedente es realizar ante la Administradora de pensiones la calificación de pérdida de capacidad laboral.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991¹, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

¹ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

N.I.	2023-1246-4
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00070
Accionante	Jesleimar Dayana Charval
Accionado	Nueva Eps
Asunto:	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

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

Del caso concreto

Inicialmente se hace necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo legal que tiene la calidad de subsidiario, es decir, que a ella solo habrá lugar cuando no se conste con mecanismos judiciales alternos, o si bien existiendo, sea acreditado por el interesado la existencia de un perjuicio irremediable que requiera una intervención inmediata. Por tanto, no es procedente la implementación de este mecanismo para pretender el reconocimiento o pago de derechos de índole económico tales como los surgidos dentro de procesos laborales, o auxilios por incapacidad, toda vez que su protección es perseguible a través de procesos laborales ordinarios.

No obstante, la jurisprudencia ha exhortado a los jueces constitucionales a valorar las circunstancias particulares de cada caso, a fin de determinar o no su procedibilidad, toda vez que, frente a la subsidiariedad de la acción de tutela, existen dos excepciones que posibilitan la protección de derechos mediante acción de tutela, a pesar de que existan otros medios de defensa judicial; esto es:

*“(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de

N.I.	2023-1246-4
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00070
Accionante	Jesleimar Dayana Charval
Accionado	Nueva Eps
Asunto:	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”²

En lo que refiere al pago del auxilio por incapacidad, la alta Corte ha sostenido que, si bien existen mecanismos judiciales para la adquisición de lo pretendido, el tiempo que lleva dirimir un conflicto de esta naturaleza desdibuja la eficacia de la vía, en razón a que podría atentar directamente frente al mínimo vital del accionante, quien adicionalmente se encuentra en condiciones de vulneración en atención a su salud.

Por lo anterior, ante la afirmación de la accionante respecto del pago de incapacidades como su única fuente de ingresos y no desvirtuada por las entidades accionadas, se torna excepcionalmente procedente la acción de tutela, máxime cuando se evidencia que, la falta de recursos económicos no solamente la afecta a ella sino también a su hijo menor quien según constancia del 05 de julio de 2023 depende de sus ingresos pues el padre de este reside en Venezuela en precarias condiciones de vida, sin que aporte para su mantención.

Ahora bien, el pago de incapacidades y la entidad con obligación legal de reconocerlas y pagarlas, no es un campo desconocido para la normatividad colombiana, pues el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo establece un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral, en el que se determinó que los mismos se ofrecerían *“en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional”* y se estableció tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos.

² Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 2017.

N.I.	2023-1246-4
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00070
Accionante	Jesleimar Dayana Charval
Accionado	Nueva Eps
Asunto:	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común.

Así, el Decreto 770 de 1975 limitó la órbita de responsabilidad del empleador al pago del precitado concepto, refiriendo en su artículo 9 que el Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de *“un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes del salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días”*. Posteriormente, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, plasmó que los afiliados al Régimen Contributivo en Salud tienen derecho al reconocimiento y pago de incapacidades generadas por enfermedad común.

En ese orden, según el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, se encuentra a cargo de los respectivos empleadores *“las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general”*, asimismo, las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud³, y aquellas que se prolonguen más allá de ese término, deberán ser asumidas por la AFP con la que el trabajador sostenga vínculo de afiliación⁴.

Sin embargo, en virtud del Decreto 2463 de 2001, se han generado controversias referente a si la obligación de la AFP de pagar las incapacidades se encuentra de algún modo condicionada a la emisión de un concepto favorable de rehabilitación, tesis que la Corte Constitucional, en

³ Decreto 2943 de 2013, artículo 1, párrafo 1.

⁴ Artículo 142, Decreto 019 de 2012.

N.I.	2023-1246-4
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00070
Accionante	Jesleimar Dayana Charval
Accionado	Nueva Eps
Asunto:	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

uso de sus funciones como órgano de cierre dentro de la jurisdicción constitucional, ha descartado de plano, para en su lugar postular que ***“las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación”***⁵.

En palabras de dicha Corporación:

*“el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador”*⁶.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

*Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso”*⁶

⁵ Corte Constitucional, T-401 de 2017.

⁶ Ibidem.

N.I.	2023-1246-4
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00070
Accionante	Jesleimar Dayana Charval
Accionado	Nueva Eps
Asunto:	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Es conforme a este punto, que el Tribunal considera que no es acertada la postura planteada por el recurrente respecto a su ausencia de responsabilidad en el caso concreto por no existir concepto favorable de rehabilitación, pues las normas citadas, en suma con la jurisprudencia relacionada, han sido claras al establecer que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, situación que ni siquiera ha sido postulada por la accionada.

En el presente evento teniendo en cuenta que, la accionante informó que, el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral se encuentra en trámite, resulta evidente que a la fecha no puede acceder al reconocimiento pensional y, por lo tanto, lo que procede en el momento es continuar con el reconocimiento y pago de sus incapacidades médicas hasta tanto se defina su situación pensional⁷.

Sobre ese aspecto es menester indicar que, si bien el 08 de mayo de 2022 se cumplieron 180 días continuos de incapacidad y, el 04 de mayo de 2023 se alcanzaron los 540 días⁸, en el caso en concreto debe ser Colpensiones la cual debe continuar sufragando los pagos de las incapacidades que se generen por cuanto el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, dispone que las E.P.S. pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, **siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación.**

En este caso por el contrario, existe un **concepto desfavorable de rehabilitación** comunicado al fondo de pensiones el 16

⁷ Corte Constitucional T-7.692.912.

⁸ Información obtenida de las respuestas allegadas dentro del trámite constitucional

de abril de 2022, razón por la cual, se sustrae Nueva EPS de la obligación que en principio radicó en cabeza de ésta.

Frente a este tópico la jurisprudencia constitucional ha señalado: *“Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%”*.⁹

Así las cosas, y al contar con incapacidades causadas que superan los 180 días continuos, que tanto el accionante como la accionada han reconocido como insolutas, es que la Colegiatura procederá a confirmar la decisión de primer grado en la cual se concede el amparo constitucional deprecado, indicando que, hasta tanto no culmine el proceso de pérdida de capacidad laboral y se sigan generando incapacidades será la **AFP Colpensiones** la encargada de efectuar los pagos respectivos.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, el 05 de julio 2023, de

⁹ Sentencia T-401 de 2017.

N.I.	2023-1246-4
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00070
Accionante	Jesleimar Dayana Charval
Accionado	Nueva Eps
Asunto:	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

conformidad a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

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: **7199ddb7cf7359630ca6188dfcdad8836b28f1a26b404364b2aecbac609b087e**

Documento generado en 14/08/2023 06:23:02 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, catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2023-1450-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 615 60 00000 2023 00023
Imputado : Julieth Dayana Martínez y otros.
Delitos : Tráfico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes y otro.
Decisión : Declara infundado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 248

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 Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, Dr. Raúl Humberto Trujillo Hernández, la cual no fue aceptada por el señor *Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, a quien le fueron remitidas las diligencias.

ANTECEDENTES

En audiencia del 30 de mayo de 2023, el titular del *Juzgado Segundo Penal Circuito de Rionegro*, luego de improbar un preacuerdo presentado por las partes, señaló que, al haber tenido al alcance elementos documentales, consideraba comprometida su

Nº Interno :	2023-1450-4
	Impedimento - Ley 906.
CUI	05 615 60 00000 2023 00023
Imputado	Julieth Dayana Martínez y otros.
Delitos	Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes y otro.
Decisión	Declara infundado

imparcialidad, por lo que, resolvió apartarse del conocimiento de la carpeta penal, sin señalar ninguna causal de las establecidas en la constitución o en el artículo 56 del C.P.P.

Conforme lo anterior el *Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro* al cual le correspondió por reparto la actuación indicó que, actuando de conformidad con lo establecido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en auto del 31 de marzo de 2023, Radicado: 05-440-60-00340-2021-00058 (N.I. TSA 2023-0549-5), MP. René Molina Cárdenas, se hacía necesario regresar la carpeta ante su homólogo para que, de manera expresa indicara la causal de impedimento en la cual se fundamentaba.

El 14 de julio de 2023 el señor *Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, indicó que, se encuentra impedido para conocer en etapa de conocimiento del proceso que se adelanta contra Julieth Dayana Martínez Morales, Wilson Javier Medina Mondragón, Huber Layder Morales Buitrago y Juan Camilo Díaz Rúa, por la presunta comisión de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y utilización de menores para la comisión de delitos, lo anterior teniendo en cuenta que, en la precitada audiencia de verificación del preacuerdo, se revisaron todos los elementos materiales probatorios presentados por la fiscalía, y se decidió improbar el preacuerdo suscrito por las partes.

Dicha situación en su criterio se adecúa al numeral 4 del artículo 56 de la ley procesal penal, del siguiente tenor:

Nº Interno :	2023-1450-4
	Impedimento - Ley 906.
CUI	05 615 60 00000 2023 00023
Imputado	Julieth Dayana Martínez y otros.
Delitos	Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes y otro.
Decisión	Declara infundado

Artículo 56. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

(...)

4 "...o haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso",

Señala que, ya que emitió un concepto sobre la tipicidad de los delitos imputados a los procesados y, al revisar los elementos materiales presentados por la Fiscalía General de la Nación, adquirió conocimiento sobre los hechos, las pruebas y los argumentos que sustentan la acusación existiendo el riesgo de que se forme una opinión previa o se vea influenciado por la fuerza persuasiva de ciertas pruebas.

Lo anterior, podría afectar su capacidad para evaluar imparcialmente la evidencia presentada posteriormente durante el juicio o para considerar argumentos contradictorios de las partes.

Bajo ese contexto, procedió el funcionario en mención nuevamente a declararse impedido para conocer de las diligencias en comento y dispuso remitir la actuación ante el *Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant)* para que, en caso de encontrar fundados sus argumentos trámite el recurso de apelación o por el contrario remita las diligencias al superior funcional de ambos juzgados para que decida lo pertinente.

El titular de este Despacho no aceptó el impedimento propuesto pues, según criterio la causal invocada (art. 56 Nral. 4 del C.P.P.), de ninguna manera sustenta el impedimento declarado por el juez homologo, pues la

Nº Interno :	2023-1450-4
	Impedimento - Ley 906.
CUI	05 615 60 00000 2023 00023
Imputado	Julieth Dayana Martínez y otros.
Delitos	Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes y otro.
Decisión	Declara infundado

jurisprudencia ha sido clara en que, esta causal opera cuando el funcionario judicial, previamente actuó como fiscal, defensor o interviniente de manera previa en la causa de la que ahora se demanda su trámite y en la que ya previamente comprometió su criterio.

De manera excepcional, la causal opera cuando, la opinión surge dentro de la misma labor jurisdiccional, como pareciera ocurrir en este proceso, sin embargo esta excepcionalidad tampoco está dada, pues esta se configura cuando la opinión se expone **fuera** del proceso dentro del cual se propone el impedimento, lo cual no ocurre en este caso, pues, aunque se observa que se generó una ruptura de unidad procesal, es claro que, la improbación del preacuerdo se da dentro del radicado 0561560000002023 00023, misma causa donde el juez declara el impedimento.

Bajo estas consideraciones, estima que, resulta claramente infundado el impedimento declarado por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro, pues objetivamente no opera en el caso concreto la causal invocada y no es posible deducir la causal del supuesto de hecho pues los impedimentos resultan taxativos y en su jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia ha impuesto la obligación de especificar la norma que expresamente contiene el supuesto de hecho.

Finalmente indicó que, ha no resulta fundado que el funcionario se aparte del proceso ordinario alegando el conocimiento de elementos que tuvo a su alcance para verificar el mínimo de tipicidad, pues para la Corte Suprema de Justicia

Nº Interno :	2023-1450-4
	Impedimento - Ley 906.
CUI	05 615 60 00000 2023 00023
Imputado	Julieth Dayana Martínez y otros.
Delitos	Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes y otro.
Decisión	Declara infundado

es claro que, el escenario de pruebas del juicio dista mucho de las evidencias que se entregan sin ninguna contradicción en casos de terminación anticipada, no siendo comparable la apreciación que el funcionario hace en uno y otro escenario.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Decisión es competente para resolver el impedimento declarado por la **Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro**, al amparo de la causal 4 del artículo 56 *ibidem*, y no aceptado por el **Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa misma municipalidad**.

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 juez¹.

En el caso sometido a consideración el Juez

¹ Al respecto se puede consultar la decisión AP1893 de 22 de mayo de 2019, Radicación Nº 55.340, la Corte Suprema de Justicia.

Nº Interno :	2023-1450-4
	Impedimento - Ley 906.
CUI	05 615 60 00000 2023 00023
Imputado	Julieth Dayana Martínez y otros.
Delitos	Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes y otro.
Decisión	Declara infundado

Segundo Penal del Circuito de Rionegro invocó la causal prevista en el numeral 4° del artículo 56 de la ley 906 de 2004 a fin de separarse del conocimiento del asunto que se sigue contra Julieth Dayana Martínez Morales y otros. Lo anterior, por cuanto conoció de los elementos materiales probatorios que le fueron puestos de presente por la Fiscalía y luego del análisis de aquellos decidió improbar un preacuerdo radicado por las partes.

Sin embargo, surge evidente que el numeral invocado no se configura, como pasa a verse a continuación.

La causal prevista en el numeral 4° del artículo 56 del estatuto procesal penal se presenta cuando «*el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o **manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso***».

En relación con la hipótesis referida a que el funcionario judicial haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso, que atañe al presente estudio, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la *opinión* anticipada que constituye motivo de impedimento, debe ser sustancial, vinculante y sobre todo emitida fuera del proceso sometido a consideración y no dentro del mismo, así lo ha explicado el Órgano de Cierre:

«Lo sustancial, es lo esencial y más importante de una cosa; en asuntos jurídicos, se identifica con el fondo de la pretensión o de la relación jurídico material que se debate. Se entiende que la opinión es vinculante cuando el funcionario

Nº Interno :	2023-1450-4
	Impedimento - Ley 906.
CUI	05 615 60 00000 2023 00023
Imputado	Julieth Dayana Martínez y otros.
Delitos	Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes y otro.
Decisión	Declara infundado

*judicial que la emitió queda unido, atado o sujeto a ella, de modo que en adelante no puede ignorarla o modificarla sin incurrir en contradicción. **Y por fuera del proceso**, significa que la opinión sea expresada en circunstancias y oportunidades diferentes a aquella que prevé la legislación procesal para el asunto del cual se debe conocer funcionalmente» (CSJ, SP, del 13 de julio de 2005, rad. 23840, entre otras).*

En el caso bajo estudio no se configura ni siquiera la principal de las exigencias antes descritas, pues el análisis que realizó el titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito Rionegro se dio en el marco del mismo proceso sobre el cual se declaró impedido y no por fuera de éste.

Recuérdese que, el funcionario en comento decidió improbar un preacuerdo arribado por las partes al estimar que, había ausencia de elementos para establecer la tipicidad de cara a una de las conductas endilgadas, esto es para, el uso de menores para la comisión de delitos.

Al haber emitido una decisión en ese sentido, consideró que encontraba inmerso en la causal de impedimento antes mencionada pero, como viene de verse la misma no se encuentra satisfecha pues, es claro que, el concepto emitido se dio en el marco de la misma actuación lo que deviene en la improcedencia de su declaración.

Teniendo en cuenta que, las causales de impedimento son taxativas no es posible para la Sala enmarcar ese supuesto de hecho en otro numeral diferente pues la jurisprudencia

Nº Interno :	2023-1450-4
	Impedimento - Ley 906.
CUI	05 615 60 00000 2023 00023
Imputado	Julieth Dayana Martínez y otros.
Delitos	Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes y otro.
Decisión	Declara infundado

de la Corte Suprema de Justicia le impone la obligación al funcionario de especificar la norma que expresamente contiene el supuesto de hecho, indicar con claridad las razones que la llevan a solicitar su alejamiento del proceso, lo que comporta una carga específica sobre la indicación de su alcance y contenido, razón por la cual estudiar su argumentación de cara a otra causal desnaturalizaría la reglas previamente impuestas. (AP1452-2021, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya)

Conforme con lo anterior, sin más disquisiciones se procederá a declarar **infundada** la manifestación de impedimento expuesta por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro y, en consecuencia, ordenará devolver las diligencias a ese despacho para la continuación del trámite que corresponde.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA CAUSAL DE IMPEDIMENTO promovida por el **Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro**, para fungir como Juez de conocimiento dentro de la presente actuación que se adelantada en contra de Julieth Dayana Martínez Morales, Wilson Javier Medina Mondragón, Huber Layder Morales Buitrago y Juan Camilo Díaz Rúa, por los delitos de tráfico fabricación o porte de estupefacientes y uso de menores en la comisión de ilícitos.

Nº Interno : 2023-1450-4
Impedimento - Ley 906.
CUI 05 615 60 00000 2023 00023
Imputado Julieth Dayana Martínez y otros.
Delitos Tráfico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes y otro.
Decisión Declara infundado

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

TERCERO: Infórmese lo decidido a las partes interesadas.

CÚMPLASE.

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

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: **a3c829d66787db0345a468bd638f7f9d43a90d7a8dd70c4f0b7b374ef5d37ee2**

Documento generado en 14/08/2023 06:22:48 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, catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 2023-0421-4
CUI : 05234 61 09602 2017 00017
Acusado : Jhon Ferney Nanclares Pulgarín
Delito : Acceso Carnal Violento y otro
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 250

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpuso la Defensa, frente a la decisión proferida el día *09 de marzo de 2023*, por el *Juzgado Promiscuo de Dabeiba* a través de la cual negó solicitud de la nulidad radicada por la Defensa, ello dentro de la actuación que se sigue en contra del señor **Jhon Ferney Nanclares Pulgarín**, por el supuesto delictivo de *acceso carnal violento, en concurso heterogéneo y sucesivo con actos sexuales con menor de catorce años agravado*.

1. ANTECEDENTES

El 13 de septiembre de 2023 se legalizó la aprehensión del señor **Jhon Ferney Nanclares Pulgarín**, ante la Juez

Promiscua Municipal de Uramita por la presunta comisión de los delitos de acceso carnal violento, en concurso heterogéneo y sucesivo con actos sexuales con menor de catorce años agravado. En esa misma fecha se formuló imputación y se impuso medida de aseguramiento.

El día 08 de noviembre de 2022, se radicó escrito de acusación en el cual se plasmaron los siguientes hechos:

“Acontecen en jurisdicción del municipio de Uramita – Ant., zona rural vereda “Los Monos” en varias oportunidades de la citada vereda, dentro de la residencia del señor JHON FERNEY NANCLARES PULGARÍN; lugar al que fue llevada de manera violenta y en contra de su voluntad hasta la cama de Nanclares Pulgarín, la menor GUILLERMINA PULGARÍN QUIROZ en adelante G.P.Q., momento cuando en el lugar se encontraba solo y aprovechando que la mujer de éste no se encontraba, hasta allí fue llevada la niña de 8 años, al parecer, noviembre de 2016, siendo despojada de sus prendas de vestir y tras sostenerle sus manos; también introdujo su pene por su vagina en varias oportunidades.

Que quien abusó de ésta es un sobrino de su padre de nombre Jhon Ferney a quien conoce que vive cerca de su casa y que el sitio donde la llevó es la casa de él, que es tablas, tiene un equipo, televisor, cama, baño y cocina. Una primera vez iba para donde su madrina Lucy; que la primera ocasión le quitó la ropa y le tocó la vagina y una segunda oportunidad la acostó en la cama, le quitó la ropa y le metió el pene por la vagina. Que a pesar de haber sido advertida por Jhon Ferney de no contar lo sucedido; debido a un dolor muy fuerte debió contarle a su mamá lo sucedido”

2. SOLICITUD DE NULIDAD

El 09 de marzo de 2023, en el marco de la audiencia de formulación de acusación, la Defensa solicitó la nulidad de la actuación, teniendo en cuenta que durante las diligencias concentradas fue designado para la representación de su prohijado un abogado adscrito

a la Defensoría Pública el cual no estuvo presente durante las sesiones agendadas.

Si bien al iniciarse las audiencias se observó su presentación, luego de esa intervención desapareció del radar de la cámara, quedando el privado de la libertad abandonado, huérfano de defensa sin que la Juez se percatara de esa situación.

En el minuto 00:43:15 del registro, la delegada fiscal presentó fallas de energía y, en ese preciso instante sólo queda visible en la plataforma virtual el procesado, lo que da cuenta de la falta de asistencia de su apoderado judicial.

Para el minuto 00:49:00 regresó el servicio de energía y sin constatarse si el defensor continuaba conectado se autorizó a la representante del ente acusador para continuar con la imputación.

Finalizado ese acto de comunicación, el profesional del derecho no hizo presencia, la juez no le otorgó el uso de la palabra para que, manifestara si tenía alguna observación y tampoco se le dio traslado de los elementos para que este pudiera ejercer contradicción.

La defensa solo aparece cuando la señora Juez le otorgó el uso de la palabra para que se refiriera a la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento, pero como no estuvo conectado no pudo controvertirla.

Esas actuaciones atentaron contra los derechos al debido proceso, defensa y contradicción del procesado, por lo cual solicita la nulidad de la actuación desde ese escenario procesal.

Frente a esa solicitud, la **delegada fiscal** señaló que, la defensa no cumplió con la carga argumentativa para elevar la solicitud de nulidad pues, debe recordarse que, las causales son taxativas y no mencionó alguna de ellas.

Actualmente se permite la realización de audiencias virtuales, es normal que se presenten fallas en la conectividad sin que ello genere invalidaciones en la actuación, pues se espera el tiempo prudente y una vez se restablecen los servicios se continúa con la diligencia.

La audiencia de legalización del procedimiento de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento se realizan de forma concentrada lo que significa que, resulta suficiente con la verificación de la presencia de las partes de forma inicial.

Contrario a lo manifestado por el profesional del derecho, ella envió los elementos materiales con vocación probatoria al correo electrónico oroldan@defensoria.edu.co el 13 de septiembre de 2022 a las 10:20 a.m.

No se advierte vulneración a derechos, se cumplieron los fines de las diligencias y se respetaron derechos y garantías fundamentales.

El **representante victimas** solicitó no se acoja la petición de la defensa pues no advierte irregularidades en el trámite impartido.

3. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

Hizo referencia a las normas que permiten el uso de herramientas tecnológicas para llevar a las audiencias de forma virtual e indicó que, si el abogado defensor tenía problemas de conectividad, contaba con los medios necesarios para ponérselo de la presente a la Judicatura, pues las partes se encuentran en la obligación de actuar bajo el principio de lealtad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal.

No puede pretender la Defensa que, se invalide ese acto de comunicación sin argumentar por lo menos, los motivos por los cuales estima que, el objeto jurídico convocado en esa oportunidad faltó a algunos de los requisitos de que tratan los artículos 286, 287 y 288 de la ley procesal penal.

Adicionalmente no puede fungir como tercera instancia de la decisión que impuso medida de aseguramiento pues se tuvo la oportunidad de interponer los respectivos recursos y, en este momento

procesal se cuenta con la opción de solicitar la revocatoria o la sustitución de la misma.

Conforme con ello, resuelve no acceder a la solicitud radicada.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La juez se refirió a su solicitud sin ni siquiera hacer un receso para escuchar la sesión de audiencia que es objeto de reproche, no pretende que funja como tercera instancia, sino que, advierta que en las diligencias concentradas hubo una vulneración al debido proceso pues, el apoderado judicial no estuvo presente.

La Fiscalía señaló que había remitido unos elementos materiales probatorios a la Defensa, pero no mencionó cuales y en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento ni siquiera los relacionó.

Es más, la misma Ley 906 de 2004 establece que, las directivas de la FGN son de obligatorio cumplimiento y el 02 de junio de 2020 se expidió por parte del Director General de esa institución la Circular 0001 en la que establece los requisitos que deben observar sus delegados para la solicitud de la imposición de una medida, entre ellos debe existir inferencia razonable de autoría o participación, el cumplimiento de una finalidad constitucionalidad y un test de proporcionalidad y, en la diligencia llevada a cabo no se hizo referencia

a testimonios o elementos de prueba que permitieran acreditar ese primer presupuesto normativo.

Tampoco es cierto que, haya precluido su oportunidad para alegar esta situación pues, antes de llevarse a cabo la audiencia de formulación de acusación se genera un espacio procesal precisamente para advertir algún tipo de anomalía en esas audiencias preliminares.

Solicita se acceda a su solicitud de nulidad.

4.1. Intervención como no recurrente de la representante del ente acusador

Solicita mantenerse en la decisión adoptada pues, existe la posibilidad de realizar las diligencias de carácter virtual y aunque, no se tuviera encendida la cámara, la Judicatura parte de ese principio de lealtad, entendiendo que, la Defensa estaba escuchando las intervenciones, máxime cuando se trata de una persona que lleva varios años ejerciendo de manera responsable su rol.

Por otra parte, estima que, la buena fe se presume, y la mala fe debe demostrarse, razón por la cual el abogado defensor debe acreditar que, ni al profesional adscrito a la Defensoría Pública que estuvo presente en las diligencias preliminares ni al Despacho que las presidió le fueron remitidos los elementos materiales con vocación

probatoria, apreciación que raya contra toda lógica pues ningún juez accede a pedimentos sin contar el respaldo correspondiente.

Reitera que las diligencias atacadas son preclusivas, que no existió violación a derechos fundamentales y conforme con ello, solicitó que se confirme la decisión recurrida.

4.2. Intervención como no recurrente de la representación de víctimas.

No emite pronunciamiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente la Sala para decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, en contra del auto atrás reseñado, de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

La Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos ha destacado el carácter de *última ratio* propio del instituto de las nulidades, ya que la aplicación de este medio correctivo de la actuación procesal, debe estar orientado a subsanar irregularidades sustanciales percibidas en el proceso penal que afectan de manera directa el derecho de defensa, el debido proceso, o la competencia.

Quien pretende valerse del instituto de las nulidades para invalidar el proceso o parte de él, debe demostrar no sólo la ocurrencia de alguna irregularidad sustancial, sino, además, la afectación real y cierta de las garantías de los sujetos procesales, o la trasgresión grosera de las bases fundamentales del proceso (principio de trascendencia).

Corresponde a la Sala determinar si efectivamente en el marco de las diligencias preliminares el procesado estuvo “huérfano” de defensa tal y como se manifestó por parte del recurrente, irregularidad procesal que, únicamente pueda ser superada con la declaratoria de nulidad.

Al escuchar el registro de las diligencias preliminares llevadas a cabo el 13 de septiembre de 2022 a través de la plataforma virtual lifesyze se logra advertir la imagen del defensor público designado para la representación de los intereses del procesado (Record: 00:00:04) apaga su cámara (Record: 00:00:20) quedando visible el perfil con su nombre “Oscar Alonso Roldan” y nuevamente la enciende para su presentación indicando que se trata de Oscar Alonso Roldan Gil identificado con C.C. N° 98.545.938 ubicable en el correo electrónico oroldan@defensoria.edu.co y al abonado telefónico 310 396 1476 (Record: 00:01:55). Una vez realizada su presentación apaga nuevamente la cámara y queda visible el perfil con su nombre.

Sustentada la solicitud de legalización del procedimiento de captura, la señora Juez corrió traslado a la Defensa

para que, se pronunciara sobre la misma y, es en ese instante cuando el abogado enciende nuevamente su cámara para brindar su manifestación sobre ese aspecto, indicando los motivos por los cuales no mostraba oposición. (Record: 00:19:22).

Finalizado ese primer objeto jurídico, se da inicio a la audiencia de formulación de imputación, momento para el cual, a diferencia de lo manifestado por el apelante, el Defensor Público sí estuvo presente y, aunque lo deseable es que, las partes no apagaran sus cámaras el marco de toda la diligencia, lo cierto es que, puede observarse de manera clara el perfil del profesional del derecho conectado durante toda la sesión.

Pudo comprobarse la presencia y la atención que estaba prestando la Defensa a la intervención de las partes pues, cuando se le corría traslado de alguna petición, encendía su cámara de manera inmediata y emitía su pronunciamiento.

No advierte la Sala alguna vulneración a derechos en ese acto de comunicación, es claro que el procesado siempre estuvo asistido y asesorado por la Defensa y así lo manifestó ante la Judicatura cuando se le interrogó sobre su voluntad de aceptar cargos.

También indicó la apelante en el marco de su solicitud de nulidad que, una vez formulada la imputación, la Judicatura no corrió traslado al apoderado judicial del procesado para que, indicara si tenía

alguna observación a la narración realizada por el ente fiscal, lo que derivó en la vulneración de los derechos de su prohijado.

Esa actuación no configura de ninguna manera algún vicio en el procedimiento, pues debe recordarse que, la formulación de imputación es un acto de mera comunicación en cabeza del ente encargado de la persecución penal, el cual ni siquiera admite recursos.

El Despacho consideró que la delegada Fiscal llevó a cabo esa diligencia conforme con los lineamientos legales y la normativos, así lo manifestó de manera expresa, razón por la cual no era menester generar un espacio para oposiciones o solicitudes adicionales en el marco de ese escenario procesal.

Y si en gracia de discusión se admitiera que la Judicatura debía otorgarle el uso de la palabra a la defensa solicitar aclaraciones a la narración fáctica y jurídica expuesta por el ente acusador lo cierto es que, no sustentó de que, manera esa supuesta omisión generó vulneración a derechos fundamentales.

Debe recordarse que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹ si el acto acusado de irregular se relaciona con la estructura del proceso, el recurrente mediante un discurso lógico y jurídico esta compelido a enseñar de qué manera resultó afectado y cómo la fase echada de menos, repercute en

¹ Sentencia AP3980-2022 - Radicación N° 61975

ella, mostrando que es necesario retrotraer el trámite porque la sustancialidad de este así lo obliga.

En el presente evento, el abogado defensor únicamente aludió a una aparente omisión procesal pero no indicó de qué manera resultó afectado el encartado penal, verbigracia si los hechos no fueron claros y de habersele corrido traslado al anterior profesional se hubiere solicitado una aclaración en ese aspecto.

No basta sólo con enunciar la presunta afectación, sino que, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales se requiere de una argumentación suficiente para que, logre verificar su real trascendencia en el marco del proceso penal, misma que no se encontró satisfecha.

Finalmente, alegó el apelante unas presuntas irregularidades en el marco de la diligencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, sin embargo, este asunto no será objeto de estudio por cuanto, se evidencia el incumplimiento del principio de *residualidad* que debe regir las nulidades².

Es claro que, si se impuso una medida de aseguramiento sin contarse, en su parecer, con el lleno de los requisitos legales, la Defensa cuenta con otros mecanismos para lograr que se restablezca la libertad de su defendido, entre ellas elevar solicitud de

² AP1394-2023 M.P. Myriam Ávila Roldán

sustitución o revocatoria ante los jueces con función de control de garantías, razón por la cual no resulta imperioso retrotraer la actuación hasta esa fase para lograr la gracia liberatoria.

Adicionalmente, los motivos que tuvo la juez para resolver la petición elevada en ese momento en nada repercuten en la fase de conocimiento.

Conforme con lo antes expuesto no se advierte ningún error en el trámite procesal impartido por lo se hace necesario **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada el día *09 de marzo de 2023*, por el *Juzgado Promiscuo de Dabeiba* a través de la cual negó solicitud de la nulidad radicada por la Defensa, ello dentro de la actuación que se sigue en contra del señor **Jhon Ferney Nanclares Pulgarín**, por el supuesto delictivo de *acceso carnal violento, en concurso heterogéneo y sucesivo con actos sexuales con menor de*

catorce años agravado. Lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

SE DISPONE que por Secretaría de la Sala sea comunicada la presente determinación a las partes e intervinientes, y sean retornadas las diligencias ante el Juzgado de origen, en punto a que se proceda con la audiencia pertinente.

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

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: **d7c86b0ea5cfbec470510f7fc2730362f54f794e6de08920f5fc37b06396dd80**

Documento generado en 14/08/2023 06:22:56 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, catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-1386-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00436
Accionante : Gildardo de Jesús Muñoz Pérez
Accionado : Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.
Decisión : Niega – Hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 253

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano GILDARDO DE JESÚS MUÑOZ PÉREZ, contra el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la petición y debido proceso.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor GILDARDO DE JESÚS MUÑOZ PÉREZ que, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia vigila la pena que le fue impuesta por la

comisión de la conducta punible de violencia intrafamiliar. Por su parte, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia le vigila la pena que le fue impuesta por el punible de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego.

En el mes de marzo de 2023, radicó solicitud de acumulación jurídica de penas pues no tiene más investigaciones en curso, pero, a la fecha no ha recibido respuesta de su petición.

Solicita que, por medio de la presente acción de tutela se ordene al Despacho accionado brindar respuesta favorable a su requerimiento pues, la ausencia de un pronunciamiento atenta contra sus derechos fundamentales a la petición, debido proceso y oportunidad.

El asesor jurídico del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** indicó que, en sentencia del 25 de octubre de 2022, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi - Antioquia, condenó al accionante como cómplice penalmente responsable del delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones, imponiéndole la pena principal de 82 meses de prisión, negándole tanto el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como el mecanismo sustitutivo de la prisión carcelario por domiciliaria.

El 27 de junio de 2023, el accionante por intermedio del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Andes - Antioquia, elevó solicitud de Acumulación

Jurídica de Penas. Mediante auto 1334 del 01 de agosto de 2023 requirieron al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para que allegara la documentación necesaria para resolver y en esa misma fecha su homologó remitió lo respectivo.

Con base en esa información, mediante autos 1778 y 1779 del 3 de agosto de 2023, se decretó la acumulación jurídica de las penas impuestas al accionante de conformidad con lo establecido en el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal fijándose como pena la de 102 meses de prisión.

Los autos referidos fueron remitidos al sentenciado por intermedio del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Andes, Antioquia, razón por la cual solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela al haber acaecido el fenómeno jurídico de hecho superado.

El titular del **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** indicó que, frente a la solicitud de acumulación jurídica de penas, sólo obra un memorial radicado el 03 de agosto de 2023 por medio del cual el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, solicita información sobre la pena que vigila al sentenciado Muñoz Pérez.

Conforme con ello, mediante oficio N°2972 de la fecha se le dio respuesta al requerimiento realizado, estima que no ha incurrido en vulneración a derechos y conforme con ello, solicita

la desvinculación del presente trámite constitucional.

CONSIDERACIONES

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentran conculcados los derechos fundamentales invocados por el sentenciado GILDARDO DE JESÚS MUÑOZ PÉREZ al no haberse resuelto su solicitud de acumulación jurídica de penas.

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.

Ahora bien, se invoca por el accionante la vulneración al derecho de petición y debido proceso. En ese sentido, al tratarse de una solicitud que al parecer se impetró al interior de un proceso judicial, la respuesta que emita la autoridad

debe darse conforme las reglas propias de cada juicio o procedimiento, así lo explicó Corte Constitucional en sentencia T-394-2018:

“El derecho de petición ante autoridades judiciales – Reiteración jurisprudencial

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

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

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

En este sentido, la Corte ha sostenido que el alcance del derecho de petición encuentra limitaciones respecto de las peticiones presentadas frente a

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

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

Teniendo en cuenta que la ausencia de respuesta a una solicitud que se eleva ante un despacho judicial, vulnera no solamente el derecho de petición, sino que cuando se trata de solicitudes en el marco de diligencias a su cargo, también atentan contra el debido proceso, procederá la Sala a verificar si en el caso en concreto el despacho accionado violentó esas garantías de las cuales es titular el promotor.

En el escrito de amparo constitucional, GILDARDO DE JESÚS MUÑOZ PÉREZ afirma que, en el mes de marzo de 2023 radicó solicitud de acumulación jurídica de penas al estimar que cumple con todos los presupuestos legales para hacerse acreedor a ese beneficio, pero a la fecha de interposición de la tutela no había obtenido respuesta.

N° Interno 2023-1386-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00436
Accionante Gildardo de Jesús Muñoz
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Antioquia.
Decisión Niega – Hecho superado

Sin embargo, su pretensión se encontró satisfecha durante el trámite constitucional, pues tal y como lo manifestó el asesor jurídico del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, mediante auto del 1778 y 1779 del 03 de agosto de 2023 resolvió de fondo su pretensión. A su tenor la providencia en mención reza:

“PRIMERO: DECRETAR LA ACUMULACIÓN JURÍDICA DE LAS PENAS impuestas a GILDARDO DE JESÚS MUÑOZ PEREZ, en el CUI 05040-60-01-298-2022-00114 radicado interno No. 2022A1-2679 pena impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito Amalfi, Antioquia, y, el CUI 05031-60-00-263-2022-50038 radicado interno No. 2023A3-0528, pena impuesta también por el Juzgado Promiscuo del Circuito Amalfi, Antioquia, de conformidad con lo establecido en el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906/04), y lo expuesto en la parte motiva de este proveído, fijándose como PENA JURIDICAMENTE ACUMULADA la de CIENTO DOS (102) MESES DE PRISIÓN.

Se impone la Pena Accesorias de Inhabilitación de Derechos y Funciones Públicas por el mismo lapso de la PENA ACUMULADA.

SEGUNDO: DECLARAR que el sentenciado GILDARDO DE JESÚS MUÑOZ PEREZ, a la fecha, entre tiempo físico y tiempo redimido, ha descontado 11 MESES Y 26 DÍAS de la pena de prisión impuesta, conforme a las razones expuestas en la parte motiva del presente auto.

TERCERO: INFORMAR Y ENVIAR esta decisión al establecimiento carcelario donde se encuentra recluso el condenado.

CUARTO: Por el Centro de Servicios Administrativos de estos Juzgados, DESE CUMPLIMIENTO al acápite de OTRAS DETERMINACIONES, una vez en firme esta providencia.

QUINTO: Contra esta providencia proceden los recursos de Ley...”

Esa decisión fue remitida al correo electrónico del establecimiento carcelario donde se encuentra privado de la libertad, esto es, notificacionsentencias.epcandes@inpec.gov.co

Se tiene entonces que, con el auto proferido, el Juzgado Ejecutor resolvió de fondo la solicitud impetrada por el sentenciado, acumuló las penas impuestas por el Juzgado

Promiscuo del Circuito Amalfi – Antioquia e inclusive la respuesta obtenida resultó favorable a sus intereses.

Bajo ese escenario, en el marco del trámite de la acción de tutela, el Despacho accionado allegó constancia de la providencia emitida y de su remisión al penal donde está privado de la libertad el accionante, quedando claro que, en relación con el derecho fundamental de petición y del derecho al debido proceso, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado.

Según la interpretación que le ha otorgado la H. Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando *“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional**, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”*¹.

La presente acción de tutela fue radicada el 31 de julio de 2023 y el 03 de agosto de 2023, se le remitió al accionante la providencia mediante la cual, se resuelve su petición. En el marco de la acción constitucional, se satisfizo entonces la pretensión del promotor, terminando así cualquier vulneración de sus derechos.

Así las cosas, frente al derecho fundamental de petición y debido proceso se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un hecho

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

superado y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la parte interesada, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR LA TUTELA solicitada por GILDARDO DE JESÚS MUÑOZ PÉREZ frente al derecho fundamental de petición y debido proceso, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *Decreto 2591 de 1991, artículo 31*.

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

N° Interno 2023-1386-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00436
Accionante Gildardo de Jesús Muñoz
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Antioquia.
Decisión Niega – Hecho superado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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

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: **06d53b43ea0c37f5fb28d345ce217926bcf375de18109c2c66628b387e2f8ba1**

Documento generado en 14/08/2023 06:23:09 PM

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

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05 615 60 99 153 2018-00223. (N.I. 2022-1701-4)

Acusado: CARLOS ANDRÉS QUINTERO QUINTERO.

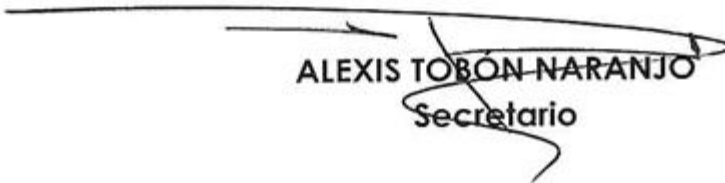
Delito: Actos sexuales con menor de catorce (14) años en concurso homogéneo y Sucesivo

Pongo en conocimiento proceso de la referencia, significándole H. Magistrada que la Doctora Rosa Dary Cardona apoderada del señor Carlos Andrés Quintero Quintero, conforme al poder adjunto¹ dentro del término de ley interpuso el recurso extraordinario de CASACIÓN frente a la decisión emitida dentro del proceso de la referencia.

Dicho recurso fue sustentado oportunamente², teniendo en cuenta que el término para ello expiró el día diez (10) de agosto del año en curso (2023) siendo las 05:00 p.m.³

Lo anterior para su conocimiento y demás fines.

Medellín, agosto catorce (14) de dos mil veintitres (2023)


ALEXIS TOBÓN-NARANJO
Secretario

¹ Archivo 14

² Archivo 18-19

³ Archivo 16

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, agosto catorce (14) de 2023.

Radicado: 05 615 60 99 153 2018-00223. (N.I. 2022-1701-4)

Acusado: CARLOS ANDRÉS QUINTERO QUINTERO.

Delito: Actos sexuales con menor de catorce (14) años en concurso homogéneo y Sucesivo

En atención a la constancia Secretarial que antecede, y como quiera que la apoderada del señor Carlos Andrés Quintero Quintero sustentó oportunamente el **recurso extraordinario de casación** debidamente interpuesto, se ordena remitir ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal a través de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, las presentes diligencias a fin de que se imprima el trámite pertinente por parte de la Alta Corporación.

En virtud del poder conferido por el señor Quintero Quintero, a la Dra. Rosa Dary Cardona, se le reconoce personería.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **7dae35970de5a36699a954a52bf260974e497de7375f73f304c422827ec183a5**

Documento generado en 14/08/2023 04:45:56 PM

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

REPÚBLICA DE
COLOMBIA RAMA



TRIBUNAL SUPERIOR DE
ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN
PENAL

Medellín, catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2021-1331-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-541-61-00128-2017-80195
Acusados : Jhon Fredy García Morales
Carlos Andrés Tamayo Quintero
Delito : Homicidio agravado en grado de
tentativa y otro.

El 14 de agosto de 2023 se aprobó por la Sala decisión de segunda instancia dentro del proceso identificado con el CUI 05-541-61-00128-2017-80195 que se adelanta contra Jhon Fredy García Morales y Carlos Andrés Tamayo Quintero.

Se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VEINTITRÉS (23) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS CUATRO DE LA TARDE (04:00 P.M.)**.

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia.

CÚMPLASE

(firma digital)

Isabel Álvarez Fernández
Magistrada

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez

Magistrada

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: **efe7250d650bfe78ee734f2662b9e3fa4370f5fdda5a4d47b8494f75c9f7e2bb**

Documento generado en 15/08/2023 09:57:10 AM

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