

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 020

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
2024-0177-3	Consulta a desacato	CARMEN CECILIA PATERNINA DIAZ	UARIV	confirma sanción impuesta	Febrero 07 de 2024
2024-0088-3	Tutela 1º instancia	MAURICIO POLO RENGIFO	JUZGADO 1º DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Febrero 07 de 2024
2023-2400-3	Tutela 2º instancia	RAFAEL GRIJALBA BARRERA	COMANDO DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL Y OTRO	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 07 de 2024
2024-0119-4	Tutela 2º instancia	MARIA NIZA MOSQUERA	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 07 de 2024
2024-0120-4	Tutela 2º instancia	LUZ MARY GALLEGO HINCAPIÉ	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 07 de 2024
2023-2386-4	Tutela 2º instancia	CAMILO ANDRÉS GÓMEZ RODRÍGUEZ	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTROS	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 07 de 2024
2024-0035-4	Tutela 2º instancia	GLORIA ESNEDA LONDOÑO CHAVARRÍA	FIDUPREVISORA S.A	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 07 de 2024
2024-0171-4	Tutela 2º instancia	NIDIA RUTH VELÁSQUEZ LEMA	SECRETARIA DE EDUCACION DE ANTIOQUIA Y O	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 07 de 2024
2023-2363-4	Tutela 2º instancia	GONZALO ALBERTO MEJÍA MESA	COLPENSIONES Y O	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 07 de 2024
2024-0075-4	Tutela 1º instancia	CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ JIMÉNEZ	JUZGADO 1º DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Febrero 07 de 2024
2024-0047-4	Tutela 2º instancia	ALFA NELLY ARBOLEDA GAVIRIA	COLPENSIONES Y O	Revoca fallo de 1º instancia	Febrero 07 de 2024
2024-0163-6	Tutela 1º instancia	ANDERSON RESTREPO LONDOÑO	JUZGADO 1º DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	decreta pruebas	Febrero 07 de 2024
2023-1934-4	auto ley 906	VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA	Confirma sentencia de 1º Instancia	Febrero 07 de 2024
2023-0555-4	auto ley 906	INASISTENCIA ALIMENTARIA	ARLENZO ABAD GUTIERREZ VELEZ	Revoca sentencia de 1º instancia	Febrero 07 de 2024

2018-0990-4	sentencia 2º instancia	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	ANDERSON OSORIO CÁRDENAS	Confirma sentencia de 1º Instancia	Febrero 07 de 2024
-------------	---------------------------	------------------------	-----------------------------	---------------------------------------	-----------------------

FIJADO, HOY 08 DE FEBRERO DE 2024, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 05045-31-04-001-2023-00265 (2024-0177-3)
Accionante Carmen Cecilia Paternina Diaz
Accionado UARIV
Asunto Consulta desacato
Decisión Confirma
Acta: N° 035 febrero 06 de 2024

Medellín, seis (06) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver, el grado jurisdiccional de consulta del incidente de desacato, conforme lo prevé el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, contra la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, debido a la sanción que le fuera impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia, mediante auto interlocutorio adiado el 29 de enero hogaño.

ANTECEDENTES

Con sentencia del cuatro de octubre de 2023 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia negó el amparo los derechos fundamentales reclamados por la señora Carmen Cecilia Paternina. Sin embargo, este Tribunal a través de sentencia del 17 de noviembre de 2023, concedió la tutela en los siguientes términos:

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, el cuatro de octubre de 2023, y en su lugar, conceder el amparo constitucional deprecado, respecto del derecho fundamental al debido proceso en conexidad con el de petición.

SEGUNDO: ORDENAR al director de la UARIV, o quien haga sus veces que, dentro de las próximas 48 horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, deberá establecer una fecha cierta para la entrega de la indemnización administrativa que le fue reconocida a la señora CARMEN CECILIA PATERNINA DÍAZ, durante el presente año fiscal sin que el término para su desembolso efectivo pueda exceder treinta (30) días hábiles.

Mediante escrito del 12 de enero de 2024¹, la accionante presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de la accionada.

Con auto del 15 de enero de 2024², el Juzgado de conocimiento dispuso requerir a la Dra. PATRICIA TOBÓN YAGARI en calidad de Directora General y a la Dra. CLELIA ANDREA ANAYA BENAVIDES en calidad de Directora Técnica, ambas de la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (en adelante UARIV), para que en el término de dos días hábiles informara sobre el cumplimiento del fallo constitucional.

En respuesta, la UARIV informó que la Dra. Sandra Viviana Alfaro Yara asumió la Dirección Técnica de Reparación de la Unidad para las Víctimas, persona competente para suministrar las respuestas requeridas.

Adujo que a través de comunicación con código Lex 7798896 informó a la accionante la imposibilidad de dar fecha y cierta y/o pagar la indemnización administrativa, en tanto se debe respetar el procedimiento establecido en la Resolución 1049 de 2019, pues la entidad aún se encuentra dentro del término de análisis de la solicitud presentada por la actora, en tanto han transcurrido 90 días de los 120 días hábiles que prevé la mencionada Resolución.

Con auto del 18 de enero de 2024, el Juzgado de conocimiento dispuso la desvinculación de la Dra. CLELIA ANDREA ANAYA BENAVIDES del trámite incidental, y vinculó a la Dra. SANDRA VIVIANA ALFARO YARA en calidad de Directora Técnica de la UARIV, a quien requirió para que en el término de dos

¹ PDF N° 01 del cuaderno principal.

² PDF N° 02 del cuaderno principal.

días hábiles presentara pruebas del cumplimiento del fallo. Sin embargo, no hubo ningún pronunciamiento.

Posteriormente, en auto del 23 de enero de los corrientes ordenó la apertura del trámite incidental por desacato contra PATRICIA TOBÓN YAGARÍ, en su calidad de Directora General, y SANDRA VIVIANA ALFARO YARA, en su calidad de Directora Técnica, ambas de la UARIV, concediéndoles el término de dos días para que ejercieran su derecho de contradicción y de defensa, y aportara o solicitara las probanzas que pretendiera hacer valer al interior del presente trámite incidental, sin embargo, no se pronunciaron.

Con decisión adiada el 29 de enero de 2024, se sancionó por desacato a la Dra. MARÍA PATRICIA TOBÓN YAGARI en su calidad de Directora General, y SANDRA VIVIANA ALFARO YARA, en su calidad de Directora Técnica, ambas de la UARIV, imponiéndosele una sanción de tres días de arresto y multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2024.

Las presentes diligencias fueron remitidas a esta Colegiatura, a fin de que se surtiera el trámite del grado jurisdiccional de consulta.

Oportunidad en la que la accionante y la accionada se pronunciaron indicando:

Accionante: manifestó que con oficio No. 2024-0050111 del 30 de enero de 2024 informó que la medida sería pagada en mayo de 2024, lo cual no cumple con el fallo de tutela, en tanto en esta se indicó que el desembolso debía realizarse en 30 días hábiles, término que a la fecha se encuentra vencido.

Accionada: adujo que la sanción impuesta debe ser revocada porque la sentencia constitucional fue cumplida por la UARIV, pues procedió a realizar la asignación de la vigencia presupuestal en la que se le reconocerá la indemnización administrativa.

En la Comunicación COD LEX 7829094, dirigida a la dirección de correo electrónico windymarzola@gmail.com, se le indicó que, una vez validada la solicitud de Carmen Cecilia Paternina Díaz determinó que, acreditó su criterio de priorización, por lo que, el porcentaje de la medida indemnizatoria por el hecho de desplazamiento forzado, será relacionada en los procesos de cruces y tramites tendientes a que se pueda incluir en la ejecución de pago para el mes de abril 2024, cuya notificación del pago de la medida de indemnización se llevará a cabo en el transcurso del mes de mayo 2024. No obstante, el mismo está sujeto a la validación que efectúe la entidad relacionada con el cumplimiento de los requisitos para el acceso de la medida al momento de ordenarle los recursos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la presente consulta, según lo dispuesto por el artículo 52, inciso 2 del Decreto 2591 de 1991, dado que la sanción impuesta por desacato debe ser consultada ante el respectivo superior funcional, calidad que la Sala ostenta respecto de la autoridad judicial que tramitó la tutela y el incidente.

La finalidad del incidente de desacato no es propiamente la sanción como desarrollo de las facultades coercitivas del juez constitucional, sino la de garantizar la realización efectiva de los derechos protegidos por vía de la acción de tutela. Al respecto ha considerado la Corte Suprema de Justicia:

“Ha de subrayarse, igualmente, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el incidente de desacato no tiene como finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla...”³

³ CSJ STP14262-2015, rad 77727 del 10 de feb de 2015. Reiterado en radicados 75340 del 28 de agosto de 2014 y 66245 del 9 de abr de 2013.

En lo que respecta a la indemnización administrativa y la protección al derecho al mínimo vital de las personas víctimas del conflicto armado, la Corte Constitucional ha establecido que “... las condiciones especiales de vulnerabilidad de las víctimas del conflicto armado pueden ocasionar que, en ciertos casos, la demora en el pago de la indemnización administrativa conlleve la afectación de derechos fundamentales, como la dignidad humana y el mínimo vital, cuya protección pueda darse a través de la acción de amparo. Para determinar lo anterior, el juez constitucional deberá tener en cuenta las condiciones específicas del accionante, dilucidar su estado de vulnerabilidad y determinar si efectivamente el pago reclamado impacta en la realización de los citados derechos.”⁴

Luego, es menester que la entidad accionada tenga presente que existe una orden de tutela a través de la cual se le ordenó que “dentro de las próximas 48 horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, deberá establecer una fecha cierta para la entrega de la indemnización administrativa que le fue reconocida a la señora CARMEN CECILIA PATERNINA DÍAZ, durante el presente año fiscal sin que el término para su desembolso efectivo pueda exceder treinta (30) días hábiles.”, siendo esta una directriz donde la entidad debe garantizar los derechos fundamentales de la afectada.

De ahí que cuando la causa de la vulneración de un derecho está en la renuencia, en la rebeldía del funcionario público o de un particular a cumplir lo dispuesto por el Juez de la República, se presenta una grave omisión generante de la acción encaminada a la defensa efectiva del derecho constitucional que se conculca. Y cuando ello ocurre, y el obligado a acatar un fallo no lo hace, no solo viola los derechos protegidos en la providencia, sino que se interpone en el libre acceso a la administración de justicia, frustrando así el anhelo de la justicia como uno de los cometidos del orden jurídico. Y quien a ello contribuye con su acción u omisión se hace responsable debiendo ser sancionado.

En el presente asunto, hasta el momento no obran elementos de prueba que permitan predicar que a la fecha la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas pagó o comunicó a la accionante

⁴ T386 DE 2018

una fecha cierta en la que realizará la correspondiente entrega material de indemnización administrativa a la que tiene derecho, pues tan solo informó a la actora de una probabilidad de pago para el mes de mayo de los corrientes.

Se reitera, este Tribunal a través de sentencia de segunda instancia del 17 de noviembre de 2023, concedió la tutela en los siguientes términos: *“ORDENAR al director de la UARIV, o quien haga sus veces que, dentro de las próximas 48 horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, deberá establecer una fecha cierta para la entrega de la indemnización administrativa que le fue reconocida a la señora CARMEN CECILIA PATERNINA DÍAZ, durante el presente año fiscal sin que el término para su desembolso efectivo pueda exceder treinta (30) días hábiles.”*

La UARIV tan solo informó que la señora Carmen Cecilia Paternina Diaz será relacionada en los procesos de cruces y tramites tendientes a que se pueda incluir en la ejecución de pago para el mes de abril 2024, cuya notificación del pago de la medida de indemnización se llevará a cabo en el transcurso del mes de mayo 2024. No obstante, el mismo está sujeto a la validación que efectúe la entidad relacionada con el cumplimiento de los requisitos para el acceso de la medida al momento de ordenarle los recursos.

De tal forma, la Sala procederá a confirmar la sanción impuesta por el Juez de primera instancia a la Dra. MARÍA PATRICIA TOBÓN YAGARI en su calidad de Directora General, y la Dra. SANDRA VIVIANA ALFARO YARA, en su calidad de Directora Técnica, ambas de la UARIV, pues, se reitera, no se allegó prueba que justifique válidamente el incumplimiento al fallo de tutela, ni se acreditó el cumplimiento en su totalidad, por lo que puede hablarse de una conducta dolosa encaminada a sustraerse de manera deliberada de cumplir la decisión de tutela, dado que la Dra. Patricia Tobón Yagari y la Dra. Sandra Viviana Alfaro Yara, fueron notificadas de cada una de las actuaciones dentro de este trámite y hasta el momento no han presentado una explicación razonable que indique la imposibilidad de la entidad accionada de dar cumplimiento al fallo de tutela en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sanción impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia, el 29 de enero de 2024.

SEGUNDO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de Ley.

TERCERO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

(firma electrónica)

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada

Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **e98dcc1014964caac205252d12ef1eff280e78d7a3068d497f64ad9188181903**

Documento generado en 06/02/2024 04:54:15 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	05000-22-04-000-2024-00046-00 (2024-0088-3)
Accionante	Mauricio Polo Regino
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Concede
Acta:	N° 036 febrero 06 de 2024

Medellín, seis (06) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por MAURICIO POLO REGINO, en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que, el 15 de agosto de 2023 (recibida el 16 de agosto de 2023 con radicado 2023ER0103508) a través de atención ciudadana del CPMS Montería petitionó el traslado de su proceso a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, Córdoba, pero no ha tiene noticia de lo resuelto.

El 28 de septiembre de 2023 (recibida el primero de octubre de 2023 con radicado 2023ER0129436) elevó solicitud de redención de penas y libertad condicional, ante la oficina jurídica del CPMS Montería, pero tampoco ha obtenido respuesta.

¹ PDF 003, expediente digital de tutela.

Adujo que en su cartilla biográfica figura que está a cargo del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, situación que impide a que se dé pronta respuesta a sus peticiones por parte de la oficina jurídica del CPMSC Montería.

Expuso que actualmente no tiene certeza de qué Juzgado vigila su condena para que emita pronunciamiento acerca de su redención de pena y libertad condicional.

Por lo tanto, solicita la protección de los derechos fundamentales invocados y en consecuencia se ordene (i) al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que traslade su causa penal a los Juzgados homólogos de Monterías, y se le informe de ello; (ii) se dé respuesta a las peticiones de redención de pena y libertad condicional, y (iii) una vez asignado el Juzgado de Penas de Montería, el CPMS Montería remita resolución favorable para estudio de libertad condicional y redención de penas.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el 25 de enero de 2024², se avocó la acción de tutela y se corrió traslado al despacho demandado y se vinculó al (i) CPMS Montería, al (ii) Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia, y al (iii) Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, Córdoba, para que dentro del término improrrogable de dos (2) días, se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente. Posteriormente, se vinculó también al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, Córdoba.

2. El Juez Coordinador del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, Córdoba, manifestó que según lo manifestado por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de

² PDF N° 005 Expediente Digital.

Seguridad de Antioquia, este despacho en junio de 2021 remitió en forma física y en su totalidad el expediente del señor Polo Regino al Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería; sin embargo, el mismo no se encuentre físicamente, ni registrado en la base de datos de procesos ingresados a esa oficina judicial para su reparto entre los juzgados de ejecución de ese circuito judicial.

Solicitó al homólogo de Antioquia remitiera pruebas sobre dicho envío (planilla y numero de oficio con el que fue remitido el expediente), pero no han allegado evidencia concreta de ello. Según comunicación con esa dependencia, cuentan con la constancia de recibido de un empleado del centro de servicios de Montería, la cual fue remitida por correo electrónico; sin embargo, obviaron remitir el oficio remisorio y la planilla de envío, documentos que son necesarios para evidenciar que lo remitido y recibido en esa oficina, en efecto sea el expediente referenciado.

El homólogo de Antioquia indicó que el proceso fue remitido en 2021 junto con otro sumario a nombre de Luz Esmerida López Chavarría, el cual tampoco fue hallado físicamente en esas dependencias. Situación que les resulta extraña, en tanto, no obra antecedente de que un paquete completo, que consta de dos procesos enviados conjuntamente no aparezca físicamente; máxime que todos los procesos que se reposan en el Centro de Servicios de Penas de Montería se encuentran digitalizados según convenio de la Rama para el año 2022, sin que el expediente del accionante se encuentre entre los digitalizados en la plataforma de Digijudicial.

Con todo, adujo que, en aras de no incurrir en la violación de los derechos fundamentales del accionante, elevó solicitud del fallo al juzgado de origen y las actuaciones realizadas por el homólogo de Antioquia, esto es, la legalización de la orden de captura y orden de encarcelamiento.

Una vez obtenidos dichos documentos, el viernes 26 de enero, efectuó el reparto de la condena de 67 meses de prisión que por el delito de concierto para delinquir agravado fue impuesta al señor MAURICIO POLO REGINO por el Juzgado

Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante sentencia de fecha 16 de enero de 2018, dentro del proceso con Código Único de Investigación (en adelante CUI) 150003107003201700878 contra, correspondiendo su vigilancia al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería bajo el radicado interno 2024-00043.

En la referida data, pasó el asunto al despacho del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería para su conocimiento, a quien el 29 de enero de 2024, le fue también remitida la solicitud de redención de penas elevada en favor del condenado en julio de 2022, sin que existan otras peticiones pendientes de tramitar, según lo evidenciado en la consulta realizada en el correo electrónico de esa oficina.

Aunado a lo anterior, se informó a la defensora pública Dra. Carolina González Gómez, sobre el aducido reparto, quien el 19 de enero hogaño había solicitado a nombre del señor MAURICIO POLO REGINO someter el proceso a reparto, con el fin de poner en conocimiento de éste el estado actual de su proceso.

Solicita se desestime el amparo implorado, en tanto fue superada la pretensión del actor, pues se realizó el correspondiente reparto del proceso.

3. El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia adujo que luego de consultar en el sistema de Gestión constató que en desfavor del accionante reposa anotación bajo el CUI 05000-31-07-003-2017-00878, radicado interno 2019-0957, proceso que se encuentra en archivo definitivo, dado que el 25 de junio de 2021 legalizó la captura del sentenciado MAURICIO POLO REGINO, y dado su lugar de reclusión, se dispuso la remisión del expediente a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería (Reparto).

Expresó que, según información suministrada por el Centro de Servicios de esos Despachos, el expediente fue remitido con la guía N° RA321827532CO3 con fecha de entrega al destinatario el 29 de junio de 2021.

Adujo que las solicitudes de redención de pena y libertad condicional aducidas por el accionante no fueron radicadas ante ese Despacho; no obstante, dado el actual lugar de reclusión del sentenciado, no son competentes, motivo por el cual remitieron el proceso de manera inmediata con el fin de evitar vulneración a los derechos fundamentales del sentenciado.

Solicita ser desvinculados del presente trámite.

4. El secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia expresó que una vez revisado el sistema de Gestión Siglo XXI, al señor MAURICIO POLO REGINO le aparece el proceso con CUI 05000-31-07-003-2017-00878-01 y radicado interno del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia 2019 A1-0957, en el cual se le condenó por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

El 16 de abril de 2021, mediante auto de sustanciación 0800, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, legalizó la captura del actor y ordenó el envío del proceso por competencia a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería -Córdoba, orden que se cumplió el 25 de junio de 2021 y entregada en el Centro de Servicios de los Juzgados de EPMS de Montería el 29 de junio de 2021.

El 26 de enero de 2024, a través de correo electrónico remitió al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, copia de la sentencia y legalización de la captura del señor POLO REGINO, únicas actualizaciones registradas en el Centro de Servicios de Antioquia, con lo cual se podría reconstruir el proceso, en caso de que este se halla extraviado en la ciudad de Montería.

Solicitó ser desvinculados del presente trámite.

5. El asesor jurídico del CPMS Montería expuso que el actor se encuentra condenado a cinco años, siete meses por el delito de concierto para delinquir agravado, sentencia emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Según la información que reposa en la cartilla biográfica del condenado, el Juzgado que actualmente le vigila la pena es el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

A través de la oficina jurídica, el 23 de agosto de 2023 solicitó al Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Antioquia el traslado del proceso judicial del accionante, fecha en la que el despacho contestó siguiente:

“Cordial saludo,

Se informa que el expediente de referencia, fue remitido por parte del Juzgado 1 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, remitió el mismo el 25 de junio de 2021, a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería.

*Lina Marcela Jiménez Ramírez
Asistente Administrativa
CSA Juzgados de EPMS de Medellín y Antioquia”*

El Establecimiento ha realizado todas las gestiones pertinentes, tendientes a garantizar el derecho de petición del actor; sin embargo a la fecha no se le ha notificado a ese Establecimiento por parte de los Jueces de Ejecución de Penas de Montería que el asunto del señor MAURICIO POLO REGINO se encuentre a cargo de alguno de los dos Juzgados que laboran en ese circuito judicial, por ello, no han podido remitir las solicitudes de redención, pues se torna imposible debido a la falta de asignación de Juez de Ejecución de Penas en este circuito judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

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

Corresponde a la Sala determinar si el CPMS Montería ha vulnerado los derechos fundamentales del señor MAURICIO POLO REGINO por no dar trámite a sus solicitudes de (i) traslado de su causa penal a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, y (ii) redención de pena y libertad condicional.

A partir del material probatorio aportado a la actuación, se tiene que el 16 de agosto y 28 de septiembre de 2023 MAURICIO POLO REGINO radicó ante el CPMS Montería las solicitudes de traslado de proceso a los Juzgados de Ejecución de Penas de Montería, y redención de pena, respectivamente.

El CPMS Montería, el 23 de agosto de 2023 petitionó al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el traslado de la causa penal del actor a los Juzgados Homólogos de Montería para poder impartir trámite a las peticiones del interno.

Sin embargo, el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia suministró respuesta en los siguientes términos:

“Cordial saludo,

Se informa que el expediente de referencia, fue remitido por parte del Juzgado 1 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, remitió el mismo el 25 de junio de 2021, a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería.

*Lina Marcela Jiménez Ramírez
Asistente Administrativa
CSA Juzgados de EPMS de Medellín y Antioquia”*

El Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, Córdoba, en contestación a la presente acción constitucional manifestó que allí no fue arribado el proceso del actor, que no existe prueba que acredite el envío del asunto ante esos Juzgados, tales como la planilla de envío y oficio remisorio.

Sin embargo, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia informó que allí cursó la causa penal con radicado 05000-31-07-003-2017-00878, radicado interno 2019-0957 para la vigilancia de la condena impuesta contra MAURICIO POLO REGINO respecto de quien legalizó su captura el 25 de junio de 2021, y dado su lugar de reclusión, dispuso la remisión del expediente a los Homólogos de Montería.

Conforme la guía de correo certificado No. RA321827532CO, se observa que, al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, Córdoba, se remitieron varios expedientes, entre ellos, el 2019-A1-0957, que corresponde al del actor, encomienda efectivamente recibida el 29 de junio de 2021, como se ve:

Guía No. RA321827532CO		Ver reporte	
1 of 1		100%	
Dirección: CRA 52 42 - 73 PISO 25 PALACIO DE JUSTICIA Referencia: Ciudad: MEDELLIN_ANTIOQUIA Depto: ANTIOQUIA Código Operativo: 3333000		NIT/C.I.T.: 800093816 Código Postal: Código Operativo: 3333000	
Nombre/ Razón Social: CENTRO DE SERVICIOS - JUZGADOS EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEG Dirección: CALLE 27 NRO. 2- 06 PISO 2 - PALACIO DE JUSTICIA Tel: Ciudad: MONTERIA_CORDOBA Depto: CORDOBA		RE Rehusado C1 C2 Cerrado NE No existe N1 N2 No contactado NS No reside FA Fallecido NR No reclamado AC Apartado Clausurado DE Desconocido FM Fuerza Mayor <input type="checkbox"/> Dirección errada	
Peso Físico(grams): 1.900 Peso Volumétrico(grams): 0 Peso Facturado(grams): 1.900 Valor Declarado: \$0 Valor Flete: \$11.900 Costo de manejo: \$0 Valor Total: \$11.900		Firma nombre y/o sello de quien recibe: <i>Belusa Blomw B</i> 29 JUN 2021 Hora: 10:48 Fecha de entrega: Distribuidor: <i>Josué Baquero</i> C.C. No. 78.713.795 Observaciones del cliente: EXPEDIENTE(S)	
33330008305480RA321827532CO 29 JUN 2021			

Ahora, con ocasión al presente trámite tutelar, el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, Córdoba, informó también que, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales del actor, solicitó y obtuvo copia de la sentencia, legalización de la orden de captura y orden de encarcelamiento, documentos con lo que procedió a efectuar el reparto, correspondiendo la vigilancia de la pena al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Montería bajo el radicado interno 2024-00043, a quien también le fue anexada solicitud de redención del sentenciado, efectuada vía electrónica en julio de 2022.

Con todo, concluye la Sala que, durante el presente trámite, no se logró establecer la ubicación actual del expediente.

La pérdida, extravío o falta de ubicación del proceso afecta las garantías superiores del actor, ya que sin él no es posible dar trámite a las peticiones de redención o libertad condicional, como lo reclama MAURICIO POLO REGINO.

Como el actor no tiene porqué soportar las consecuencias adversas que generan la pérdida o inexactitud de la información, lo cual comporta la omisión de dar respuestas a las peticiones relacionadas con libertad condicional y demás, se concederá el amparo deprecado.

En consecuencia, se ordenará al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería que, en un término perentorio de seis (6) días hábiles, posteriores a la notificación de esta providencia, realicen las pesquisas necesarias para ubicar el expediente de ejecución de penas con CUI 05000-31-07-003-2017-00878, radicado interno 2019-0957.

Una vez determine la ubicación del expediente, lo deberá remitir al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, a efecto de que resuelva de forma inmediata las solicitudes que se encuentren pendientes.

Así mismo, deberá informar al CPMS Montería lo pertinente a fin de que este remita las peticiones que correspondan a favor del sentenciado MAURICIO POLO REGINO al actual Juzgado de Penas.

En la eventualidad de no encontrarse el expediente, deberá informar inmediatamente la situación al aludido despacho de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para que, dentro de los 6 días siguientes, proceda con la reconstrucción del expediente en los términos del artículo 126 del Código General del Proceso, de lo cual habrá de enterar a la parte accionante.

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

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia del señor MAURICIO POLO REGINO.

SEGUNDO: ORDENAR al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería que, en un término perentorio de seis (6) días hábiles posteriores a la notificación de esta providencia, realicen las

pesquisas necesarias para ubicar el expediente de ejecución de penas con CUI 05000-31-07-003-2017-00878, radicado interno 2019-0957.

Una vez determine la ubicación del expediente, lo deberá remitir al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, a efecto de que resuelva de forma inmediata las solicitudes que se encuentren pendientes.

Así mismo, deberá informar al CPMS Montería lo pertinente a fin de que este remita las peticiones que correspondan a favor del sentenciado MAURICIO POLO REGINO al actual Juzgado de Penas.

En la eventualidad de no encontrarse el expediente, deberá comunicar la situación al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería para que, dentro de los 10 días siguientes, proceda con la reconstrucción del expediente en los términos del artículo 126 del Código General del Proceso, de lo cual habrá de enterar a la parte accionante.

TERCERO: INFORMAR que contra esta providencia procede su impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la misma. Si no fuere impugnado envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

(Firma electrónica)

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

Firmado Por:

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

**John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **cfae000000e21cde070ebd97fd298c07379b40be03a53d1bd75d6411c9dc59a4**

Documento generado en 06/02/2024 04:54:23 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

Radicado: 05615-3104001-2023-00127 (2023-2400-3)
Accionante: Rafael Grijalba Barrera
Accionada: Comando de Personal de Ejército Nacional
Asunto: Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Confirma
Acta y fecha: N° 037 de febrero 06 de 2024

Medellín, seis (06) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el accionante RAFAEL GRIJALBA BARRERA, contra el fallo de tutela proferido el cuatro de diciembre de 2023, mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, negó el amparo constitucional solicitado por la parte actora.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

Indica el accionante que el veinticinco (25) de octubre de dos mil veintitrés (2023) presentó derecho de petición ante el Comando de Personal del Ejército Nacional, mediante el cual solicitó:

“Solicito que conforme a lo establecido en los artículos 129 del Decreto 1211 de 1990, Art. 100 del Decreto 1790 de 2000, y Art. 100 del Decreto 1428 de 2007, sea modificada mi hoja de servicios, precisando que la causal de retiro es la establecida como Retiro Absoluto (conducta deficiente).

Refiere que, con oficio No.2023313002696481 del dieciséis (16) noviembre de dos mil veintitrés, la entidad accionada suministró respuesta, la cual no resuelve de fondo su petición.

Por lo expuesto, solicita que se ordene al Comando de Personal de Ejército Nacional, dar respuesta de fondo a la solicitud objeto de la acción constitucional.

Así mismo, que se proceda con la actualización de su hoja de servicios No. 3-11443408 del cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023), indicando que la causal de su retiro es la de Retiro Absoluto (conducta deficiente).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, negó la acción de tutela interpuesta por RAFAEL GRIJALBA BARRERA por no vulneración de sus derechos fundamentales, en tanto, el Comando General de las Fuerzas Militares emitió respuesta de fondo a la petición del 25 de octubre de 2023, pues la contestación a un derecho de petición no implica que la misma deba ser positiva a lo pretendido.

DE LA IMPUGNACIÓN

El actor inconforme con la determinación adoptada impugnó el fallo indicando que la respuesta a su petición no fue clara, precisa, ni de fondo, pues indagó sobre su causal de retiro consignada en su hoja de servicios cuando fue retirado del ejército nacional, mas no en si podía ser investigado y/o sancionado por la Procuraduría General de la Nación.

Cuestiona que, si no se contempla la destitución como causal de retiro, porque aplicaron esta en su contra, y la consignaron en su hoja de servicios como causal de retiro.

Por ello, exige que el comandante de comando de personal ejercito indique el fundamento legal de soporte para la elaboración de su hoja de servicios y en lo referencia a su causal de retiro.

El comandante de comando de personal ejército no respondió lo solicitado respecto a la causal del retiro que le asiste por tener un régimen especial. No tuvo en cuenta concepto jurídico radicado 2022248021830263 del dos de diciembre de 2022 firmado por el Teniente Coronel Camilo Alberto Vargas Cano, director de negocios generales DINEG (Departamento jurídico integral del Ejército Nacional), tampoco consideró la sentencia 2014-04099 de 2021 del Consejo de Estado.

Aseveró que tampoco se consideró su derecho a la igualdad, pues en su petición indagó por qué a unos oficiales y suboficiales que fueron investigados y sancionados por la Procuraduría con destitución, los retiraron del ejército por la causal de “separación absoluta” siendo que su sanción fue la de destitución.

Expone como fundamento jurídico el oficio con radicado No. RS20221018108357 del 18 de octubre de 2022, firmando por el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, que frente la pregunta ¿Cuándo se sanciona disciplinariamente a un miembro de la fuerza pública por falta gravísima, con que casual de retiro le elaboran su hoja de servicios?, respondió: “como ya se indicó anteriormente, cuando la autoridad disciplinaria en aplicación de las normas disciplinarias sanciona a un miembro de las Fuerzas Militares con Destitución, le corresponde a la Administración retirar del servicio a este por la causal de Separación Absoluta en los términos del art. 111 del Decreto Ley 1790 de 2000.

Igualmente, se considere como fundamento jurídico el oficio de radicado 0122011689702 del 05 de octubre de 2022 firmado por el Teniente Coronel John Ramírez Caicedo, jefe oficina de asuntos disciplinarios y administrativos del Comando General de las Fuerzas Militares.

Aseveró que fue sancionado por la Procuraduría General de la Nación con falta gravísima dolosa, prevista en el artículo 48, numeral 7, de la Ley 734 de 2002.

Solicitó se tenga como fundamento jurídico en la elaboración de sus documentos de retiro, el régimen especial al cual pertenece, pues la destitución por fallo disciplinario no es ninguna causal de retiro que esté establecida en algún reglamento de las fuerzas militares como lo son los decretos 1211 de 1990, 1790 de 2000, 4433 de 2004 y 1428 de 2007.

Expuso que le fue relacionada una causal de retiro que no se contempla en ningún reglamento de las fuerzas militares, por tanto, el comandante de comando de personal ejército no ha suministrado una respuesta clara, precisa, concisa y de fondo a su solicitud de que le fuera informado cuál esa su causal de retiro consignada en su hoja de servicios.

Peticiona se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo e igualdad, por tanto, se ordene a quien corresponda, se actualice su hoja de servicios No. 3-11443408 del cuatro de agosto de 2023 estableciendo que la causal de retiro corresponde a la de separación o retiro absoluto (conducta deficiente).

Igualmente, que el comandante de Comando de Personal Ejército indique bajo que norma se basó para determinar su causal de retiro, ya que le fue consignado en su hoja de servicios como causal de retiro “sanción de destitución” que le impuso la procuraduría.

Precisa que lo que reclama como ausente es que a pesar de ser sujeto de un régimen especial, se le impuso una causal de retiro que no está provista no está contemplada en ningún reglamento, estatuto y/o decreto que rija las fuerzas militares, y desde la fecha de su retiro hasta la presente han impedido que acceda a su asignación de retiro.

La destitución no existe como causal de retiro para los miembros del Ejército Nacional y por ello no ha podido acceder a su asignación de retiro.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Este despacho es competente para dar trámite y decidir en sede constitucional la presente acción, en virtud de lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con lo establecido por el Decreto 333 de 2021, modificadorio de los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

De conformidad con el artículo ochenta y seis (86) de la Carta Política, la acción de tutela constituye un mecanismo subsidiario y residual que permite la intervención inmediata del juez constitucional, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales vulnerados o puestos en riesgo por las actuaciones a cargo de autoridades o de incluso particulares; en tratándose de estos últimos, únicamente en los eventos previstos en la norma referida. Ahora, esta acción constitucional se caracteriza, según lo dispuesto en el artículo tercero (3º) del Decreto 2591 de 1991, por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

De tal manera, le corresponde a esta Sala determinar si acertó el A quo al negar el amparo constitucional deprecado por el actor.

Previo a resolver el problema propuesto, se abordará: *i)* Derecho fundamental de petición, y *ii)* el caso concreto.

(i) Derecho fundamental de petición. El derecho de petición se encuentra reconocido como fundamental por mandato del artículo 23 de la Carta Política y consiste en la posibilidad de acudir ante las autoridades –excepcionalmente ante los particulares– con miras a obtener respuestas oportunas, completas y adecuadas, que guarden correspondencia con lo solicitado, y que se den a conocer al interesado en los precisos plazos que para el efecto establece la ley.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU191/22, indicó:

“(...) La Sentencia C-007 de 2017¹ estableció el contenido de los elementos esenciales de este derecho, a saber:

(i) Formulación de la petición. Cualquier persona podrá dirigir solicitudes respetuosas a las autoridades (artículos 23 CP y 13 CPACA), quienes tienen la obligación de recibirlas, tramitarlas y responderlas de acuerdo con los estándares establecidos por la ley.

(ii) Pronta resolución. Las autoridades tienen el deber de otorgar una respuesta en el menor plazo posible, sin que se exceda del máximo legal establecido, esto es, por regla general, 15 días hábiles.

(iii) Respuesta de fondo. Hace referencia al deber de las autoridades de resolver la petición de forma: clara, esto es, que la misma sea inteligible y contenga argumentos de fácil comprensión; precisa, es decir que la respuesta atienda a lo solicitado y se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; congruente, esto es que “abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado”²; y consecuencial. Si la petición es presentada dentro de un trámite procedimental del cual conoce la respectiva autoridad, ésta deberá dar cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente³.

(iv) Notificación de la decisión. Atiende al deber de poner al peticionario en conocimiento de la decisión adoptada⁴, de lo contrario, se violaría el derecho de petición⁵. La notificación se traduce en la posibilidad de impugnar la respuesta correspondiente. La Corte ha explicado que es la Administración o el particular quien tiene la carga probatoria de demostrar que notificó al solicitante su decisión, pues su conocimiento hace parte del núcleo intangible de ese derecho⁶.

En este sentido, se vulnerará este derecho fundamental y, por tanto, procederá su protección mediante acción de tutela, cuando: i) se evidencie que no se ha otorgado respuesta dentro del término legal previsto para cada tipo de petición; o ii) en aquellos casos en los que, no obstante haberse emitido la respuesta, la misma no puede ser calificada como idónea o adecuada de acuerdo con la solicitud⁷, sin que esto último signifique que la respuesta implique acceder, necesariamente, a lo requerido⁸. (...)”

(iii) Caso concreto. En el presente asunto se tiene que RAFAEL GRIJALBA BARRERA, el 25 de octubre de 2023 radicó derecho de petición ante el Comando de Personal del Ejército Nacional en los siguientes términos:

¹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

² Sentencia T-230 de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³ Si la petición es presentada dentro de un trámite procedimental del cual conoce la respectiva autoridad, ésta deberá dar cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente. Sentencia C-007 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴ La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la respuesta suministrada debe ser notificada en la medida en que esta actuación: “(...) se traduce en la posibilidad de impugnar la respuesta correspondiente. Frente a este elemento del núcleo esencial de la petición, esta Corte ha explicado que es la administración o el particular quien tiene la carga probatoria de demostrar que notificó al solicitante su decisión, pues el conocimiento de ésta hace parte del intangible de ese derecho que no puede ser afectado”.

⁵ Ver las sentencias T-259 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-814 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

⁶ Sentencia T-149 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷ La jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que no basta la mera existencia de algún tipo de respuesta formal sino que por el contrario es necesario que la autoridad o el particular responda de manera exhaustiva y completa lo que se le solicita, sin que ello, como se ha reiterado en múltiples ocasiones implique acceder a lo que el peticionario pretenda. Es decir, una respuesta se entenderá como idónea o adecuada cuando sea oportuna, completa y debidamente notificada al peticionario. Al respecto pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-249 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-466 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y T-814 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁸ Sentencias T-242 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-510 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-867 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos; C-951 de 2014 M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; y T-058 de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

HECHOS

1. Mediante resolución No. 002241 del 01 de octubre de 2018, en cumplimiento a la ejecución de la sanción disciplinaria emitida por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos en el proceso 008-115402-04, se determinó mi retiro del servicio activo del Ejército Nacional, por la sanción de destitución del cargo, modalidad de retiro contemplada en la ley 734 de 2002.
2. Conforme mi tiempo de servicio, se pudo establecer que tuve una vinculación laboral al Ejército Nacional de 19 años.
3. La dirección de prestaciones sociales del Ejército Nacional, elaboro y consigno en mi hoja de servicios como causal de retiro la Destitución.
4. Solicito respetuosamente se modifique mi hoja de servicios respecto a mi causal de Retiro de Destitución, por la de Retiro Absoluto conforme a lo pronunciado en sentencia en el proceso con radicado No. **2014-04099 de 2021** - Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, del once (11) de febrero de dos mil veintiuno (2021), estableció:

El retiro absoluto se produce cuando la condena proferida por la Justicia Penal Militar o Penal Ordinaria es arresto o prisión por la comisión de un delito no tipificado como culposo, **o por una sanción** del Tribunal Disciplinario que así lo disponga (...)

5. Como se anunció para el presente caso la causal de retiro a imponer al suscrito por tratarse de un régimen especial, era la establecida en el estatuto de personal de las Fuerzas Militares, esto es, la de Retiro Absoluto establecido en los artículos 129 del Decreto 1211 de 1990, Art. 100 del Decreto 1790 de 2000, y Art. 100 del Decreto 1428 de 2007.

A propósito de la situación planteada el consejo de estado en Sentencia 2014-04099 de 2021 planteó lo siguiente:

49. Finalmente, el retiro absoluto se produce cuando la condena proferida por la Justicia Penal Militar o Penal Ordinaria es arresto o prisión por la comisión de un delito no tipificado como culposo, **o por una sanción del Tribunal Disciplinario que así lo disponga**, tal como lo establecen los artículos 144 del Decreto 1211 de 1990²⁵, 111 del Decreto 1790 de 2000²⁶ y 111 del Decreto 1428 de 2007²⁷, cuyo efecto o consecuencia directa para su destinatario es que pierde cualquier oportunidad de pertenecer nuevamente a la Fuerza Pública.

6. Los anteriores a partes transcriptos me parecieron sumamente importantes, toda vez que se trata de un caso similar al mío ya que mi Retiro del Ejército Nacional, se produjo por una sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la Nación, **igual al caso de referencia en Sentencia 2014-04099 de 2021**, en donde el suboficial fue separado de la actividad militar por una sanción disciplinaria de destitución proferida en su contra por la Procuraduría Provincial de Zipaquirá.

PETICIÓN

1. Solicito que conforme lo establecido en los artículos 129 del Decreto 1211 de 1990, Art. 100 del Decreto 1790 de 2000, y Art. 100 del Decreto 1428 de 2007, sea modificada mi hoja de servicios, precisando que la causal de retiro es la establecida como Retiro Absoluto (conducta deficiente).
2. En caso de negativa a mi solicitud se me indique el fundamento legal para la negatoria de mi petición.

El 16 de noviembre de 2023, la accionada proporcionó respuesta a esa petición refiriendo:

De manera comedida y en atención al asunto de la referencia, me permito dar respuesta a la petición contenida en la PQR No. 999584 de fecha 25/10/2023 por usted elevada, en la cual solicita sea modificada su hoja de servicio, por la causal de retiro, así las cosas, me permito informarle

- 1 Su retiro de la Institución se produjo mediante Resolución No. 002241 de fecha 01 de octubre de 2018, en cumplimiento a lo dispuesto por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, mediante fallo de segunda instancia de fecha 13 de febrero de 2018 por la comisión de falta disciplinaria gravísima a título de dolo, sancionándolo con destitución del cargo e inhabilitación general para ejercer funciones públicas por el término de veinte (20) años

Si bien es cierto, en el Decreto 1211 de 1990, por medio del cual se regulan las normas de carrera para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; en su artículo 129 no contempla la "DESTITUCION" como causal de retiro, no es menos cierto que usted como empleado público puede ser investigado y sancionado por las normas de la Ley 734 de 2002, tal y como lo indica el artículo 45 numeral 1 de la mencionada Ley

Así las cosas, no es posible atender favorablemente su solicitud, en atención a que fue la Procuraduría General de la Nación, quien decidió "DESTITUIRLO" del cargo, motivo por el cual así quedó consignado en su hoja de servicios y no da lugar a modificación alguna

Finalmente, y en virtud de lo consagrado en la Ley 1755 de 2015, se precisa que su petición fue resuelta de manera clara, expresa, precisa y de fondo, respetando la salvedad del inciso segundo del artículo 19 *ibidem*, igualmente se sostiene que esta respuesta es un acto de simple trámite el cual no es susceptible de recurso alguno, por lo que no puede ser tenido en cuenta para efectos de revivir términos, esto de conformidad con lo expuesto en la Ley 1437 de 2011 "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"

Sin embargo, alega el actor que dicha respuesta no fue de fondo en tanto la destitución no es una causal de retiro reglamentado por las Fuerzas Militares; que, en casos semejantes, pese a la sanción de destitución, han sido retirados del ejército con la causal "separación absoluta". De tal manera, considera que su hoja de servicios No. 3-11443408 del cuatro de agosto de 2023 debe ser actualizada con la correspondiente causal de retiro, ya sea la de separación o retiro absoluto (conducta deficiente), pues por la imprecisión del dato le ha impedido acceder a la asignación de retiro

No obstante, considera la Sala que la comunicación del 16 de noviembre de 2023 dio respuesta de manera clara, precisa y de fondo a la solicitud, negándose a modificar la hoja de servicios del señor RAFAEL GRIJALBA BARRERA, por cuanto lo allí consignado es reflejo de lo decidido por la Procuraduría General de la Nación. Recuérdese que resolver de fondo una petición, no significa que la contestación de la misma deba ser favorable.

De otro lado, de la prueba que obra en el asunto, no se advierte el quebrantamiento del derecho al debido proceso administrativo e igualdad, en tanto, (i) el actor no puso de presente el adelantamiento de alguna actuación

administrativa en la que no se le esté respetando las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, y (ii) no se cumplen los presupuestos para aplicar el test de igualdad⁹, en tanto, no se presentaron situaciones claramente comparables.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

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, Antioquia, el cuatro (04) de diciembre de 2023.

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

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

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

⁹ Sentencia T-971-09

(firma electrónica)
JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **c1178af536b73d17467f876ca829e0af829b14322a4506f887e315e845b0a4e9**

Documento generado en 07/02/2024 12:16:42 PM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

N° Interno : 2024-0119-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 050453104001202300298 00
Incidentista : María Niza Mosquera
Incidentado : NUEVA EPS
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 040

M.P. JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

Procede la Sala a resolver en grado de Consulta, respecto de la decisión adoptada por el *Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Ant.)*, mediante la cual se impuso como sanción por desacato, en contra de los Representantes Legales de la NUEVA EPS, Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA (Representante legal general); Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO (Representante legal regional nor-occidente) y Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME (Vicepresidente de salud de la Nueva EPS), en relación con el incumplimiento de la orden impartida mediante sentencia de tutela, a favor de MARÍA NIZA MOSQUERA, en la cual amparó su derecho fundamental a la salud.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante sentencia del 24 de noviembre de 2023, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó resolvió:

N° Interno	2024-0119-4
Radicado	050453104001202300298 00
Incidentista	María Niza Mosquera
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Confirma

“Se ordena al Representante Legal de Nueva EPS, doctor José Fernando Cardona Uribe para que en coordinación con la doctora Adriana Patricia Jaramillo Herrera, en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la misma entidad, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, efectúen todas las gestiones necesarias para que se suministren la silla de ruedas y el producto para soporte nutricional estándar – distribución normal de la dieta – Ensure fibra liquido 237 ml/lata, por 30 días, cantidad 60 latas, ordenadas por el médico tratante a la accionante el 11/10/2023, y 12/10/2023, por los diagnósticos L899-úlceras de decúbito y por área de presión, no especificada, E43X – desnutrición proteico calórica severa no especificada.”

Después de notificarse en debida forma la sentencia de tutela, la agente oficiosa de *María Niza Mosquera* allegó memorial al juzgado de origen en el que manifestó que la entidad accionada no había dado cumplimiento a la sentencia de tutela pues, no habían hecho entrega del producto para soporte nutricional ni de la silla de ruedas.

En ese orden, el 15 de diciembre de 2023, el Despacho de primera instancia requirió previo al inicio formal del incidente de desacato a la entidad, para que en el término de 2 días acreditara el cumplimiento del fallo, so pena de dar apertura al respectivo trámite.

En la fecha del 19 de diciembre de 2023, la Nueva EPS aduce que con relación a la fórmula completa y balanceada con fibra (suspensión oral – lata X 8 OZ) – ENSURE FIBRA, el 30 de noviembre de 2023 se autorizó el servicio, pero se encontraba pendiente de gestionarse ante el MIPRES; y con relación a la silla de ruedas estándar convencional señaló que, el 19 el prestador CIREC informó que no había logrado obtener comunicación con el usuario, estando pendiente de entrega.

N° Interno	2024-0119-4
Radicado	050453104001202300298 00
Incidentista	María Niza Mosquera
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Confirma

El 12 de enero de 2024 se ordenó admitir el trámite incidental y correr traslado al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA (Representante legal general); Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO (Representante legal regional nor-occidente) y Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME (Vicepresidente de salud), directamente responsables del cumplimiento de fallos de tutela de la Nueva EPS, para que dentro de los 02 días siguientes a la notificación del mismo auto, aportaran las pruebas que tuvieran en su poder o solicitaran las que estimaren pertinentes; acto de comunicación que se surtió al correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.com.co.

El día 16 de enero de 2024, Nueva EPS indicó que, el proveedor de la silla de ruedas ya había entablado comunicación con la usuaria y, se encuentra pendiente de realizar agendamiento para la toma de las medidas.

Solicitó no continuar con el trámite incidental teniendo en cuenta que el área de salud se encuentra realizando las acciones positivas tendientes al cumplimiento de lo ordenado por el despacho; y corregir o aclarar el auto de apertura del trámite incidental y/o desvincular al doctor José Fernando Cardona Uribe, en su calidad de presidente de la Nueva EPS.

En tales circunstancias y al constatarse por parte del funcionario de tutela el incumplimiento de la sentencia proferida, procedió a imponerles (03) días de arresto y multa de tres (03) salarios mínimos legales; de manera posterior remitió el proceso a esta Corporación para surtir el grado de consulta.

Estando las diligencias surtiendo el grado de consulta, se allegó solicitud por parte de la entidad accionada en la cual requirió la

N° Interno	2024-0119-4
Radicado	050453104001202300298 00
Incidentista	María Niza Mosquera
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Confirma

revocatoria de la sanción impuesta pues se encuentran realizando las acciones positivas necesarias con el fin de dar continuidad al cumplimiento al fallo de tutela. Por lo que, se procedió a requerir internamente para que allegue los soportes correspondientes una vez se cumpla con la totalidad del servicio.

De no prosperar esa solicitud, pidió que, se declare la nulidad del auto emitido el día 18 de enero de 2024 mediante el cual se impone sanción al doctor José Fernando Cardona Uribe en su calidad de presidente de Nueva Eps pues, para ello la entidad tiene una estructura administrativa, funcional y territorial a fin de dar cumplimiento a la operación en todo el territorio nacional, resultando humanamente imposible para este funcionario atender todos los requerimientos de manera personal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del *artículo 52 del Decreto 2591 de 1991*, quien incumpla una orden emitida por un Juez al interior de un trámite de tutela *“incurrirá en desacato sancionable con arresto de hasta seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales”*.

Al respecto, la *H. Corte Constitucional* ha señalado que el desacato *“no es otra cosa que el incumplimiento de una orden impartida por un juez y contenida ya sea en una sentencia o en cualquier providencia dictada en ejercicio de sus funciones y con ocasión de trámite de una acción de tutela”*¹, y que dicha figura se traduce en una *“medida de carácter coercitivo y sancionatorio con que cuenta el juez de conocimiento de la tutela para sancionar a quien desatienda sus órdenes expedidas para proteger de manera efectiva derechos fundamentales”*².

¹ Sentencia T-459 de 2003.

² Sentencia T-188 de 2002, retomada en la sentencia T-459 de 2003.

N° Interno	2024-0119-4
Radicado	050453104001202300298 00
Incidentista	María Niza Mosquera
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Confirma

Ahora bien, en relación con los requisitos que se deben cumplir para que sea procedente la sanción por desacato a una orden judicial proferida al finalizar el trámite de una acción de tutela, es necesario analizar la ocurrencia de dos postulados, uno de carácter objetivo y otro subjetivo; el primero de ellos relacionado con el incumplimiento del fallo, esto es, cuando de los elementos probatorios obrantes en la carpeta se evidencia que la orden ha sido inobservada; el segundo guarda relación con la persona que estaba llamada a cumplir la orden judicial, cuando se evidencia una actitud negligente u omisiva del funcionario encargado del cumplimiento; este último elemento se verifica con la identificación clara del sujeto pasivo de la orden y analizando cual ha sido la actitud de éste frente a la orden, si actuó de manera diligente a fin de garantizar los derechos del accionante protegidos en la sentencia de tutela.

Finalmente, una vez analizados los aspectos acabados de referenciar, el Juez de tutela debe tasar la sanción atendiendo al juicio de razonabilidad realizado en el caso, y aplicando las reglas de la experiencia, para que la sanción a imponer sea proporcionada a la actitud del funcionario incumplido.

Dado que dicho trámite incidental puede culminar con la imposición de una sanción de arresto y multa, éste debe hacerse respetando el debido proceso, cumpliendo con las etapas establecidas a fin de que se alleguen las pruebas del cumplimiento o incumplimiento de la sentencia constitucional, respetando sobre todo el derecho de defensa de los funcionarios que pueden resultar sancionados.

En el caso concreto, adviértase que el trámite incidental observa el

N° Interno	2024-0119-4
Radicado	050453104001202300298 00
Incidentista	María Niza Mosquera
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Confirma

debido proceso, en especial, el derecho de defensa de quienes representan al ente accionado. En ese orden, hubo apertura del incidente de desacato en contra de los servidores Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA (Representante legal general); Dra. DIANA PATRICIA JARAMILLO (Representante legal regional nor-occidente) y Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME (Vicepresidente de salud de la Nueva EPS); obteniéndose como última respuesta de la entidad el 26 de enero de 2023 en la que, la apoderada judicial de la incidentada señaló que, se encuentran realizando labores positivas para el cumplimiento del fallo de tutela, pero de ninguna manera acreditó que, se hubiere hecho entrega del complemento nutricional y mucho menos de la silla de ruedas.

De otro lado, se logró determinar que cada persona vinculada, tiene responsabilidad en el cumplimiento de las diferentes órdenes de tutela, como es su deber dentro de la entidad y sin que hasta el momento se hubiera demostrado cosa distinta, aún no acatan debidamente la sentencia de tutela proferida el *24 de noviembre 2023* mediante la cual se ampararon los derechos fundamentales de la señora María Niza.

Y es que, no puede escudarse Nueva EPS en indicar que, sus proveedores aún no han finiquitado con las labores para hacer la entrega por ejemplo de la silla de rueda pues, debe recordarse a la incidentada que, como Entidad Prestadora de Salud debe verificar que las empresas externas que contratan, lleven a cabo las tareas dentro de los términos prescritos pues, finalmente es ella quien directamente debe salvaguardar los derechos sus afiliados.

Por otra parte, debe referirse que, no le asiste razón a la accionada en indicar que, las consecuencias del incumplimiento no deben ser

N° Interno	2024-0119-4
Radicado	050453104001202300298 00
Incidentista	María Niza Mosquera
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Confirma

atribuidas al Dr. José Fernando Cardona, puesto que la orden de protección se dictó a esa entidad que está representada por el funcionario en mención, y conforme con ello, es su responsabilidad velar por su cumplimiento de los fallos constitucionales emanados contra la entidad que dirige.

No se advierte falta de legitimidad, sino que, por el contrario, es dicho ciudadano quien debe asegurar acatamiento del mandato constitucional. Al fungir como como representante legal de la promotora de salud, tiene dentro de sus funciones la de garantizar la prestación del servicio de manera efectiva, presupuesto que en este caso no se encuentra satisfecho.

En este orden de ideas, frente a las aludidas personas, como servidores encargados de materializar la misión de la entidad, no queda otra alternativa para la Sala que la de confirmar la providencia bajo estudio, habida cuenta el incumplimiento de sus deberes como dignatarios de la entidad promotora de salud.

Superados esos aspectos, debe indicarse que, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia³ ha insistido en que para establecer si existió o no desacato, es menester hacer una comparación entre lo resuelto en la sentencia y la supuesta omisión endilgada a su destinatario y en esta oportunidad, se encuentra acreditado que a los mencionados representantes les han sido notificadas las diferentes decisiones adoptadas dentro de este trámite constitucional, entre ellas la sentencia que amparó los derechos fundamentales del actor, así como las actuaciones del respectivo incidente de desacato.

³ Corte Suprema de Justicia T6600122130002017-00078-02, del 20 de agosto de 2019.

N° Interno	2024-0119-4
Radicado	050453104001202300298 00
Incidentista	María Niza Mosquera
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Confirma

A pesar de ello, hasta ahora no existe prueba de su cumplimiento. Frente a la silla de ruedas, afirman que están desempeñando labores positivas pero no se advierte un direccionamiento al contratista que permita asegurar que de forma pronta se hará la entrega de ese elemento y, frente al suplemento dietario ni siquiera dan cuenta de los trámites realizados para cumplir con la prescripción médica pues únicamente indicaron que se encontraba pendiente de ser autorizada en el MIPRES pero no se explicó cuanto tiempo tardaría esa gestión o si los resultados en ese trámite resultaron negativos.

Así las cosas, no queda otra alternativa diferente que CONFIRMAR la decisión objeto de consulta.

En mérito de lo 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: CONFIRMAR de manera íntegra la decisión objeto de consulta, según fue proferida por el Juzgado de origen y conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

En consecuencia, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se retornen las diligencias ante el Juzgado de origen.

CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

N° Interno 2024-0119-4
Radicado 050453104001202300298 00
Incidentista María Niza Mosquera
Incidentado NUEVA EPS
Decisión Confirma

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **27ce19fd10c57752040b8f3c1e71a88f1a16ed7aa5affc934cbf238d266c1dea**

Documento generado en 31/01/2024 04:51:34 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, cinco (05) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

N° Interno : 2024-0120-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2023 00136
Accionante : Luz Mary Gallego Hincapié
Afectado : Kevin Andrés Gallego Gallego
Accionado : Nueva EPS
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 048

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 18 de diciembre de 2023, por el *Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro*, a través de la cual se concedió el amparo de las garantías fundamentales en favor del menor Kevin Andrés Gallego Gallego, diligencias que se adelantaron contra la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Indica la accionante señora Luz Mary Gallego Hincapié que su hijo Kevin Andrés Gallego Gallego tiene diagnósticos de parálisis cerebral espática cuadripléjica, hidrocefalia, hidrocefalia crónica con sinequias acueductuales.

N° Interno : 2024-0120-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2023 00136
Accionante : Luz Mary Gallego Hincapié
Afectado : Kevin Andrés Gallego Gallego
Accionado : Nueva EPS
Decisión : Confirma

Debido a los padecimientos de salud del menor, el médico tratante le ordenó de manera urgente e inmediata *“consulta de control o de seguimiento por especialista en neurocirugía”*

A pesar de su insistencia no ha logrado que, el servicio le sea prestado, por lo cual solicita se le asigne de forma inmediata la cita médica prescrita, así como también solicitó el otorgamiento de tratamiento integral.

El Despacho de primera instancia amparó los derechos fundamentales invocados y ordenó a la accionada que, de manera inmediata debía autorizar y materializar sin ninguna dilación de tipo administrativo el servicio en salud denominado *“consulta de control o de seguimiento por especialista en neurocirugía”*

Así mismo, concedió tratamiento integral para los diagnósticos de *“parálisis cerebral espática cuadripléjica, hidrocefalia, hidrocefalia crónica con sinequias acueductuales”*

Frente a esta última decisión, la apoderada judicial de la NUEVA EPS, interpuso recurso de apelación. Manifestó que la acción de tutela es procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado y no puede presumirse que ante un eventual atraso ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello. Así mismo, no puede fallar órdenes inciertas, futuras, que carezcan de fundamento legal.

Por lo tanto, solicita revocar el tratamiento integral toda vez que no es dable al fallador emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados.

N° Interno : 2024-0120-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2023 00136
Accionante : Luz Mary Gallego Hincapié
Afectado : Kevin Andrés Gallego Gallego
Accionado : Nueva EPS
Decisión : Confirma

En caso de no accederse a su pretensión pide que, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que se incurra en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Evidentemente, la inconformidad de la accionada *NUEVA EPS*, se suscita con ocasión del fallo de tutela de primera instancia proferido por el *Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro* únicamente en punto a la concesión del tratamiento integral.

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

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

N° Interno : 2024-0120-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2023 00136
Accionante : Luz Mary Gallego Hincapié
Afectado : Kevin Andrés Gallego Gallego
Accionado : Nueva EPS
Decisión : Confirma

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

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

“(...) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente¹.

17.-El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud-SGSSS- deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento².”

(...)

5.2. En síntesis, el principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”³...

¹ Consultar Sentencia T-518 de 2006.

² Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

³ Corte Constitucional, Sentencias T-103 de 2009 y T-022 de 2011.

N° Interno : 2024-0120-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2023 00136
Accionante : Luz Mary Gallego Hincapié
Afectado : Kevin Andrés Gallego Gallego
Accionado : Nueva EPS
Decisión : Confirma

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

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

“...entre las características propias del servicio público de salud que prevé el ordenamiento legal, se establece que éste debe ser prestado de manera eficaz, lo que implica que la atención se preste de manera continua, oportuna, integral y acorde con la dignidad humana, ello en razón de que la mayoría de las veces para superar las dolencias que aquejan a los seres humanos, se requiere que los tratamientos médicos sean brindados en el momento oportuno, de manera continua e integral evitando cualquier tipo de interrupción, máximo cuando se trata de afecciones graves a la salud...”⁴

“...queda entonces claro que la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-405 de 2005. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis (La negrilla no es del texto original).

N° Interno : 2024-0120-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2023 00136
Accionante : Luz Mary Gallego Hincapié
Afectado : Kevin Andrés Gallego Gallego
Accionado : Nueva EPS
Decisión : Confirma

contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley...⁵

No obstante lo anterior, también es menester aclarar que en el tratamiento integral amparado por la primera instancia no se hace alusión a cualquier enfermedad que padezca el afectado, sino que se encuentra circunscrito única y exclusivamente a las patologías que originaron la acción de tutela, esto es, a los diagnósticos de *“parálisis cerebral espática cuadripléjica, hidrocefalia, hidrocefalia crónica con sinequias acueductuales”*, y de esa manera se dejó plasmado en la parte resolutive de la decisión.

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

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

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-133 de 2001. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. (La mayúscula y la negrilla no son del texto original).

N° Interno : 2024-0120-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2023 00136
Accionante : Luz Mary Gallego Hincapié
Afectado : Kevin Andrés Gallego Gallego
Accionado : Nueva EPS
Decisión : Confirma

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

Finalmente, y frente a la solicitud elevada por la accionada, a través de la cual requiere que, se ordene el recobro al ADRES, respecto de los costos en los cuales incurra para el cumplimiento de esta sentencia, debe señalarse que, ese es un trámite administrativo entre entidades del Sistema de Seguridad Social Integral que, al no comprometer derechos fundamentales, no podría ser ordenado a través de la acción de tutela.

Sobre ese aspecto la Corte Constitucional en Sentencia T-122/21 refirió:

“...de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; **una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente...**” (Subrayas fuera del texto)

Luego, este mecanismo constitucional ha sido concebido única y exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental y es improcedente en principio, para definir aspectos económicos como el solicitado por Nueva Eps pues se cuenta con otros medios de defensa, sin que sea la acción de tutela el instrumento adecuado para reemplazar las acciones ordinarias.

Sin necesidad de otras consideraciones, esta Sala **CONFIRMARÁ** íntegramente la decisión de tutela objeto de impugnación.

N° Interno : 2024-0120-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2023 00136
Accionante : Luz Mary Gallego Hincapié
Afectado : Kevin Andrés Gallego Gallego
Accionado : Nueva EPS
Decisión : Confirma

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

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

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **d37191aede58e1aa5344d8d5d6a5b7fa90cff4ab7f1173482379edb859c1e1d0**

Documento generado en 05/02/2024 09:20:18 PM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, cinco (05) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

N° Interno : 2023-2386-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 376 31 04 001 2023 00097
Accionante : Camilo Andrés Gómez Rodríguez
Accionado : Ministerio de Defensa Nacional - Armada
Nacional de Colombia - Dirección de Sanidad
Naval - Batallón Fluvial de I.M No.17
Magangue
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 045

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 04 de diciembre de 2023, por el *Juzgado Penal del Circuito de La Ceja*, a través de la cual se concedió el amparo de las garantías fundamentales en favor del señor Camilo Andrés Gómez Rodríguez, diligencias que se adelantaron contra el Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional de Colombia, la Dirección de Sanidad Naval y el Batallón Fluvial de I.M No.17 Magangue.

ANTECEDENTES

Fueron narrados en el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

N° Interno 2023-2386-4
Radicado 05 376 31 04 001 2023 00097
Accionante Camilo Andrés Gómez Rodríguez
Accionado Ministerio de Defensa Nacional -
Armada Nacional de Colombia -
Dirección de Sanidad Naval -
Batallón Fluvial de I.M No.17
Magangue
Decisión Confirma

“Informó el accionante que, prestó servicio militar obligatorio desde el 5 de octubre de 2021, en el Batallón Fluvial de IM No 17 Magangue, Bolívar, para el que recibió alta mediante Acta No. 20210426333296063/MDN-COGFM-COARC-SECARJEDHUINCOR- DIRES-CZIN3- ACTA DE ENTREGA DEL PERSONAL DE ASPIRANTES A INFANTES DE MARINA DEL CUARTO CONTIGENTE DEL 2021; sin embargo, al 6 de marzo de 2022, presentó un cuadro clínico psiquiátrico que lo mantuvo incapacitado hasta el final del servicio militar, esto es durante siete (7) meses, presentando varias complicaciones, y permaneciendo por fuera del batallón en su casa bajo observación médica con la debidas justificaciones médicas.

De forma inesperada, a través de correo electrónico recibió su libreta militar y acta de conducta militar, sin darle aviso o certificación de la terminación de su servicio; al 6 de febrero de 2023, solicitó se le realizaran los exámenes médicos de egreso laboral o “SEGUNDA EVALUACIÓN – EVALUACIÓN DE APTITUD Y PSICOFÍSICA FINAL” la cual radicó mediante el sistema de PQRS de la armada nacional, pero a esa solicitud no se le dio ninguna respuesta, así entonces, el 23 de febrero de la misma anualidad radicó derecho de petición reiterando lo anterior, esto a través de los correos gestionasistencial@armada.mil.co, jedhu@armada.mil.co, Carlos.gomez.qui@armado.mil.co pero tampoco obtuvo respuesta, y finalmente, el 17 de abril de 2023, reiteró por tercera vez su petición a través de las direcciones electrónicas referidas.

Pese a lo anterior, aún persiste la falta de respuesta, y solamente se le ha realizado la valoración dental el 20 de junio de 2023, estando pendientes los demás exámenes de valoración solicitados de egreso laboral, y aunque se ha acercado varias veces no se le ha proporcionado ninguna información...”

En virtud de lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la petición, debido proceso, igualdad, vida digna, salud y seguridad social, ordenándose a las accionadas *“realizar el examen médico laboral y que se apruebe dentro de la respectiva junta para dar por terminado el servicio con las fuerzas públicas”*.

DECISIÓN IMPUGNADA

El despacho de primera instancia indicó que, si bien el accionante no allegó prueba alguna que permita predicar que, radicó la solicitud de valoración médica de egreso ante las dependencias del Ejército

N° Interno 2023-2386-4
Radicado 05 376 31 04 001 2023 00097
Accionante Camilo Andrés Gómez Rodríguez
Accionado Ministerio de Defensa Nacional -
Armada Nacional de Colombia -
Dirección de Sanidad Naval -
Batallón Fluvial de I.M No.17
Magangue
Decisión Confirma

Nacional, con las respuestas brindadas por las accionadas se logró establecer que, ciertamente hacían falta esos servicios por practicar.

Estima que, esa tardanza para llevar a cabo los análisis médicos atenta contra el derecho al diagnóstico del promotor pues le impide acceder a los procedimientos, medicamentos, insumos, entre otros, para la recuperación de su salud.

Y es que si bien, en el marco del trámite constitucional la Dirección de Sanidad Militar referenció que, se habían agendado las citas médicas requeridas, en su criterio no resulta viable entender que, se estructuró una carencia actual por hecho superado, pues a la fecha no se han materializado las pesquisas correspondientes.

En virtud de ello, ordenó a la Dirección de Sanidad Militar de la Armada Nacional y El Dispensario Médico Medellín que, si aún no se ha hecho, conforme a la programación que se adujo en las órdenes médicas allegadas a esta sede constitucional, se realicen las citas por optometría, medicina general, psicología y audiología.

No advirtió vulneración a otros derechos fundamentales pues, el accionante no cumplió con la carga de demostrar la radicación de las solicitudes que dijo haber elevado.

IMPUGNACIÓN

El Director de Sanidad Naval de la Armada Nacional indicó que, el accionante en la demanda de tutela solicitó la asignación de citas para su ficha médica de licenciamiento y, en el marco del trámite

N° Interno 2023-2386-4
Radicado 05 376 31 04 001 2023 00097
Accionante Camilo Andrés Gómez Rodríguez
Accionado Ministerio de Defensa Nacional -
Armada Nacional de Colombia -
Dirección de Sanidad Naval -
Batallón Fluvial de I.M No.17
Magangue
Decisión Confirma

constitucional procedieron a realizar todas las gestiones necesarias para agendarle las valoraciones que estaban pendientes.

Las consultas con los especialistas fueron programadas y se le notificó a Gómez Rodríguez de la fecha y hora de cada una de ellas, razón por la cual no era viable amparar un derecho fundamental cuando ya se generado una carencia actual de objeto.

Solicita se revoque la decisión de primera instancia y se declare su improcedente al haber acaecido el fenómeno jurídico de hecho superado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela tiene como finalidad lograr la protección de los derechos fundamentales que están siendo amenazados o vulnerados por entidades públicas o privadas. No obstante, el juez constitucional ha reconocido que, mientras se da trámite al amparo, pueden surgir algunas circunstancias que lleven al juzgador a concluir que la amenaza o vulneración que motivó la presentación de la acción de tutela ha desaparecido¹<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-444-18.htm>.

En este supuesto, cualquier orden que el juez de tutela pueda dar respecto del caso se vuelve inocua y no surtirá efecto debido a que no existe ninguna amenaza o perjuicio a evitar, situación que desvirtúa el objeto esencial para el que la acción de tutela fue creada²<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-444-18.htm>. Por ello,

¹ Sentencia T-290 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

² Sentencia T-323 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

N° Interno 2023-2386-4
Radicado 05 376 31 04 001 2023 00097
Accionante Camilo Andrés Gómez Rodríguez
Accionado Ministerio de Defensa Nacional -
Armada Nacional de Colombia -
Dirección de Sanidad Naval -
Batallón Fluvial de I.M No.17
Magangue
Decisión Confirma

en esos casos, *“el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción”*³. Este fenómeno ha sido denominado carencia actual de objeto y se puede originar por diferentes motivos, a saber: (i) el hecho superado; (ii) el daño consumado y (iii) cualquier otra circunstancia que permita concluir que la orden del juez de tutela sobre la solicitud de amparo sería inútil.⁴

La Corte Constitucional ha señalado que la carencia actual de objeto por **hecho superado** se presenta cuando desaparecen los actos que amenazan la vulneración de un derecho fundamental. En este sentido, la **Sentencia T-096 de 2006** estableció:

“Cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.”

En el presente caso, Camilo Andrés Gómez Rodríguez señala la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, salud, y seguridad social, en virtud de la omisión por parte de la Dirección de Sanidad Militar de la Armada Nacional, de realizar los exámenes médicos laborales de egreso de la institución pues, afirma que después

³ Sentencia T-096 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Sentencia T-703 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

N° Interno 2023-2386-4
Radicado 05 376 31 04 001 2023 00097
Accionante Camilo Andrés Gómez Rodríguez
Accionado Ministerio de Defensa Nacional -
Armada Nacional de Colombia -
Dirección de Sanidad Naval -
Batallón Fluvial de I.M No.17
Magangue
Decisión Confirma

de haberse enlistado a ese cuerpo colegiado resultó con patologías médicas que requieren tratamiento por parte de especialistas.

Sobre ese tópico, debe recordarse que, el artículo 8 del Decreto 1796 de 2000⁵ dispone que el examen para retiro tiene, para todos los efectos legales, carácter definitivo; por tanto, debe practicarse dentro de los 2 meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, con carácter obligatorio en todos los casos.

En el asunto que estudia la Sala, el accionante fue retirado del servicio desde el mes de febrero de 2023 y, a diciembre de esa misma anualidad, no se le habían practicado los exámenes médicos que establece la normativa antes mencionada, superándose con creces el término señalado.

Lo anterior significa que, efectivamente la institución demandada se encontraba vulnerando los derechos fundamentales del promotor, no solamente al debido proceso administrativo, al incumplir con la norma que rige esa actuación, sino también a la seguridad social pues, sin esas valoraciones se le imposibilita al accionante solicitar, eventualmente, una calificación por pérdida de capacidad laboral.

Ahora bien, es cierto que, durante el trámite constitucional, la parte accionada demostró que, se había procedido con la asignación de las consultas con los especialistas, pero tal y como lo indicó la primera instancia, las mismas no se habían materializado al momento de

⁵ **ARTICULO 8o. EXAMENES PARA RETIRO.** El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado. Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación.

N° Interno 2023-2386-4
Radicado 05 376 31 04 001 2023 00097
Accionante Camilo Andrés Gómez Rodríguez
Accionado Ministerio de Defensa Nacional -
Armada Nacional de Colombia -
Dirección de Sanidad Naval -
Batallón Fluvial de I.M No.17
Magangue
Decisión Confirma

proferirse el fallo de tutela, lo que significa que, hasta ese instante la conculcación de los derechos fundamentales del promotor continuaban perpetrándose.

No es verdad que, con la asignación y notificación de las citas para las valoraciones se entiende estructurado una carencia de objeto por hecho superado pues tal y como lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya referida, este fenómeno acaece cuando ya finalizó la vulneración de los derechos fundamentales invocados y, en este caso hasta tanto no se realizaran las valoraciones por los galenos, no era posible entender que, el atentado contra las garantías fundamentales había fenecido.

Sólo en el momento en que se materialicen las citas médicas programadas, se entenderían satisfechas las garantías fundamentales del promotor y, para la fecha de la providencia, itérese 04 de diciembre de 2023, no se habían llevado a cabo pues, las mismas se encontraban fijadas para días posteriores⁶.

Sin necesidad de otras consideraciones, esta Sala **CONFIRMARÁ** íntegramente la decisión de tutela objeto de impugnación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la Ley,

⁶ Optometría 11 de diciembre de 2023, medicina general 16 de diciembre de 2023, psicología el 30 de noviembre de 2023 y audiolgía el 5 de diciembre de 2023.

N° Interno 2023-2386-4
Radicado 05 376 31 04 001 2023 00097
Accionante Camilo Andrés Gómez Rodríguez
Accionado Ministerio de Defensa Nacional -
Armada Nacional de Colombia -
Dirección de Sanidad Naval -
Batallón Fluvial de I.M No.17
Magangue
Decisión Confirma

RESUELVE:

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

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **c6d741dab665c9c3e878588da92523436f55df72f43d71e31286e616c90648b2**

Documento generado en 05/02/2024 09:19:58 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, cinco (05) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

N° Interno : 2024-0035-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05887-31-04-001-2023-00126-00
Accionante : Gloria Esneda Londoño Chavarría
Afectada : Paula Marcela Londoño Echavarría
Accionado : -FIDUPREVISORA S.A.
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 046

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 06 de diciembre de 2023, por el *Juzgado Penal del Circuito de Yarumal*, a través de la cual se concedió el amparo de las garantías fundamentales en favor de la señora Paula Marcela Londoño Echavarría, diligencias que se adelantaron contra FIDUPREVISORA S.A.

ANTECEDENTES

Fueron narradas en la decisión de primera instancia de la siguiente manera:

“Manifestó la accionante que en la actualidad cuenta con 62 años de edad y que es jubilada del Magisterio Nacional y que por concepto de salud le descuentan un 12% de su mesada pensional.

N° Interno : 2024-0035-4
Radicado : 05887-31-04-001-2023-00126-00
Accionante : Gloria Esneda Londoño Chavarría
Afectada : Paula Marcela Londoño Echavarría
Accionado : -FIDUPREVISORA S.A.
Decisión : Confirma

Que tiene una hermana de nombre Paula Marcela Londoño Echavarría quien presenta un retraso en el desarrollo cognitivo leve moderado, que por su situación depende económicamente de ella, adicionalmente manifestó que sus padres ya se encuentran fallecidos, además de no tener esposo ni hijos, por lo que considera que su hermana tiene derecho a ser su beneficiaria en salud.

Que solicitó a la FIDUPRESVISORA el proceso de afiliación de su hermana Paula Marcela Londoño Echavarría, como beneficiaria en salud, dado que la misma está bajo su custodia, donde la FIDUPREVISORA emitió respuesta en la cual le indicó: “en atención a su requerimiento radicado, nos permitimos informar que su solicitud de afiliación de su beneficiario no es procedente, dado que en este caso se necesita una orden judicial para poder afiliar a los beneficiarios en mención”.

Adicionalmente, manifestó que, su hermana Paula Marcela fue calificada por la Junta Regional de Calificación Antioquia con el 60% de pérdida de capacidad; fecha de estructuración desde el 25 de abril de 2015...”

En razón a lo anterior, solicita que, mediante un fallo de tutela de ordene a la accionada afiliar a su hermana Paula Marcela Londoño Echavarría como su beneficiaria en el sistema de salud.

DECISIÓN IMPUGNADA

El juez de primera instancia, indicó que, con las pruebas aportadas por la accionante se extrae que la misma recibe pensión de jubilación por parte de Fiduprevisora S.A.- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; por aporte en salud le realizan un descuento de \$479,712.

De conformidad con los demás anexos se establece que, la señora Paula Marcela Londoño Echavarría ciertamente es hermana de la accionante, tiene una pérdida de capacidad laboral del 60% por invalidez y depende económicamente de ella.

Aseguró que, si bien los hermanos no figuran en la “Guía del Docente – Afiliación de beneficiarios a los servicios de salud”, lo cierto es que, en

N° Interno : 2024-0035-4
Radicado : 05887-31-04-001-2023-00126-00
Accionante : Gloria Esneda Londoño Chavarría
Afectada : Paula Marcela Londoño Echavarría
Accionado : -FIDUPREVISORA S.A.
Decisión : Confirma

sentencia T-177 de 2017 Magistrado Ponente Antonio José Lizarazo Ocampo, la Corte Constitucional se encargó de abordar todo lo atinente con la conformación de la familia, extrayéndose de sus apreciaciones el derecho que en efecto le asiste a la señora Paula Marcela Echavarría de ser beneficiaria del sistema de salud de su hermana pues se trata de una unidad familiar de crianza.

Lo referenciado da pie para concluir que, al negarse la afiliación de la señora Paula Marcela Londoño como beneficiaria en Salud de su hermana Gloria Esneda Londoño, se desconoce que, ambas consanguíneas como quedó demostrado, han conformado un núcleo familiar, del cual, ésta última ejerce la dirección, habida cuenta de la discapacidad que presenta su pariente, y que depende totalmente de ella, situación que, conforme a la evolución del concepto de familia, tiene plena armonía.

Reitera que, si bien el Régimen Pensional de los Docentes en principio no admitiría esa afiliación, lo cierto es que, por derecho a la igualdad debe aplicarse las disposiciones consagradas en el Decreto 780 de 2016, el cual en su artículo 2.1.3.6. numeral 7 preceptuó que, para efectos de la inscripción de los beneficiarios, el núcleo familiar del afiliado cotizante estará constituido por, los hijos de cualquier edad con incapacidad permanente que, *como consecuencia del fallecimiento de los padres, la pérdida de la patria potestad o la ausencia de estos, se encuentren hasta el tercer grado de consanguinidad.*

Estima que, el trato diferencial, se torna en discriminatorio, pues las condiciones en que se encuentran serían idénticas, solo diferenciándolas que una corresponde a un régimen especial y el otro no, situación que no tiene la virtualidad para mantener un trato diverso.

N° Interno : 2024-0035-4
Radicado : 05887-31-04-001-2023-00126-00
Accionante : Gloria Esneda Londoño Chavarría
Afectada : Paula Marcela Londoño Echavarría
Accionado : -FIDUPREVISORA S.A.
Decisión : Confirma

Conforme con lo expuesto, se observa la transgresión del derecho fundamental de la señora Paula Marcela Londoño, escoger libremente si desea afiliarse como beneficiaria de su hermana Gloria Esneda Londoño y, en virtud de ello, ordenó a la accionada que, en un término improrrogable 48 horas contados a partir de la notificación de esta providencia procedan a afiliarla como beneficiaria de la señora Gloria Esneda Londoño Chavarría en su calidad de pensionada del magisterio.

DE LA IMPUGNACIÓN

Frente a esa determinación la Coordinadora de tutelas, Fiduprevisora S.A. indicó que, la señora Paula Marcela actualmente se encuentra afiliada en Alianza Medellín Antioquia EPS S.A.S. y, en ningún momento ha fungido como beneficiaria en el régimen de excepción del magisterio, toda vez que no cumple con los requisitos que dispone esta normativa especial.

Debe tenerse en cuenta que los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son públicos por lo cual solamente pueden destinarse a lo que legalmente se encuentre autorizado.

De conformidad con lo anterior, resulta improcedente realizar una afiliación al régimen de excepción en salud, como quiera que deben satisfacerse los requisitos que la ley establece y en el asunto en concreto no se acreditan.

Al accederse a la pretensión constitucional, se estará incurriendo en detrimento patrimonial, llegando a causar una lesión al patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio,

N° Interno : 2024-0035-4
Radicado : 05887-31-04-001-2023-00126-00
Accionante : Gloria Esnedá Londoño Chavarría
Afectada : Paula Marcela Londoño Echavarría
Accionado : -FIDUPREVISORA S.A.
Decisión : Confirma

detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses del Estado.

No existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva que derive la afectación de los derechos fundamentales a la vida digna o a la salud de la señora Paula Andrea por lo que solicita se desestimen las pretensiones constitucionales y en su lugar se inste a la accionante a solicitar los servicios que requiere su hermana ante Savia Salud E.P.S.

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 tutela².

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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, como es suficientemente sabido, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el inciso segundo, consagró las excepciones al sistema integral de seguridad social establecido en esta Ley, en lo concerniente a los docentes, en los siguientes términos: *“Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la*

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

² La Dirección General de Sanidad Militar es una entidad del orden nacional y del nivel central – artículo 38 Ley 489 de 1998. De otro lado la alegada violación de los derechos fundamentales y sus efectos ocurrieron en esta ciudad donde tiene jurisdicción.

N° Interno : 2024-0035-4
Radicado : 05887-31-04-001-2023-00126-00
Accionante : Gloria Esneda Londoño Chavarría
Afectada : Paula Marcela Londoño Echavarría
Accionado : -FIDUPREVISORA S.A.
Decisión : Confirma

expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

Estar dentro de las excepciones del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, implica que los derechos en salud pueden ser distintos, contener beneficios y condiciones superiores a los que rigen para los demás afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993 y de las leyes que la modifiquen.

Tal y como lo expuso la Corte Constitucional en Sentencia T-845 de 2003, estar en un régimen de excepciones, en ningún caso, puede conducir a prohiar **un tratamiento discriminatorio o menos favorable** que el que se otorga a los afiliados al sistema integral general, pues, la existencia de los regímenes especiales obedeció al propósito del legislador de proteger los derechos adquiridos de quienes fueron excluidos del régimen general.

En otras palabras, la Ley 100 de 1993, entendida como marco de referencia, corresponde al contenido mínimo obligatorio de garantías de los derechos irrenunciables de las personas, en seguridad social *“para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”*, como lo dice el artículo 1º de la Ley en mención.

A esta interpretación también se refirió la sentencia C-1095 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, así: *“Por otra parte, no debe perderse de vista que la existencia de un sistema especial de seguridad social se explica por el propósito de proteger los derechos adquiridos por el personal excluido del régimen general y por la intención de implementar condiciones prestacionales más favorables para cierto grupo de trabajadores en razón de la especialidad de sus funciones. Por ello, no debe olvidarse que un desarrollo del principio de igualdad es precisamente la existencia de una clara correspondencia entre los particulares*

N° Interno : 2024-0035-4
Radicado : 05887-31-04-001-2023-00126-00
Accionante : Gloria Esneda Londoño Chavarría
Afectada : Paula Marcela Londoño Echavarría
Accionado : -FIDUPREVISORA S.A.
Decisión : Confirma

riesgos implícitos en el desempeño de una actividad específica y el diseño de un sistema de seguridad social que dé cobertura a esos riesgos particulares.”

Lo propio había señalado la jurisprudencia de esta Corte sobre la constitucionalidad y justificación de la existencia de esos regímenes especiales, en relación con el derecho prestacional, siempre y cuando establezcan un nivel de protección igual o superior al consagrado en el régimen general (Corte Constitucional, sentencia C-461 de 1995, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz) y en las otras providencias que examinaron la constitucionalidad de otros apartes del artículo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993: sentencias C-665 de 1996; C-461 de 1995; C-173 de 1996.

Aclarado el punto en lo que concierne a la interpretación de cuál es el contenido mínimo obligatorio de los derechos relativos a la seguridad social, habrá de examinarse el caso concreto, para establecer si, con la negativa de la accionada de incluir en el sistema de salud a la hermana de la señora Gloria Esneda, se está brindando un trato menos favorable que, a las personas que se encuentran en un régimen común.

Sobre este aspecto, debe recordarse que, en efecto, quienes pertenecen al régimen contributivo de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993, tienen derecho a incluir miembros adicionales a su grupo familiar, mediante el pago de la UPC, tal como lo establece el Decreto 806 de 1998 *“por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”*, en el artículo 40:

“Otros miembros dependientes. Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor

N° Interno : 2024-0035-4
Radicado : 05887-31-04-001-2023-00126-00
Accionante : Gloria Esneda Londoño Chavarría
Afectada : Paula Marcela Londoño Echavarría
Accionado : -FIDUPREVISORA S.A.
Decisión : Confirma

de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente...”

Así las cosas, si la señora Gloria Esneda hiciera parte de ese régimen común, se encontraría habilitada para realizar la afiliación de su hermana al sistema de salud, pues se demostró que, ante su situación de invalidez, depende económicamente de ella y tiene un parentesco de hasta el tercer grado de consanguinidad, cumpliéndose de esta manera con los requisitos que se establecen en la norma.

Ahora, en el informe rendido por parte de la entidad accionada, ésta indicó que, únicamente los cotizantes al régimen de excepción y sus beneficiarios directos podrán hacer uso de los servicios del Fondo del Magisterio, razón por la cual, los hermanos no podrían ser incluidos para disfrutar de las prestaciones brindadas; sin embargo, aceptar esa afirmación sería desmejorar las condiciones de afiliación de la señora Gloria Esneda y desdibujar el deseo del legislador al momento de crear a los docentes una normativa que resultara más beneficiosa a sus intereses tal y como se expuso con los planteamientos jurisprudenciales que obran sobre éste tópico.

Es claro que, esos regímenes especiales de ninguna manera se diseñaron para desmejorar las condiciones de sus afiliados sino que, por el contrario se crearon para brindarles más garantías y prebendas; aceptar que, en el régimen común resultaría viable realizar la afiliación de la señora Paula Marcela *-al cumplirse con el lleno de los requisitos-* y que en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello no resulta posible atenta, tal y como lo manifestó la primera instancia, contra las garantías fundamentales de la parte actora.

N° Interno : 2024-0035-4
Radicado : 05887-31-04-001-2023-00126-00
Accionante : Gloria Esneda Londoño Chavarría
Afectada : Paula Marcela Londoño Echavarría
Accionado : -FIDUPREVISORA S.A.
Decisión : Confirma

Vale la pena advertir que, el hecho de que la afectada se encuentra afiliada a Savia Salud EPS en el régimen subsidiado, de ninguna hace inexistente la vulneración a derechos fundamentales, pues en el presente caso y contrario a lo afirmado por la impugnante, no se está protegiendo la garantía fundamental a la salud sino a la igualdad y a la libertad de afiliación, derechos que fueron ampliamente desarrollados por el A quo.

Así las cosas, encuentra la Sala que, la decisión del juez de primera instancia resultó ser adecuada pues se advirtió la conculcación de unos derechos fundamentales y, el amparo concedido obedeció a la interpretación de los lineamientos jurisprudenciales que rigen la materia.

Sin necesidad de otras consideraciones, esta Sala **CONFIRMARÁ** íntegramente la decisión de tutela objeto de impugnación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

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

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

N° Interno : 2024-0035-4
Radicado : 05887-31-04-001-2023-00126-00
Accionante : Gloria Esneda Londoño Chavarría
Afectada : Paula Marcela Londoño Echavarría
Accionado : -FIDUPREVISORA S.A.
Decisión : Confirma

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate

Magistrado

Sala Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **2aec57ab63339704d89f86bfea0df7947c8a63dc62a805990eb454265e12da36**

Documento generado en 05/02/2024 09:20:04 PM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, cinco (05) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

N° Interno : 2024-0171-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00161
Accionante : Nidia Ruth Velásquez Lema.
Accionado : Secretaría de Educación de Antioquia -
Seduca- y Fiduprevisora S.A.
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 050

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 12 de enero de 2024, por el *Juzgado Penal del Circuito de Andes*, a través de la cual se concedió el amparo de las garantías fundamentales en favor de la señora Nidia Ruth Velásquez Lema, diligencias que se adelantaron contra la Secretaría de Educación de Antioquia -Seduca- y la Fiduprevisora S.A.

ANTECEDENTES

Refiere la accionante que el día 29 de agosto de 2023, radicó derecho de petición ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE ANTIOQUIA - SEDUCA-, mediante el cual solicitó información del trámite de pensión de vejez pretendido bajo el Radicado N° 2022-PEN025373.

N° Interno : 2024-0171-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00161
Accionante : Nidia Ruth Velásquez Lema.
Accionado : Secretaría de Educación de
 Antioquia -Seduca- y Fiduprevisora
 S.A.
Decisión : Confirma

El 20 de septiembre de 2023, la entidad requerida le informó que, su petición fue remitida a la Fiduprevisora mediante radicado 20231012362292 y que, una vez obtuvieran respuesta procederían a notificársela.

Sin embargo, al momento de impetrar la acción constitucional no había recibido respuesta, situación que se encuentra en detrimento de su derecho fundamental de petición.

DECISIÓN IMPUGNADA

El juez de primera instancia amparó el derecho fundamental de petición de la accionante, pues de la documentación anexa al libelo de la demanda, se desprende que, en efecto, la señora Velásquez Lema radicó derecho de petición ante la Secretaría de Educación de Antioquia, con el fin de obtener información sobre su trámite pensional, sin recibir una resolución sobre el particular.

Señaló que, únicamente se tiene información que el trámite en cuestión fue remitido a la FIDUPREVISORA S.A., pero el fondo del magisterio, indicó que no ha recibido ningún acto administrativo relacionado con la aquí accionante.

En virtud de ello, advierte una clara vulneración a la garantía fundamental invocada en la presente acción de tutela, al no emitirse una resolución de fondo al asunto pretendido en la petición que dio origen al presente mecanismo constitucional.

En ese sentido, ordenó a las entidades accionadas esto es, a la Secretaría de Educación de Antioquia –Seduca- y Fiduprevisora S.A.,

N° Interno : 2024-0171-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00161
Accionante : Nidia Ruth Velásquez Lema.
Accionado : Secretaría de Educación de
 Antioquia -Seduca- y Fiduprevisora
 S.A.
Decisión : Confirma

que, de manera inmediata, debían proceder a brindar respuesta de fondo a la petición radicada por la accionante.

DE LA IMPUGNACIÓN

Frente a esa determinación la Coordinadora de tutelas, Fiduprevisora S.A. indicó que, procedió a validar el aplicativo Orfeo, donde se registran todas las peticiones radicadas ante esa entidad y no se encontró la que es objeto del presente trámite.

Sumado a ello, se observa en los anexos del escrito de tutela, que la petición se radicó en la Gobernación de Antioquia sin que se acreditara que, ésta les haya corrido traslado de la solicitud pues el formato de los radicados entregados por su representada al momento de registrarse una PQR no se corresponde con el señalado en la demanda constitucional.

En ese sentido, no le resulta posible dar cumplimiento con lo ordenado, teniendo en cuenta que, no cuentan con el derecho de petición entregado por la parte actora.

Solicita la revocatoria de la decisión o su modificación, desvinculándola de la orden impartida.

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 tutela².

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

² La Dirección General de Sanidad Militar es una entidad del orden nacional y del nivel central – artículo 38 Ley 489 de 1998. De otro lado la alegada violación de los derechos fundamentales y sus efectos ocurrieron en esta ciudad donde tiene jurisdicción.

N° Interno : 2024-0171-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00161
Accionante : Nidia Ruth Velásquez Lema.
Accionado : Secretaría de Educación de
 Antioquia -Seduca- y Fiduprevisora
 S.A.
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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tendrá derecho a interponer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Tal solicitud procede cuando aquellos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades o, excepcionalmente, de particulares. A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la persona podrá actuar (i) a nombre propio, (ii) a través de un representante legal, (iii) por medio de apoderado o (iv) mediante un agente oficioso. En este caso, se encuentra acreditada la legitimación por activa, ya que la actora es la titular de los derechos cuya protección solicita en el recurso de amparo.

Por su parte, respecto de la legitimación por pasiva, el artículo 86 de la Constitución establece que la tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o, excepcionalmente, por el actuar de los particulares.

En el presente caso, se tiene que, el día 29 de agosto de 2023, la accionante radicó derecho de petición ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE ANTIOQUIA -SEDUCA-, mediante el cual solicitó información del trámite de pensión de vejez pretendido bajo el Radicado N° 2022-PEN025373.

N° Interno : 2024-0171-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00161
Accionante : Nidia Ruth Velásquez Lema.
Accionado : Secretaría de Educación de
 Antioquia -Seduca- y Fiduprevisora
 S.A.
Decisión : Confirma

Ahora, mediante oficio del 20 de septiembre de 2023, la auxiliar administrativa del fondo prestacional Eliana María Montano, contestó la petición de la accionante bajo el siguiente tenor:

“Asunto: RESPUESTA SOLICITUD

Buen día;

Mediante el presente me permito informar que su respectivo recurso de reposición fue debidamente enviado a Fiduprevisora mediante Rdo. 20231012362292 y aún se encuentra en estudio.

Una vez tengamos respuesta por parte de ellos, se procederá a realizar la debida notificación”

Sobre ese aspecto indicó la entidad impugnante que, no es cierto que, se les haya remitido esa solicitud pues, el formato del radicado que se plasmó en la respuesta otorgada por la Secretaría de Educación, no se corresponde con los que arroja el sistema cuando, les ingresa una PQR.

Para ilustrar sobre ese aspecto indicó que, el número que se entrega por parte del aplicativo contiene el siguiente formato: 20170322289322 y, al revisar el número indicado en la respuesta del 20 de septiembre de 2023, se logra advertir que, a diferencia de lo manifestado en su apelación, guardan completa correspondencia, 20231012362292. En ambas se inicia con la fecha de radicación de la petición e inclusive conservan la misma cantidad de dígitos.

Si el deseo de la apelante era señalar que, ese requerimiento no les había ingresado, lo propio era entregar algún elemento de conocimiento que le permitiera tanto a la primera como a la segunda instancia predicar que, el código es inexistente o que, no se correspondía con lo

N° Interno : 2024-0171-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00161
Accionante : Nidia Ruth Velásquez Lema.
Accionado : Secretaría de Educación de
 Antioquia -Seduca- y Fiduprevisora
 S.A.
Decisión : Confirma

señalado por parte de la Secretaría de Educación, pero nada de ello se vislumbró.

En virtud de ello, se hace un llamado de atención para que, ambas entidades actúen mancomunadamente para brindarle respuesta de fondo a la señora Nidia Ruth acerca de su trámite pensional, pues ambas deben velar por los fines misionales para las cuales fueron creadas y, ante esa falta de coordinación, la única que resulta afectada en sus garantías fundamentales es la accionante.

Así las cosas, encuentra la Sala que, la decisión del juez de primera instancia resultó ser adecuada pues se advirtió la conculcación del derecho de petición por parte de la Secretaría de Educación de Antioquia y de la Fidupresora S.A. y, la orden de tutela se dirigió a ambas entidades, una al haber recibido la solicitud y la otra, al ser la entidad a la cual se le remitió el requerimiento.

No se vislumbra falta de legitimación en la causa por pasiva y, en virtud de ello, esta Sala **CONFIRMARÁ** íntegramente la decisión de tutela objeto de impugnación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

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

N° Interno : 2024-0171-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00161
Accionante : Nidia Ruth Velásquez Lema.
Accionado : Secretaría de Educación de
 Antioquia -Seduca- y Fiduprevisora
 S.A.
Decisión : Confirma

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **7e163108c04f108fd37986c08ad89704c6c948db4c6a51181eb2535b8b7a9194**

Documento generado en 05/02/2024 09:20:30 PM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, dos (02) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

N° Interno : 2023-2363-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante : Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado : Colpensiones y otra
Decisión : Confirma

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida por el *Juzgado Penal del Circuito de La Ceja - Antioquia*, mediante la cual negó el amparo solicitado por el señor *Gonzalo Alberto Mejía Mesa*; diligencias en las que figura como demandada COLPENSIONES y la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

ANTECEDENTES

Informó el accionante que desde el año 2019 es pensionado afiliado a Colpensiones y luego de varios años de reclamaciones, el 19 de junio de 2020, la entidad le reconoció el periodo de “octubre diciembre de 1994” para ser incluido en su historia laboral.

N° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

En virtud de ello, desde el 9 de diciembre de 2022, solicitó a la accionada la reliquidación de su pensión, y ello se realizó el 11 de abril de 2023, no obstante, en ese acto administrativo no se incluyó la retroactividad del periodo octubre diciembre de 1994, señalando que estaba prescrito, situación que no es cierta pues la fecha en que finalmente se le reconoció y comunicó el derecho pensional de forma cierta y exigible, es el 19 de junio de 2020, momento en el cual empezó a disfrutar de un derecho exigible y no desde el 30 de junio de 2019 como lo asegura la accionada.

Las respuestas que le ha brindado Colpensiones sobre ese aspecto, están basadas en reclamaciones que no ha realizado y siempre ha omitido pronunciarse sobre este preciso aspecto y sobre las decisiones jurisprudenciales que sustentan su postura, esto son, las sentencias SU1073 de 2012 y SU 131 de 2013.

Acudió a la Superintendencia Financiera, donde se instauró una queja pero a pesar de ello, el fondo de pensiones continuaba refiriéndose sobre aspectos que no eran objeto de discusión.

Asegura que, esa situación vulnera su derecho al mínimo vital y al debido proceso generándose un daño irreversible debido a su edad, 67 años.

En virtud de ello, solicita que por medio de un fallo de tutela se ordene

N° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

a Colpensiones y/o a la Superintendencia Financiera de Colombia el cumplimiento de las sentencias mencionadas para que, la fecha de inicio de los términos de prescripción de sus mesadas pensionales del periodo octubre diciembre de 1994, sea el 19 de junio de 2020.

Como consecuencia de ello, se proceda a la reliquidación de su pensión incluyendo el efecto retroactivo del periodo octubre diciembre de 1994.

Seguidamente, el Juez de instancia negó la procedencia de la acción constitucional pues no se acreditó el requisito de subsidiariedad de ese mecanismo.

De conformidad con la respuesta brindada por Colpensiones se conoció que, se trata de un usuario a quien desde el 11 de julio de 2019, se le reconoció una mesada pensional por valor de \$1.736.087 y que, mediante Resolución SUB 94489 del 13 de abril de 2023, esta entidad *“reliquidó la prestación a una cuantía de \$1.758.939, a partir del 9 de diciembre de 2019, con 1.316 semanas cotizadas, con un IBL de \$2.755.231, con una tasa de reemplazo del 63.84%, de conformidad con la Ley 797 de 2003”*.

Esta actuación fue notificada el 13 de abril de 2023 al accionante, y el 17 de abril se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en el cual indicó *“(…) Solicito su amable colaboración y reconsideración para que corrijan y me indiquen el motivo por el cual*

N° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

establecen la preclusión de mis mesadas pensionales ...”; y, frente a ello, la Resolución SUB 162065 del 22 de junio de 2023, resolvió el recurso de reposición confirmándola en todas sus partes.

Asegura que, se trata de una persona que actualmente y desde hace 4 años tiene la calidad de pensionado, situación de la que se desprende que desde ese mismo tiempo recibe una suma que según reveló la entidad administradora de pensiones es significativa, ello es que supera el salario mínimo mensual.

Observa que la génesis de esta discusión corresponde a un trámite administrativo, con vocación de resolverse en instancias judiciales ordinarias sobre la viabilidad de reconocer y pagar sumas de dinero; pero, no se trata de sumas que puedan considerarse necesarias para mantener o satisfacer un mínimo de condiciones de vida, que es como lo presenta el señor Mejía Mesa, es simplemente para acrecentar aquella suma que ya está recibiendo.

Tampoco observa vulneración al debido proceso o al derecho de petición pues el accionante no indicó cual petición en concreto fue desatendida y por el contrario, de conformidad con los medios de conocimiento arribados se logra establecer que, la accionada siempre se han contestado sus requerimientos, el hecho de que no se resuelva de forma favorable a sus intereses no significa que se estén desconociendo dichas garantías.

N° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

Finalmente, en lo que corresponde a la Superintendencia Financiera, las mismas razones anteriores son indicativas de que no ha incurrido en conductas contrarias a la protección de los derechos fundamentales del accionante; además, la misma demostró que a cada una de las peticiones formuladas por el accionante dio el correspondiente trámite y dentro del marco de sus funciones no pueden llegar a ordenar el reconocimiento del retroactivo porque ello vulneraría la autonomía para la cual fue constituida la entidad sometida a su vigilancia.

Bajo ese escenario, declaró improcedente la tutela, del derecho al mínimo vital y debido proceso, y negó el amparo al derecho fundamental de petición.

Frente a esa determinación, el accionante presentó impugnación.

Indicó que, sí fueron violados sus derechos porque Colpensiones tardó muchos de años en reconocer el período octubre diciembre de 1994 y fue solamente el 19 de junio de 2020 que se incluyó en su historia laboral.

En virtud de ello, 09 de diciembre de 2022 no habían transcurrido aún los tres años para declarar prescrita la reclamación de retroactividad que depreca mediante acción de tutela por lo cual, estima que la decisión que se adopta por parte de Colpensiones es desconocedora

N° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

de la línea jurisprudencial vigente.

Asegura que, contrario a lo expuesto por el juez de primera instancia, si se hace viable analizar su solicitud en el marco de una acción de tutela pues, ha luchado varios años por sus derechos pensionales se le asignó una mesada inferior a los 2 S.M.L.M.V. y el trámite ante la justicia ordinaria tarda varios años en resolverse, estando expuesto durante ese periodo pues es una persona de 68 años y con diagnóstico de diabetes. Cree tener derecho hacerlo por intermedio de una tutela para impedir, mientras viva, un perjuicio irreparable dadas sus condiciones económicas y de salud, es cabeza de familia, con esposa e hijos el cual tiene que costear una alimentación costosa en razón a su diagnóstico siendo insuficiente la suma que recibe por parte de la accionada.

Solicita la revocatoria de la decisión impugnada y, en consecuencia el amparo a sus derechos fundamentales.

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° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
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.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991², la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

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

Del caso concreto

De forma reiterada, esta Corte ha señalado que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial de carácter subsidiario y residual a

² 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° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

través del cual se logra el amparo de derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos determinados en la ley.

Ese carácter subsidiario y residual, significa que solo es procedente cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, bajo el entendido de que la ley determina las competencias para definir cada asunto y por tanto no puede pretenderse que a través de un mecanismo preferente y sumario como la tutela, se decidan los temas que corresponden de manera específica a otras especialidades.

Ello implica que los conflictos jurídicos en los que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, en principio, deben ser resueltos a través de los distintos medios ordinarios de defensa previstos en la ley, y solo ante la ausencia de dichos mecanismos o cuando ellos no resulten idóneos o eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es procedente acudir, de manera directa, al amparo.

A pesar de lo anterior, la idoneidad o eficacia de tales mecanismos debe ser analizada por el juez de tutela frente a la situación concreta de quien invoca la protección, en la medida en que una interpretación restrictiva

N° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

del texto superior podría suponer la conculcación de prerrogativas superiores, si con el ejercicio de dichos mecanismos no se logra el resguardo efectivo de derechos.

En lo que atañe al reconocimiento de prestaciones sociales en materia pensional, la jurisprudencia constitucional ha sentado una sólida doctrina conforme a la cual, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para lograr tal aspiración. Empero, de forma excepcional se ha admitido su procedencia cuando tales acciones pierden eficacia jurídica para alcanzar el objeto que buscan proteger, concretamente, cuando un análisis de las circunstancias del caso así lo determina.³

Es bajo tal consideración que la Corte ha admitido la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones, cuando el titular del derecho en discusión es un sujeto de especial protección constitucional o que por su condición económica, física o mental se encuentra en situación de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarle un tratamiento especial y preferente, pues someterlo a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado y lesivo de sus derechos, sin que ello signifique, claro está, que la condición de la persona por sí misma implique su procedencia.⁴

³ Sentencia T-920 de 2009.

⁴ Sentencia T-897 de 2010.

N° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

Para que el mecanismo de amparo logre desplazar la labor del juez ordinario o contencioso, según el caso, es también necesario acreditar, por una parte, la ocurrencia de un perjuicio irremediable y, por la otra, que acudir a otra vía judicial puede comprometer aún más sus derechos⁵

En suma, aunque la tutela es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones de carácter pensional, por cuanto para ello el legislador ha previsto otros medios judiciales, cuando se está frente a sujetos que por su condición particular se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, la misma será procedente siempre y cuando se encuentre acreditada la ocurrencia de un perjuicio irremediable, derivado de la amenaza, vulneración o grave afectación de derechos de raigambre fundamental, que no puedan ser protegidos oportunamente a través de dichos mecanismos.

Nótese que, en el presente caso se logró establecer que, el accionante desde el 11 de julio de 2019 se encuentra disfrutando de su mesada pensional, en principio por valor de \$1.736.087 y posteriormente esto es a partir del 13 de abril de 2023, se *re liquidó la prestación a una cuantía de \$1.758.939, derecho que fue reconocido de forma retroactiva y, a partir del 9 de diciembre de 2019.*

⁵ Sentencias T-391 de 2013, T-209 de 2010, T-500 de 2009, y T-711 y T-083 de 2004

N° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

Y es que, si bien el accionante refirió en el marco de la impugnación que es padre cabeza de familia y que padece diabetes, sin que sea suficiente el dinero que devenga para soportar todas esas obligaciones económicas y costear su alimentación que, por la patología que padece resulta ser mucho más costosa, lo cierto es que, esos son argumentos nuevos que, en virtud del principio de limitación, no resulta viable analizarlos en sede de segunda instancia pues, no se le brindó a las accionadas la oportunidad de controvertir ese aspecto, y tampoco a la Judicatura de pronunciarse sobre ese tópico.

Así las cosas, Gonzalo Alberto Mejía Mesa se encontraba en la obligación de señalar desde su escrito inicial, las razones por las cuales consideraba que se encuentra ante un eminente perjuicio irremediable para evadir el trámite ordinario y acudir de manera directa a la acción de tutela pero como viene de verse nada se indicó para entender satisfecho el requisito de subsidiariedad quedando únicamente probado en el plenario la suma que devenga mensualmente por concepto de pensión sin que la misma se advierta que, sea irrisoria.

En punto a la carga de la prueba en materia de acciones constitucionales, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutelas ha señalado que, *“es deber del juez constitucional desplegar una actividad probatoria a fin de establecer si los derechos fundamentales invocados están siendo efectivamente conculcados, pero también es su deber negar la protección cuando los*

N° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

medios con que el ordenamiento cuenta para conocer lo ocurrido no le permiten establecer el quebrantamiento, porque las sentencias judiciales no pueden sino basarse en los hechos probados, conforme las reglas y oportunidades procesales».⁶

En el presente caso, el accionante no cumplió con la carga de la prueba para entender que sus condiciones económicas o de salud no le permiten acudir al trámite ordinario pues, únicamente hizo uso de argumentos en ese sentido en el marco de la apelación sin que resulte viable, como ya se dijo valorarlos en sede de segunda instancia.

Tampoco se advierte conculcación a algún otro derecho fundamental pues tal y como lo refirió el A quo, Colpensiones remitió un informe en el cual se detallan las solicitudes radicadas por el actor y sus respectivas respuestas en las cuales emiten pronunciamientos de fondo sobre sus pretensiones.

El hecho de que no se encuentre de acuerdo con las respuestas ofrecidas no deriva en la conculcación a su derecho a la petición pues la Corte Constitucional ha señalado de antaño que, *“esta garantía no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este*

⁶ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia rad. 109705 de 24 de marzo de 2020. -haciendo eco de la decisión T-678 de 2008 de la Corte Constitucional.

N° Interno	2023-2363-4
Radicado	05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante	Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado	Colpensiones y otra
Decisión	Confirma

derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa...”⁷

Bajo ese escenario, se encuentra que la decisión de primer nivel resultó acertada y en virtud de ello, se procederá a su confirmación de manera íntegra.

Así las cosas, no queda otra alternativa diferente que CONFIRMAR la decisión objeto de impugnación.

En mérito de lo 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: CONFIRMAR de manera íntegra la decisión objeto de consulta, según fue proferida por el Juzgado de origen y conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

En consecuencia, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se retornen las diligencias ante el Juzgado de origen.

⁷ Sentencia T-146/12

N° Interno 2023-2363-4
Radicado 05 376 31 04 001 2023 00096 00
Accionante Gonzalo Alberto Mejía Mesa
Accionado Colpensiones y otra
Decisión Confirma

CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate

Magistrado

Sala Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **fa43a5b7c2b256dc177e524f1ce6e4c0eaf4054384a52cd39a81de92eca3ef74**

Documento generado en 05/02/2024 03:34:09 PM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, cinco (05) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

N° Interno	2024-0075-4
Radicado	Sentencia de Tutela - 1ª Instancia. 05000-22-04-000-2024-00041.
Accionante	Carlos Andrés González Jiménez
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 047

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ JIMÉNEZ contra el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA y por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ JIMÉNEZ que, el 15 de diciembre de 2023 radicó solicitud de libertad condicional ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

N° Interno	2024-0075-4
	Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado	05000-22-04-000-2024-00041.
Accionante	Carlos Andrés González Jiménez
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega

de Antioquia, sin embargo a la fecha no se le ha brindado respuesta.

Solicita que, mediante un fallo de tutela se ampare sus derechos fundamentales al debido proceso y a la petición ordenándose a la accionada emitir un pronunciamiento frente a su pedido.

Aunado a ello requiere que, la providencia sea positiva a sus intereses pues, tiene concepto favorable por parte del INPEC, conserva una conducta ejemplar, se encuentra en fase de confianza, acata las órdenes de las autoridades carcelarias y no tiene queja o sanción alguna al interior del penal.

El asistente jurídico del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia indicó que, en sentencia del 13 de marzo de 2020, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, condenó a Carlos Andrés González Jiménez, como Autor penalmente responsable del delito de Concierto para Delinquir Agravado, en concurso con Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, imponiéndole la pena de 75 Meses de prisión y multa equivalente a 1351 S.M.L.M.V.,

En lo que tiene que ver con la queja elevada por el sentenciado, indicó que, procedieron a revisar tanto el expediente digital como el sistema de gestión Siglo XXI, observando que, el 10 de noviembre de 2023, por parte del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Ciudad Bolívar, se allegó solicitud de Redención de Pena. Con el fin de verificar que no se hubiere trastocado la solicitud en la bandeja de entrada del correo

N° Interno	2024-0075-4
	Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado	05000-22-04-000-2024-00041.
Accionante	Carlos Andrés González Jiménez
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega

memorialespmsanta@cendo.ramajudicial.gov.co se procedió a la búsqueda del oficio enunciado por el accionante, labor que arrojó resultados negativos.

Indagaron con personal del EPMSC Ciudad Bolívar, quienes afirmaron que la solicitud de Libertad Condicional aludida, no fue remitida a través del correo electrónico de la institución.

Con el fin de evitar vulneración de los derechos fundamentales del sentenciado, mediante autos N° 0265 y 0266 del 25 de enero de 2024, se procedió a realizar la Redención de Pena solicitada el 10 de noviembre de 2023, y se definió su situación jurídica.

Solicita se deniegue la solicitud impetrada pues no ha vulnerado derechos fundamentales del promotor.

Competencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión, le

N° Interno	2024-0075-4
	Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado	05000-22-04-000-2024-00041.
Accionante	Carlos Andrés González Jiménez
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega

sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de manera expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable.

En el presente asunto deberá la Sala determinar si el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó vulneró el derecho fundamental de petición y debido proceso del accionante por no haber resuelto la solicitud de libertad condicional que dijo haber radicado desde el 15 de diciembre de 2023.

Sea lo primero señalar que, en punto a la carga de la prueba en materia de acciones constitucionales, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutelas, ha indicado que:

«La carga de la prueba en uno y otro momento del análisis corresponde a las partes enfrentadas: debe el solicitante aportar prueba en el sentido de que elevó la petición y de la fecha en la cual lo hizo, y la autoridad, por su parte, debe probar que respondió oportunamente. La prueba de la petición y de su fecha traslada a la entidad demandada la carga procesal de demostrar, para defenderse, que, al contrario de lo afirmado por el actor, la petición sí fue contestada, resolviendo de fondo y oportunamente. Pero si ante el juez no ha sido probada la presentación de la solicitud, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, pues procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de responder.»

No basta por tanto que el accionante afirme que su derecho de petición se vulneró por no obtener respuesta. Es necesario respaldar dicha afirmación con elementos que permitan comprobar lo dicho, de modo que quien dice haber presentado una solicitud y no haber obtenido respuesta deberá presentar copia de la misma recibida por la autoridad

N° Interno	2024-0075-4
	Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado	05000-22-04-000-2024-00041.
Accionante	Carlos Andrés González Jiménez
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega

o particular demandado o suministrar alguna información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la petición, a fin de que el juez pueda ordenar la verificación.

En ese contexto, es deber del juez constitucional desplegar una actividad probatoria a fin de establecer si los derechos fundamentales invocados están siendo efectivamente conculcados, pero también es su deber negar la protección cuando los medios con que el ordenamiento cuenta para conocer lo ocurrido no le permiten establecer el quebrantamiento, porque las sentencias judiciales no pueden sino basarse en los hechos probados, conforme las reglas y oportunidades procesales».¹

Revisado el material probatorio que obra en el expediente, se observa que, la última solicitud que obra es del 11 de noviembre de 2023 pero la misma versa sobre redención de pena y no frente a la concesión de algún beneficio liberatorio.

No obra constancia alguna que permita acreditar que, en el mes de diciembre de 2023 el privado de la libertad haya radicado de manera directa, por intermedio de su apoderado judicial o del centro carcelario, alguna otra petición con el fin de acceder a la libertad que hoy depreca por medio de la acción constitucional.

Y es que, en su demanda constitucional no allegó por lo menos copia del memorial que dijo haber entregado ante el Despacho que vigila su condena en ese momento; es por ello que, si se tiene en consideración que la carga de la prueba radica, en este caso, en cabeza del demandante, sumado a la afirmación de la titular del Juzgado accionado de no haber recibido ninguna solicitud al respecto, se tendrá para efectos de esta acción que no se realizó dicha petición.

¹ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia rad. 109705 de 24 de marzo de 2020. -haciendo eco de la decisión T-678 de 2008 de la Corte Constitucional.

N° Interno	2024-0075-4
	Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado	05000-22-04-000-2024-00041.
Accionante	Carlos Andrés González Jiménez
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega

En tal virtud, el actor no puede pretender que a través de la acción de tutela se ordene la protección de un derecho fundamental cuando la entidad accionada no ha realizado ninguna acción u omisión en detrimento de sus garantías, pues como se advirtió, éste debió haber tramitado la solicitud para que la accionada pudiera actuar.

En consecuencia, se denegará la pretensión de amparo pues no se demostró que el Despacho executor se encuentre en mora para atender alguna pretensión de libertad.

Tampoco es plausible que, por vía de tutela se conceda la libertad condicional pues, debe recordarse que, el principio de subsidiariedad, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que *“permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

Bajo esos lineamientos, si el accionante pretende el otorgamiento de la libertad condicional, debe remitir la solicitud directamente al despacho que vigila su condena, pues es justamente esa sede

N° Interno	2024-0075-4
	Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado	05000-22-04-000-2024-00041.
Accionante	Carlos Andrés González Jiménez
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega

judicial la competente para resolver las pretensiones que se eleven por parte de las personas que fungen como condenados dentro de un proceso judicial. No resulta válido, recurrir a la acción de tutela para que, sea el juez constitucional quien realice el análisis correspondiente y le conceda el beneficio anhelado desconociendo el trámite legal instituido para el efecto.

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR el amparo solicitado por el ciudadano **CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ JIMÉNEZ**, frente al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, ello de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

SEGUNDO: 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.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

N° Interno 2024-0075-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2024-00041.
Accionante Carlos Andrés González Jiménez
Accionado Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión Niega

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **b4346a229ac95da6048c4d941a53885ab481a4c0ceeac59923cc4fc05026fce7**

Documento generado en 05/02/2024 09:20:12 PM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, seis (06) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

N° Interno : 2024-0047-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141 00
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.

Acta N° 051

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 17 de noviembre de 2023 por el *Juzgado Penal del Circuito de Andes - Antioquia*, mediante la cual declaró improcedente la solicitud de amparo constitucional radicada por Alfia Nelly Arboleda Gaviria, diligencias en las que figura como demandada COLPENSIONES y NUEVA E.P.S.

ANTECEDENTES

Fueron narrados en la decisión de primera instancia de la siguiente manera:

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

“Refiere la accionante que cuenta con cincuenta y ocho (58) años de edad y afiliada en calidad de cotizante al Régimen Contributivo en Salud a través de la Nueva EPS y desde el año 2016, le fue diagnosticado ‘Tumor Maligno de la Mama - seno izquierdo’, por lo que presentó varias incapacidades y le fueron practicados sendos procedimientos médicos para el tratamiento de la enfermedad que padece.

Agrega que en el año 2021, nuevamente fue diagnosticada con similar patología, pero esta vez en el seno derecho e incapacitada hasta la fecha de presentación de la acción de tutela, sin que por parte de las entidades accionadas se haya procedido con el reconocimiento y pago de las respectivas incapacidades médicas, por lo que considera el detrimento de las garantías fundamentales invocadas...”

En consecuencia, depreca del Juez constitucional se ordene a las entidades accionadas, proceder con el pago de las incapacidades médicas desde el mes de julio de 2022, hasta la fecha de presentación de la acción de tutela.

DECISIÓN IMPUGNADA

Frente a esa solicitud el **Juzgado de primera**, indicó que, el objeto de la acción de tutela como mecanismo para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la omisión de las entidades e incluso por los particulares con sus diferentes actuaciones, es procedente cuando no existe en el ordenamiento jurídico un trámite ordinario que lo supla o al existir este, no se torna efectivo o inmediato, caso en el cual se concedería de forma transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

Aseguró que, en el presente asunto no se acreditó la estructuración de ese perjuicio irremediable al que se hace alusión, menos aún, se advierte siquiera prueba sumaria respecto de la vulneración a la garantía fundamental de mínimo vital, como para proceder a emitir una decisión de manera transitoria, sobre la protección de las garantías presuntamente transgredidas.

En virtud de ello, declaró improcedente la solicitud radicada pues, la sede ordinaria laboral, resulta ser el escenario idóneo para ventilar esta clase de litigios, por manera pues que, perfectamente resulta factible para la parte accionante acudir ante esos despachos, con miras a que se desate la controversia planteada, criterio que también expuesto en la decisión trazada por el H. Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal en Sede Constitucional, bajo el número de radicación 2023-1219-1.

DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante inconforme, impugnó la decisión adoptada. Indicó que, en su caso y contrario a lo que se manifiesta por parte de la primera instancia, se encuentran vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital pues se le han generado diversas incapacidades y no ha recibido el respectivo pago salarial.

No cuenta con otra fuente de ingresos para solventar los gastos de su

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

manutención ni las de su grupo familiar, a ello se suman las constantes prácticas de exámenes y controles que se realizan en la ciudad de Medellín para recuperar sus condiciones de salud, para lo cual debe incurrir en gastos de transporte que no se encuentra en la capacidad de continuar asumiendo.

Recuerda que, padece de cáncer y de no recibir la atención de salud a tiempo su vida se puede ver comprometida razón por la cual, señalarse por parte de la primera instancia que, el asunto debe ser dirimido ante la justicia ordinaria derivaría en la estructuración de un perjuicio irremediable.

Solicita se revoque la decisión impugnada y, en su lugar se le conceda el amparo constitucional deprecado.

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.

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,

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° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

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 cuente 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*

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

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

En el presente caso, desde el escrito de tutela, la accionante refirió las patologías que la acongojan, esto son, tumores malignos en ambas mamas, explicó el devenir de su enfermedad y los múltiples tratamientos a los cuales ha sido sometida desde el año 2016 para contrarrestar la enfermedad catastrófica que la ha estado agobiando.

También explicó que, en virtud de los medicamentos suministrados y de las quimioterapias a las que ha sido expuesta se le produjo una

² Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 2017.

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

neuropatía periférica, razón por la cual también están siendo tratada por parte de los especialistas en neurología.

Aseguró que, por la complejidad de sus patologías no ha logrado retornar a su puesto de trabajo y Colpensiones no le ha realizado el reconocimiento de la pensión de invalidez situación que se encuentra en detrimento del derecho al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas pues no ha logrado acceder a las mesadas pensionales ni tampoco a los auxilios derivados de las incapacidades que se le han generado.

Nótese que, el agravio a su fuente de ingreso está determinada con la narración detallada de la accionante frente a la situación por la cual ha estado atravesando estos últimos años, ha afrontado las consecuencias de una enfermedad de alto costo y en virtud de ello no ha logrado retornar a su puesto de trabajo el cual, de acuerdo a su narración constituye su fuente de ingresos para solventar su mínimo vital, afirmación no desvirtuada por las entidades accionadas.

Frente al tema de la subsidiariedad, el Despacho de primera instancia indicó adicionalmente que, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en decisión bajo el radicado 2023-1219-1 reiteró la necesidad de acreditar este requisito para analizar de fondo las acciones de tutela y, si bien extrae el aparte en el cual se consagran esos presupuestos lo cierto es que, se desconocen los hechos que enmarcaron ese trámite constitucional para declararla improcedente, razón por la cual, no podría

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

equipársele la misma sanción cuando, en el presente evento, en criterio de la Sala, se encuentra suplido ese requisito.

Habiéndose superado el único requisito de procedencia excepcional de la acción de tutela que, le impidió a la primera instancia emitir un pronunciamiento de fondo, se procederá con el estudio del caso en concreto con el fin de determinar si efectivamente obra una afectación a los derechos fundamentales de la accionante y, de ser así, se brindaran las órdenes a las que hubiere lugar.

El Sistema General de Seguridad Social consagra figuras que protegen los derechos de los trabajadores por un accidente laboral o una enfermedad de origen común, en las que hay que alusión al pago de incapacidades para solucionar el caso que nos atañe.

En palabras de la H. Corte Constitucional, las incapacidades han sido creadas *“(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”*³

³ Corte Constitucional, Sentencia T-876 de 2013.

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

Estas incapacidades, según distinciones realizadas por el mismo órgano colegiado, pueden ser de carácter “ (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%”⁴

Sin embargo, con fin de determinar el ente que procederá el pago de las mismas, es necesario tener claridad respecto del tipo de enfermedad; esto es, si es de origen laboral o común, lo cual será determinable a la luz de sus causas.

En ese sentido, se tiene que las incapacidades concedidas a la accionante, han sido emitidas en atención al diagnóstico de *Tumor Maligno de la Mama, parte no especificada* que, de acuerdo con lo consignado en su historia clínica está calificado como de origen común. De tal suerte, las incapacidades deberían ser sufragadas en orden de los dos primeros días por el empleador, del día 3 hasta el día 180 por la promotora de salud de su afiliación⁵, del día 181 al 540 por la

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-920 de 2009.¿

⁵ Decreto 2943 de 2013

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

administradora de fondos pensionales⁶, y finalizado ese tiempo, nuevamente por la promotora de salud⁷.

Ahora, de conformidad los elementos aportados por la accionante y entregados por Nueva EPS y Colpensiones al trámite constitucional, se tiene que, la señora Alfia Nelly Arboleda Gaviria se encuentra incapacitada de forma continua desde el 30 de julio del año 2021.

Los primeros 180 días fueron pagados por parte de Nueva EPS, esto es, hasta el 26 de enero de 2022 y a partir de esa fecha hasta el día 21 de enero de 2023 le correspondía asumir los pagos a Colpensiones, obligaciones que asumió de forma parcial por cuanto de los elementos obrantes en el plenario se logra extraer que, aún está adeudando la incapacidad **N° 0008289018** generada del 25 de agosto de 2022 al 23 de septiembre 2022; **N° 0008343826** generada del 24 de septiembre de 2022 al 23 de octubre de 2022; **N° 0008602252** generada del 24 de octubre de 2022 al 22 de noviembre de 2022; **N° 0008602292** generada del 23 de noviembre de 2022 al 21 de diciembre de 2022 y **N° 0008687001** generada del 22 de diciembre de 2022 al 20 de enero de 2023.

Frente a este aspecto, la accionada en su informe de tutela únicamente indicó: *“Ahora bien, se evidencia que las Incapacidades posteriores al 24/08/2022 han sido solicitadas por el ciudadano, pero estas no han podido ser reconocidas toda*

⁶ Ley 962 de 2005
⁷ Ley 1753 de 2015

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

vez que no cumplen con los requisitos establecidos en el decreto 1427 y a la fecha no se evidencia que dicho error se subsane. Tenga en cuenta que, Colpensiones, por tratarse de una entidad regida por procesos, está facultada por la Ley para solicitar unos mínimos documentales, máxime, cuando estos requisitos se encuentran contemplados de forma taxativa en la norma.”

Nótese entonces que, Colpensiones mencionó que no se evidencia el cumplimiento de los requisitos establecidos en el *Decreto 1427 de 2022* y que, *en virtud de ello no había procedido con el pago correspondiente a esos periodos, sin embargo debe recordarse que, esta normativa* reglamenta las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se encuentra compuesta por múltiples artículos, sin que se hubiere mencionado específicamente el apartado o el requisito que se ha incumplido y por el cual, en criterio de la accionada no resulta viable efectuar el desembolso monetario.

Bajo ese escenario, sólo resulta claro que, la afiliada cuenta con incapacidades de los meses de agosto de 2022 a enero de 2023 que, según la normativa antes mencionada corresponde solventar al fondo de pensiones por superar los 180 días y no sobrepasar los 540; sin embargo, la entidad responsable asegura que no ha efectuado el pago por no cumplirse los requisitos del decreto que regula la materia, pero ni siquiera señala a cuál presupuesto hace referencia.

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

Lo anterior, deriva en un incumplimiento injustificado de sus obligaciones legales que, se deriva en detrimento de las garantías fundamentales de la accionante.

En virtud de ello, se procederá a ordenar a COLPENSIONES que, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo de tutela, proceda a efectuar el pago de las incapacidades que, se encuentran pendientes de reconocimiento económico.

Ahora, debe señalarse adicionalmente que, con los elementos que obran en el expediente, entre ellos, la demanda de tutela y los anexos remitidos por Nueva Eps se logra establecer que, a la señora Arboleda Gaviria también le fueron expedidas otras incapacidades que no han sido objeto de pago; estas son la **N° 0008834681** del 21 de enero de 2023 al 19 de febrero de 2023; **N° 0008857714** del 21 de febrero de 2023 al 21 de febrero de 2023; **N° 0009049073** del 23 de marzo de 2023 al 19 de abril de 2023; **N° 0009106596** del 20 de abril de 2023 al 19 de mayo de 2023; **N° 0009367492** del 20 de mayo de 2023 al 20 de junio de 2023.

Teniendo en cuenta que, los 540 días de incapacidad se cumplieron el 20 de enero de 2023, resulta acertado concluir que, los mencionados certificados deben ser reconocidos y pagados por la entidad prestadora de salud.

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

Ahora, con la respuesta suministrada por Nueva EPS se advierte que su indisposición para asumir el pago radica en el hecho de que la accionante cuenta actualmente con concepto de recuperación favorable, razón por la cual, según su postura, debe ser el fondo de pensiones el que se haga cargo de esa prestación salarial.

Sobre ese tópico, la Ley 1753 de 2015, estableció en el artículo 67 que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinaran, entre otros: (...) 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. Es así como se fijó la obligación a cargo de las E.P.S. de asumir y pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 540.

Por su parte, el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 27 de julio de 2018 establece que, las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días *“Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico”*

Para la Sala no existe duda que es la Nueva Eps la que debe asumir el pago de las incapacidades objeto de estudio, pues la afiliada lleva

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

incapacitada más de 540 días y fue la misma accionada la que informó que en el mes de noviembre de 2021 su médico tratante expidió concepto de recuperación favorable, es decir que, se cumplen a cabalidad los lineamientos que rigen el asunto.

Conforme con lo antes expuesto, se procederá a ordenarle a **NUEVA EPS** que, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo de tutela, proceda a efectuar el pago de las incapacidades que, se encuentran pendientes de reconocimiento económico y que superen los 540 días de incapacidad.

Finalmente es importante mencionar que, si bien en el histórico de incapacidades figuran las que fueron prescritas hasta junio de 2023, la accionante refirió que, aún se encuentra incapacitada razón por la cual, se le requerirá para que se verifique esa situación y se efectúe el pago de las restantes y de las que se sigan generando hasta que, recupere sus condiciones de salud o se defina su situación pensional.

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

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia y, su lugar **AMPARAR** el derecho fundamental al mínimo vital de la señora Alfia Nelly Arboleda Gaviria.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - que, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo de tutela, proceda a efectuar el pago de las incapacidades que, se encuentran pendientes de reconocimiento económico: **N° 0008289018** generada del 25 de agosto de 2022 al 23 de septiembre 2022; **N° 0008343826** generada del 24 de septiembre de 2022 al 23 de octubre de 2022; **N° 0008602252** generada del 24 de octubre de 2022 al 22 de noviembre de 2022; **N° 0008602292** generada del 23 de noviembre de 2022 al 21 de diciembre de 2022 y **N° 0008687001** generada del 22 de diciembre de 2022 al 20 de enero de 2023.

TERCERO: Se **ORDENA** a **NUEVA EPS** que, dentro del mismo término, proceda a efectuar el pago de las incapacidades que, se encuentran pendientes de reconocimiento económico y que, le corresponde en el marco de sus competencias asumir: **N° 0008834681** del 21 de enero de 2023 al 19 de febrero de 2023; **N° 0008857714** del 21 de febrero de 2023 al 21 de febrero de 2023; **N° 0009049073** del 23 de marzo de 2023 al 19 de abril de 2023;

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

N° 0009106596 del 20 de abril de 2023 al 19 de mayo de 2023; **N° 0009367492** del 20 de mayo de 2023 al 20 de junio de 2023.

Se le insta para que, efectúe el pago de aquellas que se encuentren pendientes y superen los 540 días de incapacidad. Así mismo de las que sigan generando hasta que, recupere sus condiciones de salud o se defina su situación pensional.

CUARTO: SE DISPONE que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

N° Interno : 2024-0047-4
Radicado : 05 034 31 04 001 2023 00141
Accionante : Alfia Nelly Arboleda Gaviria
Accionado : Colpensiones y Nueva E.P.S.
Decisión : Revoca

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **ae6b0a23e6f5d7e4bb2f76e1e7853fe41a9cef332c0fd090058df4cfd9cf70ba**

Documento generado en 07/02/2024 02:37:37 PM

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

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

Medellín, febrero siete del año dos mil veinticuatro

Por ser un deber del juez de tutela y con el fin de esclarecer puntos indefinidos en el presente trámite constitucional, se hace necesario decretar la siguiente prueba de oficio:

Oficiar al director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Apartadó (Antioquia), para que informe puntualmente a esta Magistratura si cuenta con la notificación realizada al sentenciado Anderson Restrepo Londoño del auto N 220 del 5 de febrero de 2024 proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, por medio del cual negó al sentenciado la libertad condicional; de ser la respuesta afirmativa, deberá proporcionar a este despacho la constancia de notificación al señor Restrepo Londoño.

Notifíquese este auto al establecimiento vinculado y solicítese que en el término de **OCHO (08) HORAS HÁBILES**, contadas a partir del momento en que reciba la presente comunicación, suministre la información requerida.

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

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

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

Código de verificación: **4b9f4ed40fd4438431af1a2e3f883b5fe2d13ce1a4713292b033052793c32baa**

Documento generado en 07/02/2024 11:10:04 AM

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

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

Medellín, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Nº Interno	:	2023-1934-4
		Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05 318 61 00127 2016 80900
Acusado	:	Mauricio Ramón Durango Montoya
Delito	:	Violencia intrafamiliar agravada
Decisión	:	Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 038

M.P. JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera el acusado MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral (Antioquia), el 16 de agosto de 2023, a través de la cual se le condenó como autor del delito de Violencia intrafamiliar agravada en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena privativa de la libertad de setenta y ocho (78) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Se le negó la concesión del subrogado penal y el sustituto de la prisión domiciliaria, ordenando su captura inmediata.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

De acuerdo con el escrito de acusación, entre la señora OMAIRA PATIÑO ORTÍZ y el señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA existía una unión marital de hecho, producto de esa relación procrearon dos hijos menores de edad, entre ellos, E.D.P.

El 16 de noviembre de 2016 aproximadamente sobre las 19:00 horas, la señora PATIÑO ORTÍZ arribó a la vivienda familiar –localizada en el municipio de Guarne, Antioquia– en compañía de sus dos hijos; sin embargo, cuando el señor DURANGO MONTOYA observó el corte de pelo de E.D.P., se molestó porque según éste, ese tipo de cortes afectaba la masculinidad del niño, motivo por el cual comenzó a insultarlo advirtiéndole que ese corte era “de marica”, situación que provocó la intervención de OMAIRA, quien a su vez fue agredida por su compañero estrujándola y tirándola contra la pared, seguidamente MAURICIO tomó al niño y lo rapó.

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

El 12 de mayo de 2017 –tal y como se desprende del audio– se llevó a cabo ante Juez de control de garantías, audiencia de imputación, en la que se formuló cargos al señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA por el delito de Violencia intrafamiliar consagrado en el art. 229 inc. 2º, por haberse cometido en contra de una mujer y de un menor de edad,

en concurso sucesivo y homogéneo, sin que se allanara a los cargos.

Posteriormente, el 24 de octubre de 2017 se llevó a cabo ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Guarne (Ant.) audiencia de formulación de acusación; no obstante, previo a la instalación de la audiencia preparatoria, el 18 de enero de 2018 la defensa solicitó preclusión, la cual fue decidida negativamente en diligencia del 28 de febrero siguiente. Así las cosas, y después de múltiples aplazamientos, y asumido el conocimiento por el Juzgado primero penal municipal de Rionegro (Ant.) el 27 de junio de 2018 se celebró audiencia preparatoria; sin embargo, luego de varios impedimentos invocados por los dos juzgados penales municipales de Rionegro (Ant.), y resuelto el conflicto de competencias por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.), una solicitud de vigilancia administrativa y una acción constitucional, estas dos últimas impetradas por la defensa, el 17 de junio de 2021 finalmente avocó conocimiento el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral (Ant.).

A continuación, la celebración del juicio oral estuvo enmarcado por múltiples solicitudes de aplazamiento, acciones de tutela, nulidades, recusaciones, entre otras, impulsadas por los representantes de la defensa y por el mismo acusado; por lo tanto, las diferentes sesiones de juicio oral que en efecto fueron materializadas, ocurrieron el 8 de noviembre de 2018, 5 de octubre de 2022, 28 de marzo y 10 de mayo de 2023, culminando en esta última fecha con sentido de fallo condenatorio; el 2 de junio siguiente, se celebró audiencia de

individualización de pena, fecha en la cual el procesado solicitó una nulidad por violación al derecho de la defensa técnica, la cual fue resuelta mediante auto del 11 de agosto de 2023 y confirmada el 10 de octubre siguiente. La sentencia se leyó el 16 de agosto del mismo mes y año, siendo impugnada y sustentada posteriormente por el acusado, concediéndose el recurso ante este Tribunal en el efecto suspensivo.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En el proveído que puso fin a la primera instancia, la Juez condenó al acusado MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA, al considerar que de las pruebas allegadas a juicio se podía concluir que existía convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del hecho y la responsabilidad penal del procesado.

Partió la *A quo* de hacer la enunciación de las estipulaciones, de los elementos materiales y de los testimonios escuchados en juicio, así como de describir las razones por las cuáles en auto previo, denegó la solicitud de nulidad deprecada por el procesado, por considerar que en este caso se garantizó en todo momento el derecho defensa del señor DURANGO MONTOYA.

Explicó la falladora que, en el caso concreto, el procesado con su actuación sobrepasó los límites correctivos que por ley le están permitidos adoptar a los padres, los cuales no

pueden ser arbitrarios, ni corresponder a castigos desproporcionados. Advirtió que, las declaraciones de las víctimas fueron coherentes y con ello quedó probado la violencia que se suscitó al interior del hogar de la familia DURANGO PATIÑO; así como las lesiones sufridas por la víctima la señora OMAIRA PATIÑO, la cual fue objeto de estipulación probatoria; de igual manera, indicó que quedó establecido el móvil que provocó el comportamiento del procesado; así como las agresiones que infligió MAURICIO en contra de su hijo E.D.P ese 16 de noviembre de 2016.

Indicó adicionalmente la Juez de primera instancia que se estaba, por lo tanto, ante un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Por lo que, al momento de dosificar la pena, se ubicó en el extremo mínimo del primer cuarto, esto es, setenta y dos (72) meses de prisión, incrementado en seis (6) meses más por el concurso, en virtud de la conducta desplegada en contra del menor E.D.P.; denegando adicionalmente, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, ordenando la captura inmediata del procesado.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Durante el término legal establecido, el señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA presentó escrito de apelación manifestando su desacuerdo con relación a la decisión que negó la nulidad invocada por violación al derecho de defensa –solicitud presentada por el procesado después de emitido el

sentido del fallo y previa instalación de la audiencia del art. 447 del CPP, petición que fue resuelta por la Juez antes de dar lectura a la sentencia–, así como contra la decisión de primera instancia que declaró su responsabilidad penal.

En cuanto a la nulidad, argumentó lo siguiente:

- No se informó que sucedió con el expediente físico, faltando piezas procesales fundamentales.
- La Juez de primera instancia impuso un abogado de la defensoría pública que no salvaguardó sus derechos, viéndose obligado a interponer sus propios recursos.
- El abogado que fue nombrado por la defensoría, reconoció en la audiencia que carecía de la totalidad de los elementos materiales probatorios. Dicha situación fue incluso reconocida por la coordinadora de la Defensoría que asistió a varias audiencias en calidad de supervisora.
- Su abogado contractual, JHON FABER ARIAS MONTOYA, advirtió la necesidad de invocar una nulidad desde la audiencia preparatoria, y como consecuencia de ese hecho, fue retirado del proceso. No obstante, posterior a que su defensor fuera expulsado del trámite, la sala disciplinaria, lo absolvió, por lo que ello demuestra lo perjudicado que ha resultado con las decisiones de la primera instancia.
- No pudo seleccionar libremente un abogado que representara sus derechos.

- La Juez de primera instancia se abstuvo de verificar si hubo una violación al derecho de defensa técnica, concentrándose en el número de defensores que pasaron por el proceso, validando la representación a través de un abogado de la defensoría pública. Fue justamente la multiplicidad de defensores en diferentes etapas del proceso las que afectaron la defensa técnica.

- Se vulneró el principio de congruencia y también el de defensa porque se le condenó por un delito de Violencia intrafamiliar agravado por el que no había sido imputado ni acusado.

- El Juez no se pronunció sobre la prueba documental que fue decretada en la audiencia preparatoria, como por ejemplo la pericial que daba cuenta de las relaciones familiares DURANGO PATIÑO, la prueba de certificación en base de datos de la Unidad de atención y reparación integral, las certificaciones de asistencia a cursos de pautas de crianza adecuada y resolución de conflictos emitidas por la Comisaria de Familia, toda vez que estas fueron omitidas por el defensor nombrado para ser incorporadas al juicio.

- Los dos testimonios del menor afectan las formas propias del juicio.

- Le otorgó poder al abogado VALDERRAMA para actuar en la diligencia de juicio oral, sin embargo, el Juez haciendo uso del art. 139 del CPP, rechazó el

nombramiento pese a que el poder se otorgó en la audiencia y el abogado estaba presente.

- No pudo concluir su intervención cuando sustentó la nulidad, porque no se le permitió presentar las pruebas que soportaban la petición.

Por lo anterior, considera que se ha vulnerado su defensa técnica y se debe declarar la nulidad.

En cuanto al recurso de apelación respecto de la sentencia condenatoria, explicó que:

- No es suficiente con demostrar la existencia del delito, sino también la responsabilidad penal del procesado.

- La Juez profirió condena por el delito de Violencia intrafamiliar agravada en concurso; sin embargo, ni la agravación ni el concurso fueron tenidos en cuenta ni en la imputación ni en la acusación.

- La Juez asegura que los hechos ocurrieron en el municipio de Guarne, vereda “La Clara”, sin embargo, después del desplazamiento forzado la familia no tenía ninguna residencia establecida.

- Nunca fue citado a la audiencia de acusación, por lo tanto, desconoce el escrito de acusación y los delitos por los que se le acusó, así como los elementos

probatorios presentados. Tampoco fue citado a la audiencia de alegatos iniciales, no sabe cuál fue la teoría del caso presentada por la Fiscalía.

- El abogado adscrito a la defensoría pública en la audiencia de lectura de sentencia se abstuvo de apelar la sentencia condenatoria y no le brindó ninguna asesoría posterior.

- El proceso que se le adelantó se hizo bajo los rituales del procedimiento abreviado, afectando el debido proceso y la doble incriminación, ya que hubo un proceso simultaneo con la fiscalía 113 local de Medellín y otro ordinario con la Fiscalía 62 local de Guarne.

- La Fiscalía solo presentó a las dos víctimas en el juicio oral, renunciado a las demás pruebas decretadas.

- En las estipulaciones no se debe tener en cuenta la valoración médica que se hizo a la señora OMAIRA PATIÑO, porque es un documento y no un hecho, además esa estipulación no fue pactada ni en la audiencia preparatoria ni se decretó como prueba para refrescar memoria. De igual manera las comunicaciones entre las víctimas sobre el régimen de visitas tampoco fueron decretadas como prueba en la audiencia preparatoria, ni tampoco la historia clínica de las atenciones médicas al menor se había pactado en la preparatoria, aunque esta última hacía parte del decreto probatorio.

- Se valoró erróneamente el testimonio de la señora OMAIRA PATIÑO, toda vez que no se tuvo en cuenta las contradicciones en las que incurrió la testigo. Además, no es cierto que el menor o la declarante hubiesen sido golpeados.

- La Juez de primera instancia no hizo una valoración en conjunto de las pruebas presentadas, dando credibilidad a las víctimas sin motivación alguna, aunado a que tampoco se tuvo en cuenta las estipulaciones probatorias.

- En el manual de convivencia de la institución donde estudia el niño, se establecen unas normas relacionadas con el corte de cabello, por lo que no se puede ir en contravía de tales reglas, además la abuela no es la acudiente del menor para que se atribuya un permiso de corte de cabello inadecuado. Por lo tanto, el Juez se apartó del derecho que tienen los padres sobre la formación de sus hijos, dejando un mensaje negativo, tanto en la justicia como en la juventud.

- Se desconoció su derecho a la defensa técnica y su representante no incorporó la totalidad de las pruebas decretadas en la audiencia preparatoria.

- En el delito de Violencia intrafamiliar no es posible que se configure el concurso de conductas punibles, el delito es uno solo sin importar cuántos integrantes del grupo familiar resulten afectados.

Por lo anterior, solicita se declare la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, o subsidiariamente,

se revoque la decisión de primera instancia y se le absuelva por el delito endilgado.

6. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Durante el traslado correspondiente, ninguno de los no recurrentes se pronunció al respecto.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso de apelación interpuesto por el procesado, el señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA, de conformidad con lo previsto en los artículos 34 numeral 1º, 176 inciso final, y 179, Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Desde esta perspectiva, la Sala debe determinar, por una parte, si en el presente caso procede la declaratoria de la nulidad que fue resuelta por medio de auto del 11 de agosto de 2023 y confirmada por la Juez de primera instancia el 10 de octubre siguiente, tal y como lo invoca el recurrente, por haberse vulnerado el derecho de defensa técnica; y por otra, si en la sentencia que se revisa se incurrió en una indebida valoración probatoria, que hubiese determinado injustificadamente la condena del señor DURANGO MONTOYA, tal y como lo pregonaba el apelante.

Sea lo primero aclarar, que pretende el impugnante se resuelva el recurso de apelación impetrado en contra del auto proferido por la *A quo* el 11 de agosto de 2023, a través del cual le fue denegada la solicitud de nulidad invocada por el procesado y que fue presentada posterior a la sustentación de los alegatos de conclusión y de la emisión del sentido del fallo –que tuvo lugar en la audiencia del 10 de mayo de 2023– decisión frente a la que el señor DURANGO MONTOYA presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación, reposición que fue resuelta por la falladora mediante auto del 10 de octubre siguiente, confirmando la negativa de nulidad de la actuación, concediendo por lo tanto, el recurso de apelación, el cual fue sustentado por el acusado en la primera parte del escrito en el que manifestó su desacuerdo respecto de la sentencia condenatoria.

No obstante, lo anterior, esta Magistratura considera que no podrá pronunciarse respecto del recurso de apelación impetrado en contra del auto que resolvió y confirmó la negativa de nulidad por presunta violación al derecho de defensa técnica, esto por cuanto la Juez de primera instancia llevó a cabo una actuación irregular resolviendo una nulidad que debió ser sustentada en los alegatos de conclusión, y, por lo tanto, decidida en la sentencia de primera instancia. Tal y como se acaba de mencionar, la nulidad fue invocada y sustentada después de haber sido anunciado el sentido del fallo; por ende, a la Juez de primera instancia le estaba vedado dar trámite a tal solicitud.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia AP 2266 de 2018, de

conformidad con lo consagrado en los artículos 10 y 139 de la Ley 906 de 2004, recordó que el rechazo de plano es “el instrumento jurídico dispuesto por el legislador frente a solicitudes impertinentes en orden a evitar dilaciones injustificadas de la actuación “y otras consecuencias que afecten la recta y eficaz administración de justicia”.

La pacífica jurisprudencia de la Corte ha señalado que sin desconocer los derechos y garantías procesales, el ordenamiento dispone el “rechazo de plano” para las solicitudes impertinentes, no obstante que su *nomen iuris* revista trascendencia, en el entendido que lo impertinente o inconducente no es sinónimo de “sin importancia, inane o intrascendente”, sino que el rechazo de plano es el remedio que procede cuando la solicitud por el momento procesal es a todas luces improcedente e impertinente, cuando como en este caso se pretende la nulidad del proceso en un escenario procesal extemporáneo y con argumentos propios de un recurso de apelación contra la futura sentencia condenatoria anunciada.

Por lo tanto, esta Sala se abstendrá de resolver el recurso de apelación en contra del auto que fue irregularmente proferido por la Juez de primera instancia, el 11 de agosto de 2023 y confirmado el 10 de octubre siguiente. No obstante, se aclara que atendiendo a que el procesado dentro del recurso de apelación respecto de la sentencia que declaró su responsabilidad penal por el delito de Violencia intrafamiliar agravado en concurso sucesivo y homogéneo, hizo alusión a que, en el presente caso, le fue vulnerado su derecho a la defensa

técnica, esta Colegiatura se pronunciara sobre ese aspecto como objeto de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, atendiendo a la multiplicidad de argumentos esbozados por el impugnante en su escrito de apelación –que por demás resultó denso y desordenado– en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia, y en aras de brindar un orden coherente a esta providencia, esta Magistratura agrupara los temas –muchos de los cuales resultaron reiterativos– para brindar una respuesta completa y concreta a las presuntas inconsistencias aducidas por el recurrente. Así las cosas, en primer lugar, vamos a referirnos a la posible vulneración del derecho a la defensa técnica; en segundo lugar, haremos alusión a la congruencia entre la imputación, la acusación y la sentencia, así como al concurso de conductas punibles en el delito de Violencia intrafamiliar; en tercer lugar, a la supuesta infracción del principio de *non bis in idem* o doble enjuiciamiento; y por última a la valoración probatoria que hiciera la Juez de primera instancia para declarar la responsabilidad penal del señor DURANGO MONTOYA .

1. En cuanto a la vulneración del principio de defensa técnica.

Insistió el recurrente en varios apartes de la sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria, que en el presente caso le fue vulnerado el derecho a la defensa técnica en el entendido, que no se le permitió que fuera representado por un apoderado de confianza, imponiéndole uno de la defensoría pública.

Sea lo primero advertir, que este proceso estuvo cargado por un sinnúmero de eventualidades dilatorias, muchas de las cuales fueron promovidas por los defensores contractuales del señor DURANGO MONTOYA. Así entonces, se interpuso por parte del acusado y de su abogado de confianza: 6 acciones constitucionales; 1 vigilancia administrativa; 2 recusaciones –una en contra de la Fiscal y otra en contra del Ministerio Público–; 2 nulidades; entre otras, aunado a los múltiples derechos de petición y solicitudes de aplazamiento de las audiencias que fueron causadas por los apoderados contractuales, lo que conllevó incluso a que se les ordenara compulsar copia ante la Sala disciplinaria; además de la actitud hostil demostrada por estos juristas y por el mismo procesado que no permitían el desarrollo normal de las diligencias, interviniendo aún en contra de las disposiciones de la Juez –escúchese solo a modo de ejemplo, entre muchas, las diligencias del 24 de agosto y 10 de noviembre de 2021, 4 de abril y 22 de noviembre de 2022 y 30 de enero de 2023–.

La insistencia del recurrente, respecto a que en el presente caso le fue vulnerado su derecho a la defensa técnica porque no se le permitió continuar con una defensa contractual, tiene su origen en lo acaecido en la diligencia del 8 de febrero de 2023, con algunos antecedentes previos a los que nos referiremos a continuación.

El señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA estuvo representado durante todo el proceso y hasta después de iniciado el juicio oral, por abogados que fueron

designados por la Defensoría pública; sin embargo, en diligencia del 27 de noviembre de 2019 se le reconoció personería jurídica a su abogado contractual, el profesional JHON FABER ARIAS MONTOYA, a quien en virtud del poder correccional que le asiste a los jueces de la república, en diligencia del 4 de abril de 2022, la Juez *A quo*, debido a los comportamientos dilatorios promovidos por la defensa, decidió removerlo de su función y ordenó compulsar copias disciplinarias ante la autoridad competente.

Es por lo anterior, que el señor DURANGO MONTOYA después de haber interpuesto una acción de tutela en contra de esa decisión, la cual fue declarada improcedente, acudió a la siguiente diligencia del 26 de octubre de 2022, acompañado por un nuevo defensor contractual, el abogado LUIS EDUARDO VACA PALACIOS, apoderado que continuó bajo una línea similar a la de su antecesor, es decir, entorpeciendo las diligencias, motivo por el cual ante su inasistencia a una de las audiencias – del 17 de enero de 2023– sin presentar previamente la debida incapacidad médica, se le ordenó compulsar copias disciplinarias ante el órgano competente; por lo tanto, ante su desacuerdo con dicha decisión, en la diligencia del 30 de enero de 2023 presentó renuncia a su cargo.

Fue así, como ante la renuncia de este abogado contractual, la Juez una vez más, se vio avocada a suspender la diligencia, ordenando a la Defensoría pública se le nombrara al procesado un defensor, previa consulta que se le hiciera por escrito al señor DURANGO MONTOYA respecto de si contaba o no con nuevo apoderado, pues de ser así lo debería

poner en conocimiento del Despacho, sin embargo, éste guardó silencio, y por ende, se le designó uno adscrito a la Defensoría pública, quien además ya había actuado con anterioridad en este proceso.

No obstante, instalada la audiencia del 8 de febrero de 2023, en presencia del defensor público que le había sido designado días antes, el señor DURANGO MONTOYA, acudió con un defensor de confianza quien de plano y antes de que se le reconociera personería jurídica, solicitó la suspensión de la diligencia hasta tanto pudiera estudiar el caso; sin embargo, la Juez en virtud de sus deberes como directora del proceso y atendiendo a los antecedentes que se han venido describiendo, en aras de evitar que se siguiera dilatando de forma desmedida el proceso, rechazó el nombramiento del abogado contractual, dejando en firme el reconocimiento del defensor público.

Pese a esta decisión, el señor DURANGO MONTOYA se mostró inconforme con el nombramiento del defensor público que le había sido designado, en contra de quien según adujo en la misma diligencia, ya había interpuesto una queja que requirió de la vigilancia de la Coordinadora de la Defensoría Pública, conllevando una vez más a la suspensión del proceso; por tal motivo, y en aras de garantizar una defensa adecuada, en la audiencia del 16 de marzo de 2023 le fue reasignado un nuevo defensor público, apoderado que llevó a cabo la práctica de las pruebas de la defensa, así como la sustentación de los alegatos de conclusión.

De lo dicho hasta el momento, se vislumbra un interés por parte del procesado y de sus defensores contractuales de entorpecer y dilatar el proceso, bajo reclamaciones que no tuvieron éxito ni siquiera en la instancia constitucional. Por lo tanto, no podría decirse que la decisión adoptada por la Juez de primera instancia resulta adversa al derecho de defensa técnica, pues, por el contrario, siempre se le garantizó al procesado contar un apoderado, bien fuera, contractual o de la Defensoría Pública.

Se condeale adicionalmente el impugnante, que el último de sus defensores no presentó en juicio a todos los testigos, ni incorporó la totalidad de la prueba documental que había sido decretada en la audiencia preparatoria; sin embargo, se le aclara que, ello no es equivalente de una vulneración a la defensa técnica, sino que obedece a una estrategia defensiva válida, toda vez que no todo lo que se admite en la audiencia preparatoria debe ser presentado en juicio. Y es como bien lo explicara en la diligencia del 28 de marzo de 2023 el defensor del señor DURANGO MONTOYA (escúchese audio del 28-03-2023, parte uno, entre las 2 horas 34 minutos 47 segundos a 2 horas 37 minutos 16 segundos, y que fue reiterado en la segunda parte del audio), a parte del investigador HORACIO JIMÉNEZ PINZÓN, los demás testigos y prueba documental no aportaban a la teoría del caso, ni coadyuvaban a demostrar la inexistencia del hecho objeto de este proceso, ni la inocencia de su representado, por lo tanto, decidió desistir de la presentación de otras pruebas.

Así entonces, no se puede decir que en el *sub judice*, al acusado se le hubiese vulnerado el derecho a la defensa técnica, la cual le fue garantizada tanto en las audiencias

preliminares como en las de juzgamiento. Y es que la Judicatura no puede tolerar, tal y como lo pretende el impugnante, sabotajes al proceso que no solo van en contravía de los derechos de las víctimas, sino también, del propio procesado quien necesita de una pronta actuación por parte de la administración de justicia para que le sea resuelta cuanto antes su situación jurídica.

Ahora bien, que el defensor público no hubiese interpuesto recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria, en ningún momento resulta contrario al derecho de defensa y ni de contradicción, toda vez que el procesado de forma autónoma tenía la potestad de interponer, tal y como lo hizo, el respectivo recurso. Sobre este asunto ha interpretado la H. Corte Suprema de Justicia en AP826-2018, rad. 51853 05-09-2018, lo siguiente:

Debe entenderse que tanto el apoderado judicial como las personas procesadas pueden optar por distintas vías para ejercer el derecho a la defensa y actuar en conjunto, o separadamente, y así oponerse a las pretensiones punitivas de la Fiscalía, a la solicitud de pruebas, así como en la controversia de aquellas que se alleguen o en la presentación de alegatos, recursos, etc. (Cfr. CC T-1137/04).

Así las cosas, esta Sala reitera que en el presente caso no hubo afectación al derecho a la defensa técnica, y, por ende, no hay lugar a la declaratoria de nulidad alguna.

2. En cuanto a la congruencia entre la imputación, la acusación y la sentencia.

Alega el recurrente, que los cargos formulados en su contra, desde la audiencia de imputación y confirmados en la acusación, lo fue únicamente por el delito de Violencia intrafamiliar; sin embargo, aduce que la Juez Primero Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral (Ant.) decidió de forma arbitraria modificar la calificación y condenarlo por un delito de Violencia intrafamiliar agravado.

Respecto de este punto, debe decirse en primer lugar, que no comprende esta Magistratura las razones que llevan al señor DURANGO MONTOYA a negar su presencia durante las diligencias de imputación, acusación y el inicio del juicio oral, afirmando que nunca fue citado, desconociendo los cargos formulados en su contra, toda vez que, de los audios de estas diligencias, se desprende su participación activa en cada una de las audiencias, 12 de mayo de 2017, 24 de octubre de 2017 y 8 de noviembre de 2018, respectivamente.

Aclarado este asunto, y revisada con atención la audiencia de imputación (min. 7:26 a 8:40 del audio del 12-05-2017), se desprende sin ningún asomo de duda que la Fiscal 62 local del municipio de Guarne, imputó cargos al señor DURANGO MONTOYA por el delito de Violencia intrafamiliar art. 229 inc. 2º en concurso homogéneo y sucesivo, dado que la conducta desplegada recayó en contra de su compañera y de su hijo menor de edad. Y es que estos cargos, fueron confirmados en igual sentido tanto en el escrito de acusación como en la verbalización

de ésta (min. 14:55 a 17:02 del audio del 24-10-2017) escrito que, conforme a lo expresado por la defensora del acusado en aquel momento, era conocido tanto por ella, como por su representado (min. 4:35 a 4:45 del audio del 24-10-2017).

Así entonces, lo que hay que aclararle al procesado es que la Fiscalía siempre le imputó cargos por el delito de Violencia intrafamiliar art. 229 inc.2º en concurso homogéneo y sucesivo, lo que significa que al ubicar su comportamiento en el inc. 2º de la referida norma, la conducta se halla agravada, pues tal y como se le explicó en diferentes escenarios, ésta fue cometida en contra de una mujer y de un menor de edad; por lo tanto, la Juez de primera instancia no incurrió en ninguna irregularidad al momento de decidir sobre la responsabilidad penal del señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTAYA, condenándolo por el punible de Violencia intrafamiliar agravado, es decir, por el art. 229 inc. 2º del CP en modalidad de concurso homogéneo y sucesivo.

Por tal motivo, esta Colegiatura no observa que, en el presente caso, se hubiese vulnerado el principio de congruencia, ni mucho se le hubiese sorprendido al procesado en la sentencia con un delito por un cargo diferente al imputado o acusado. Por lo tanto, esta Sala rechaza el motivo de disenso presentado por el recurrente.

Ahora bien, para finalizar, también vale la pena explicarle al impugnante, que en el delito de Violencia intrafamiliar -en este caso, agravado- es factible el concurso de conductas punibles, pues si bien es cierto, en los tipos penales descritos en

la parte especial del Código Penal, solo se describe una sola conducta, por disposición del art. 31 de la misma legislación, se admite el concurso de conductas punibles, como cuando una persona con varias acciones infringe la misma disposición, es por ello, que en el presente caso, se habló de un concurso sucesivo y homogéneo -desde la imputación-, toda vez que como lo veremos más adelante, las actuaciones del señor DURANGO MONTOYA estuvieron orientadas a agredir a dos personas de su núcleo familiar, por una parte a su excompañera OMAIRA PATIÑO ORTÍZ, y por otra a su hijo E.D.P., es decir, que aunque se trata del mismo delito, se produjeron dos acciones y dos resultados, lo que permite hablar de un concurso.

3. Afectación del principio *non bis in idem*

Considera el señor MONTOYA DURANGO, que, en el presente caso, se están adelantado dos procesos por el mismo hecho, uno direccionado ante la Fiscalía 62 local del municipio de Guarne, y otro a través de la Fiscalía 113 local seccional de Medellín, uno bajo el trámite ordinario, y el otro, por procedimiento penal abreviado.

Respecto de este asunto, habrá que decir que al proceso objeto de este recurso se le otorgó el CUI 05 318 61 00127 2016 80900 -sin que a la fecha hubiese cambiado- y siempre ha sido tramitado bajo el procedimiento ordinario de la Ley 906 de 2004, tal y como lo ha descrito incluso el mismo procesado en sus múltiples intervenciones cuando ha hecho alusión a las diversas etapas procesales que han orientado esta causa, y esto, teniendo en cuenta que los hechos que

provocaron este trámite, ocurrieron antes de la entrada en vigencia del procedimiento especial abreviado, es decir, el 16 de noviembre 2016.

Ahora bien, desconoce esta Magistratura, dado que no ha sido demostrado, que sobre los hechos objeto de este proceso, se estén adelantado otras investigaciones que versen justamente sobre lo ocurrido el 16 de noviembre de 2016, como para afirmar que en efecto estamos ante una vulneración del principio del *non bis in idem*. Por lo tanto, esta Sala no acogerá el argumento propuesto. Y si bien es cierto, no se puede desconocer que la Juez de primera instancia en su providencia mencionó la Fiscalía 113 Local de Medellín, ello obedeció a un error de digitación, pues la sentencia conservó el mismo CUI, descuido que para nada resulta relevante ni tampoco conlleva a considerar que exista un doble juzgamiento, como lo pretende hacer creer el recurrente.

4. La valoración probatoria y el derecho de corrección.

Consideró el apelante que la Juez de primera instancia, incurrió en un yerro al momento de realizar la valoración probatoria que finalmente derivó en una sentencia condenatoria en su contra por el delito de Violencia intrafamiliar agravado -art. 229 inc.2º- en concurso homogéneo y sucesivo; por una parte, porque se atendieron estipulaciones probatorias que no fueron decretadas en la audiencia preparatoria; por otra, porque se desatendieron las incongruencias en las que incurrieron los testimonios de su excompañera, la señora

OMAIRA PATIÑO ORTÍZ, y el de su hijo E.D.P.; y por último, porque se desconoció el derecho de corrección que tienen los padres respecto de sus hijos.

Del material probatorio presentado en el juicio, quedó demostrado sin dubitación alguna, que los hechos que dieron origen a este proceso, tal y como se mencionó en líneas atrás, tuvieron ocurrencia el pasado 16 de noviembre de 2016, en la vereda “La Clara” localizada en el municipio de Guarne (Ant.). Y es que sobre el lugar donde acaeció el conflicto, no existe vacilación, toda vez que ello no fue producto de la imaginación de la *A quo* como lo insinúa el recurrente, sino que así lo expusieron en su declaración en juicio, las víctimas de este proceso, es decir, la señora OMAIRA PATIÑO ORTÍZ y el menor E.D.P.

Este proceso contó con prueba directa que provino justamente de las dos personas que soportaron las agresiones física y emocional del señor DURANGO MONTOYA, quien atentó contra el bien jurídico de la armonía y la unidad familiar. Y es que fueron unísonos e inequívocos, tanto la señora PATIÑO ORTÍZ como el menor E.D.P, cuando relataron que ese 16 de noviembre de 2016 finalizando la tarde, arribaron a la casa familiar, y el niño E.D.P. -quien en ese momento contaba con 6 años- llevaba un nuevo corte de pelo, que llevó a que su padre, el señor MAURICIO RAMÓN, reaccionara de forma agresiva y desproporcionada, mostrando el desprecio inmediato por el motilado de su hijo, a quien sin dudarle le expresó “que ese corte era de mariquita” reiterándole una y otra vez el insulto, por lo que la madre del menor al tratar de intervenir y calmar al acusado, fue

estrujada en dos oportunidades por éste, uno contra la pared y otra contra la cuna de la niña de pocos meses de nacida, provocando lesiones en la cabeza y en el codo; no obstante, no satisfecho con la agresión física hacía OMAIRA, y verbal en contra del niño, el acusado tomó por la fuerza a E.D.P. y lo rapó mientras le gritaba que ahora si quedaría como un “varón”.

Y es que, aunque el recurrente ha sido incisivo en señalar que el testimonio de la señora PATIÑO ORTÍZ es contradictorio, para esta Sala este se compadece en sus partes esenciales, con la versión que diera en juicio el menor E.D.P., es decir, con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que acaecieron los hechos, sin que se vislumbren incongruencias entre un testimonio y otro, y aunque en el testimonio del menor éste no mencionó -seguramente por el transcurso del tiempo, es decir 6 años después- como si lo hiciera la señora PATIÑO ORTÍZ, que su padre adicionalmente le pegó con una correa, lo que si quedó completamente establecido en estos dos testimonios, fueron los insultos del procesado hacía su hijo y la forma en que lo tomó para revertirle el corte de pelo, comportamiento más que suficiente para demostrar el asedio y el maltrato psicológico al que fue sometido E.D.P. por parte de su padre.

Asimismo, se hace preciso aclarar que la única versión de E.D.P. que puede ser valorada, es aquella que rindiera el 5 de octubre de 2022, y no la inocua del 8 de noviembre de 2018 y que la Juez de primera instancia, mediante auto del 13 de febrero de 2020 dejó sin efectos por fallas en el audio el cual

resultó inaudible, ordenando la reconstrucción del testimonio del menor, declaración que después de múltiples aplazamientos, pudo practicarse finalmente en la fecha antes mencionada. Adicionalmente, se advierte que tal y como lo ordena el Código de Infancia y Adolescencia, en la diligencia del 5 de octubre de 2022 el menor estuvo acompañado por la comisaria de familia y por una psicóloga autorizada por la entidad, a través del cual se revisó y ajustó el cuestionario presentado por las partes, sin que ello genere una irregularidad en la actuación por no haber estado presente un defensor de familia, pues ante la falta de éste, la comisaria se encuentra legitimada para asistir a los menores en este tipo de diligencias.

Por otra parte, la estipulación probatoria respecto de las conclusiones a las que llegara el médico legista que atendió a la señora PATIÑO ORTÍZ el 22 de noviembre de 2016, confirma que esta fue víctima de una lesión contundente, provocado a través de un mecanismo traumático que le produjo una incapacidad médico legal sin secuelas de 6 días. Y es que, aunque el recurrente rechaza que se tenga por probado este hecho que fue objeto de estipulación -no el documento que la soporta-, porque no fue fijado desde la audiencia preparatoria, habrá que decir que no le asiste razón, toda vez que, si bien es cierto, la audiencia por naturaleza para fijar estipulaciones es la preparatoria, no existe impedimento alguno para que la Fiscalía y la defensa pacten acuerdos adicionales, tal y como ocurrió, en el presente caso.

Al respecto ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia (CSJ SP 7956-2016, rad. 47666 del 15-06-2016):

Aunque la audiencia preparatoria constituye el escenario legalmente previsto para que las partes celebren estipulaciones, nada se opone a que tales acuerdos se realicen con posterioridad a esa diligencia, concretamente, durante el juicio oral. No existe una disposición que lo proscriba y, tratándose de un proceso de partes y de un acuerdo bilateral que se configura por la concurrencia de las voluntades libres de la Fiscalía y la defensa, no puede seguirse de ello afectación o menoscabo del debido proceso probatorio para ninguna de las partes e intervinientes.

Y es que en el caso concreto, si bien le asiste razón al impugnante cuando advierte que la estipulación sobre la conclusión a la que llegó el medico legista, no fue establecida en la audiencia preparatoria, en la instalación de la audiencia del juicio oral -8 de noviembre de 2018-, tanto el Fiscal como la defensa, fijaron entre otras, sin que en el audio se escuche oposición alguna por parte del procesado, que la señora OMAIRA PATIÑO ORTÍZ había sido atendida por médico legista, quien concluyó que aquella había sufrido lesiones con una incapacidad de 6 días, por tal motivo, en este momento procesal, no hay lugar a retractación sobre lo pactado, toda vez que las estipulaciones son incontrovertibles (CSJ Sala Penal Auto 41505 de 11-11-2013)

De lo anterior, es decir, tanto de los testimonios de la señora PATIÑO ORTÍZ como del menor E.D.P., se desprende como el señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA agredió a su entorno familiar, por una parte, a su compañera a quien estrujo en dos oportunidades y producto de ello, tal y como se desprende de la estipulación pactada sufrió lesiones que le generaron una incapacidad de 6 días, y por otra,

violentó la dignidad e integridad personal de su hijo E.D.P. a quien además de insultarlo utilizando un lenguaje soez, lo tomó por la fuerza y lo rapó.

Es que estos testimonios acompañados de la estipulación probatoria antes mencionada resultan suficientes para establecer más allá de toda duda razonable, tanto la existencia del hecho como la responsabilidad penal del procesado, aun sin que la Fiscalía hubiese presentado otras pruebas adicionales, porque como se explicó anteriormente, que los elementos probatorios sean admitidos en la audiencia preparatoria, no significa que las partes estén obligadas a incorporarlas al juicio para que sean objeto de valoración.

Ahora bien, en cuanto a las pruebas de descargo practicadas en el juicio, habrá que decir, que estas no permiten desvirtuar lo ocurrido ese 16 de noviembre de 2016 al interior de la familia DURANGO PATIÑO, ni la responsabilidad penal del acusado, toda vez que la defensa si bien presentó como testigo al investigador HORACIO JIMÉNEZ PINZÓN, éste solo dio cuenta de actividades de investigación que adelantó en el presente caso, las cuales no guardan ninguna relación con lo sucedido el día de los hechos, pues por una parte a juicio no acudieron las personas entrevistadas por el investigador, y por otra, los documentos incorporados poco o nada guardan relación con estos hechos.

Y es que el investigador explicó que había entrevistado a la señora ROSALBA ESMERALDA DURANGO MONTOYA, sin embargo, lo que ésta pudo decirle a JIMÉNEZ

PINZÓN no es más que prueba de referencia inadmisibles, así como el contenido de la denuncia –leída en juicio– que la señora ROSALBA ESMERALDA interpusiera en contra de la señora OMAIRA PATIÑO ORTÍZ, por un conflicto suscitado entre las mujeres en el mes de diciembre de 2016; de igual manera, tampoco puede ser valorada la anamnesis de la historia clínica de la señora DURANGO MONTOYA, toda vez que como se acaba de indicar además de constituir prueba de referencia inadmisibles, nada tiene que ver con lo ocurrido en la casa de los DURANGO PATIÑO ese noviembre 16 de 2016.

Situación similar ocurre con la historia clínica que la señora ROSALBA ESMERALDA entregó al investigador JIMÉNEZ PINZÓN, respecto de la atención suministrada al señor MAURICIO RAMÓN en Metro Salud el 10 de noviembre de 2017, es decir, un año después de ocurrido el episodio objeto de este debate probatorio, en el que el acusado presentaba un cuadro de ansiedad y depresión; sin embargo, como se dijo, esto no desvirtúa los hechos producto de esta investigación.

Ahora bien, aunque el recurrente sostiene que su actuación no es más que el producto de su derecho de corrección, toda vez que es sobre él quien recae la patria potestad y la decisión sobre el tipo de corte de pelo que podía tener el menor y que debía guardar consonancia con las normas del reglamento del Colegio en el que estudiaba el niño; habrá que decir que esta Sala no comparte dicho argumento, toda vez que, si bien es cierto, el art. 262 del Código Civil –modificado por el art. 3º de la Ley 2089 de 2021– permite que los padres vigilen, corrijan y sancionen a sus hijos, también lo es que antes incluso

de la reforma, se ha interpretado que esa sanción debe ser moderada, racional, razonable y respetuosa de la dignidad humana (CSJ SP 3888-2020, rad. 54380 del 14-10-2020).

Tal y como fue explicado en la jurisprudencia que se acaba de citar:

El derecho de corrección que la ley reconoce a los padres no es arbitrario ni absoluto, su ejercicio por el padre no tiene finalidad distinta de la de educar y formar al hijo, mediante sanciones moderadas cuando sean necesarias para reconvenirlo por sus actos contrarios a ese fin, sin comprometer su integridad física o moral.

(...) La sanción moderada establecida en la ley civil no autoriza la corrección del hijo mediante el castigo corporal o moral.

(...) El deber de educar y formar de los padres, como derivación de la custodia y patria potestad, no los autoriza a imponer a sus hijos castigos corporales o morales ni justifica su conducta cuando lo hacen, por ser contrarios al ordenamiento jurídico.

(...) Lo socialmente aceptado, sin discusión alguna, es que los padres velen por el desarrollo integral y la educación de sus hijos, pero la autorización legal para que en el marco de ese deber y obligación impongan pautas y sanciones para lograrlo, no permite que estas configuren abusos y maltratos que atenten contra su integridad y dignidad como personas humanas.

Es que la actitud iracunda con la que actuó el señor DURANGO MONTOYA para manifestar su enojo por el corte del menor, no puede justificarse en ninguna circunstancia, pues su comportamiento atentó contra la dignidad humana de

E.D.P., excediendo con creces los límites a su derecho correctivo, infligiendo inicialmente insultos y luego tomándolo por la fuerza para deshacerle con una maquina el corte de pelo para que quedara supuestamente “como un varón”.

El comportamiento desplegado por el señor DURANGO MONTOYA lesionó el bien jurídico de la familia, cuando atacó a su compañera y agredió física y emocionalmente a su hijo, porque aunque una de las estipulaciones probatorias consistió en dar por probado el hecho de que el menor no se encontraba en situación de vulnerabilidad y que su comportamiento y actividad escolar resultaban adecuadas, lo dicho hasta el momento da cuenta que en todo caso, la conducta del procesado atentó contra la armonía y la unidad del núcleo familiar ese 16 de noviembre de 2016, a tal punto, que fue ese el detonante para que se desintegrara la familia.

En este orden de ideas, existe entonces prueba testimonial directa en contra del procesado, tal y como se puso de manifiesto en líneas anteriores que dan cuenta de la autoría de MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA en la conducta que se le atribuyó y de la adecuación típica del comportamiento desplegado por el procesado, respecto del delito de Violencia intrafamiliar agravado en concurso homogéneo y sucesivo, lo que lleva a esta Sala concluir que la decisión de la *A quo*, fue acertada, conforme a la valoración individual y conjunta de las pruebas que se practicaron en el juicio, lo que impone a esta Magistratura confirmar la decisión emitida por la Juez de primera instancia.

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

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral -Ant.-, el 16 de agosto de 2023, a través de la cual, se condenó al acusado MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA por el delito de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADO** en concurso homogéneo y sucesivo, de conformidad con las consideraciones insertas en el cuerpo de la presente decisión.

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

Quedan las partes notificadas en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Nº Interno : 2023-1934-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 318 61 00127 2016 80900
Acusado : Mauricio Ramón Durango Montoya
Delito : Violencia intrafamiliar agravada

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **6ff3c9008e257caf6c5eec7fe72d0b697fa57aa12bb380c850d6b030773f7732**

Documento generado en 31/01/2024 04:51:20 PM

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

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

Medellín, primero (1°) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria
Decisión : Revoca y condena.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 042

M.P. JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la Fiscalía y el apoderado representante de víctimas, frente a la sentencia proferida el 14 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrio (Ant.) y a través de la cual absolvió al acusado ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ por la conducta punible de Inasistencia alimentaria.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se desprende del escrito de acusación que el señor ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ es el padre del menor J.A.G.C. quien nació el 5 de agosto de 2008. Por tal motivo,

Nº Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

en audiencia de conciliación celebrada el 14 de septiembre de 2015 ante la Defensoría de Familia del ICBF del municipio de Puerto Berrio (Ant.), se fijó una cuota alimentaria donde el señor GUTIÉRREZ VÉLEZ se comprometía a pagar la suma de \$150.000 mensuales, la cual se incrementaría según el porcentaje asignado conforme con el salario mínimo legal mensual vigente para cada año. No obstante, pese al anterior acuerdo, el señor ARLENZO ABAD adeuda tres cuotas del año 2015, así como las correspondientes a todos los meses de los años 2016 a 2020, y 4 meses del año 2021, para un total de \$12.630.728,47

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

Bajo los parámetros del procedimiento penal especial abreviado, el 13 de abril de 2021 se corrió traslado del escrito de acusación al enjuiciado por el delito de Inasistencia alimentaria art. 233 inciso 2º del CP, sin que se allanara a los cargos.

Posteriormente el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrio (Ant.) asumió el conocimiento, efectuándose la audiencia concentrada en sesiones del 19 de octubre y 7 de diciembre de 2021; en tanto que el juicio oral se desarrolló durante los días 13 de septiembre de 2022, 31 de enero y 13 de marzo de 2023, finalizando en esta última fecha con sentido fallo de carácter absolutorio. El 14 de marzo siguiente, se profirió la correspondiente sentencia,

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

respecto de la cual se interpuso recurso de apelación por parte de la Fiscalía y el representante de víctimas.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Acorde viene de reseñarse, en la sentencia que puso fin a la primera instancia, el señor Juez procedió a emitir sentencia absolutoria en favor de ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ por el delito de Inasistencia alimentaria art. 233 inc. 2° del CP, al considerar que no se cumplían con los requisitos para proferir una sentencia de carácter condenatorio.

Consideró el *A quo* que, en el presente caso el material probatorio resultó escaso para determinar la existencia del hecho y la responsabilidad penal del procesado. Explicando después de un detallado análisis jurisprudencial que, en el delito de Inasistencia alimentaria se debía establecer la posibilidad fáctica y jurídica que le asistía al procesado para suministrar los alimentos.

Explicó el fallador que en el delito de Inasistencia alimentaria debía presentarse con exactitud cuáles y cuántas cuotas se habían dejado de pagar; aclarando que, aunque la Fiscalía había indicado que aquellas fueron omitidas entre los años 2015 y el 13 de abril de 2021, en el juicio no se establecieron las fechas exactas. De igual manera refirió que, tampoco se probó la capacidad económica del procesado, pues,

Nº Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

de hecho, la denunciante en su declaración en juicio, nunca dejó claro en qué trabajaba el acusado, quién era su empleador, cuánto devengaba, qué bienes tenía, ya que solo informó que era mayordomo en una finca, tenía una motocicleta y unas terneras, sin que se acreditara los elementos para probar esos dichos. Asimismo, advirtió el juzgador que las declaraciones de las señoras LUZ ARAMY GAVIRIA LÓPEZ y CATALINA ZULIANI CAÑAS, si bien dieron cuenta que la crianza y manutención del menor J.A.G.C. era asumida por su madre, nada manifestaron sobre las actividades económicas del señor GUTIÉRREZ VÉLEZ ni sobre su capacidad para cumplir con sus obligaciones.

Así entonces, refirió el fallador que con los testimonios de cargo no se logró establecer que el procesado tuviese un empleo estable, ya que simplemente se dijo que era mayordomo en Puerto Boyacá, y aunque se determinó que estaba afiliado al régimen subsidiado y en algunas certificaciones se estableció que figuraba con afiliaciones a pensiones y a caja de compensación, no se identificó el monto de cotización ni tampoco quién era su empleador. Por lo tanto, concluyó que la Fiscalía no logró demostrar que el procesado se hubiese sustraído de su obligación “sin justa causa”; y, por ende, se debía absolver al señor ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Mediante escrito de apelación debidamente sustentado dentro los términos otorgados por la ley, la Fiscalía y el representante de víctimas sustentaron su desacuerdo con la

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

decisión de primera instancia.

Al respecto, argumentó el ente acusador lo siguiente:

- Los hechos jurídicamente relevantes presentados por la Fiscalía se adecuaron al tipo penal de la Inasistencia alimentaria.

- En las estipulaciones probatorias se pudo establecer las condiciones económicas, sociales y familiares del investigado, así como la fijación de la cuota alimentaria.

- La madre del menor en su declaración, narró como el procesado se sustrajo injustificadamente del pago de las cuotas alimentarias fijadas en audiencia de conciliación, pese a que éste trabajaba administrando fincas, actividad de la que también dieron cuenta las demás testigos de la Fiscalía.

- En el formato de arraigo se indicó que el acusado manifestó que para el 13 de marzo de 2021 trabajaba como encargado en la finca llamada “La Pintada”, que devengaba un salario mínimo y que trabajaba allí desde hacía dos meses. Asimismo, se incorporó la consulta SISPRO-RUAF a través del cual se acreditó el historial de aportes del señor ARLENZO ABAD a la seguridad social, cesantías, pensión y riesgos laborales, documento en el que se especifica que éste cotizaba al régimen subsidiado sin vinculación formal laboral.

- El Juez de primera instancia omitió

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

analizar en su conjunto las pruebas allegadas al proceso, desconociendo además que, conforme con las reglas de la común experiencia, las personas que trabajan en fincas tienen un contrato verbal y un empleo informal; por lo tanto, hay que darle credibilidad a las testigos quienes indicaron cuál era la actividad laboral del acusado.

Por lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su defecto se profiera un fallo de carácter condenatorio.

Por otra parte, el representante de víctimas en sentido similar a los argumentos de su antecesor, explicó:

- El Juez de primera instancia le restó valor probatorio a lo estipulado por las partes en el proceso penal.
- Fue probada la capacidad económica del procesado.
- Del formato de arraigo se desprende la actividad económica del señor GUTIÉRREZ VÉLEZ, y, por ende, su capacidad para cumplir con sus obligaciones; asimismo en el arraigo se estableció que laboraba en la Finca “La Pintada” del municipio de Puerto Boyacá desde hacía dos meses, en una propiedad del señor MAURICIO QUERUBIN y que devengaba el salario mínimo. Así entonces, se debió condenar al procesado conforme a esta estipulación por el punible de Inasistencia alimentaria entre los meses de enero a marzo del año 2021.

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia, y en su defecto, se condene al señor ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ por el delito endilgado.

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Surtido el traslado a los no recurrentes, ninguno se pronunció al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Desde esta perspectiva debe la Sala determinar si la sentencia que se revisa comporta una decisión ajustada a las pruebas practicadas en el juicio oral o si en ella, como lo sostienen los impugnantes, se incurrió en una indebida valoración probatoria que devino en la injusta absolución del acusado ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ, frente al delito que se le atribuye, tal y como lo pregonaran los recurrentes.

Antes de entrar a hacer la valoración de los testimonios presentados en el juicio, esta Sala se referirá a las estipulaciones probatorias que fueron acordadas por la Fiscalía y

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

por la defensa, y que según los recurrentes sirven de soporte para dar cuenta de la existencia del hecho y de la responsabilidad penal del procesado.

Se desprende de la audiencia concentrada (escúchese mins. 6:34 a 8:49 del audio del 07-09-2021 parte 1), como en el caso concreto fue objeto de estipulación: la identidad del procesado, las consultas hechas a SISPRO-RUAF que dan cuenta de la afiliación del señor GUTIÉRREZ VÉLEZ al régimen subsidiado, al sistema de pensiones y a caja de compensación, así como la fijación de cuota alimentaria y el contenido del registro civil de nacimiento del menor J.A.G.C. Estipulaciones, que a su vez fueron reiteradas en la instalación de la audiencia de juicio oral (mins. 10:44-12:49 del audio del 13-09-2022 parte 1 y min. 13:12-14:04 del audio del 13-09-2022 parte 2).

De lo anterior se desprende, que las partes acordaron que se tendría como cierto el contenido de los documentos antes reseñados, en especial, aquellos a los que hacen referencia los recurrentes, y que tienen que ver con la fijación de la cuota de alimentos el 14 de septiembre de 2015, donde el señor ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ se comprometía a cancelar por concepto de alimentos al menor J.A.G.C., la suma de ciento cincuenta mil (\$150.000) pesos mensuales, cuota que se vería incrementada año tras año conforme con el porcentaje del aumento del salario mínimo legal mensual vigente. Asimismo, se estableció el arraigo del procesado, quien el 13 de marzo de 2021 manifestó trabajar en la Finca “La Pintada” localizada en el municipio de Puerto Boyacá,

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

desde hacía dos meses, devengando un salario mínimo. De igual manera, se estipuló el contenido de los resultados que arrojó la consulta del sistema RUIAF que da cuenta que para el 5 de noviembre de 2018, el señor GUTIÉRREZ VÉLEZ se encontraba afiliado al régimen subsidiado de salud, bajo sistema de ahorro individual de pensiones -con nota de inactivo- y con vinculación activa a una empresa de riesgos laborales desde el 24 de diciembre del año 2014; asimismo que para el 4 de septiembre de 2021 presentaba vinculación al sistema de pensiones -con nota de activo desde el 1 de agosto de 2010-, afiliación a riesgos laborales -con fechas del 24 de diciembre de 2014 y 22 de enero de 2019- y a diferentes cajas de compensación familiar – el 12 de enero de 2014, 27 de septiembre de 2019, 22 de enero de 2019-

Así las cosas, tal y como lo afirman los recurrentes, en el presente caso, fue objeto de estipulación y sin que ello pueda ser objeto de controversia, no solo la obligación económica a la que se comprometió cumplir el señor GUTIÉRREZ VÉLEZ desde el 14 de septiembre de 2015, sino también que aquel durante los años 2014 a 2021, aunque fuera de forma interrumpida desarrollaba actividades laborales, porque de lo contrario, no figuraría con vinculación al régimen de pensión de ahorro individual, ni tampoco a cajas de compensación.

Así entonces, como puede verse, no se discute la obligación del señor ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ de suministrar alimentos a su hijo J.A.G.C., tampoco que hubiese incumplido ese deber, ni el ejercicio de una actividad económica, en la que si bien, no fue establecida a través de los documentos

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

del RUAF el monto devengado, de acuerdo con la común experiencia y la sana crítica, se puede deducir que por lo menos aquel tenía ingresos equivalentes al salario mínimo legal mensual vigente.

Ahora bien, aclarado el punto anterior, sobre los hechos que fueron estipulados, se tiene que a juicio comparecieron las señoras ALEXANDRA MARÍA CADAVID MEZA –madre del menor y excompañera sentimental del procesado–; CATALINA ZULIANI CAÑAS y LUZ ARAMY GAVIRIA LÓPEZ –vecinas y amigas de la señora CADAVID MEZA–, quienes explicaron con suficiencia como el procesado desde que se disolvió la relación con la señora ALEXANDRA MARÍA dejó a cargo de ésta plenamente, el cuidado y la manutención del menor, por lo que ha tenido que llevar a cabo actividades como ventas callejeras y domésticas, para tratar de solventar la alimentación de su hijo J.A.G.C.

De igual manera, fueron unísonas las testigos, cuando dieron cuenta que el señor GUTIÉRREZ VÉLEZ desempeñaba actividades como mayordomo en fincas, hecho que, a su vez, se insiste, queda corroborado con el contenido del informe de arraigo donde se estableció que esa era la ocupación a la que se dedicaba el procesado para el primer trimestre del año 2021 y al menos de manera intermitente desde el año 2014.

Y es que contrario *sen su* a los argumentos esbozados por el Juez de primera instancia, en el presente caso, se logró demostrar que el señor ARLENZO ABAD se sustrajo “sin

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

justa causa” de sus obligaciones, pues como se ha venido explicando, el procesado desde el 14 de septiembre 2015, fecha en la que se fijó la cuota de alimentos omitió cumplir con lo acordado, y aunque la señora CADAVID MEZA no suministró datos concretos de los meses en los que el procesado faltó a su deber, lo cierto es que, desde que se estableció la cuota y hasta el 13 de abril de 2021 –que fue cuando se le corrió traslado del escrito de acusación– el señor ARLENZO ABAD no había cumplido ni una sola vez con los pagos a los que estaba obligado con su hijo, pese a que desarrollaba una actividad económica que le permitía hacerse cargo, aunque fuera parcialmente, de sus compromisos como padre del menor J.A.G.C.

En términos de la sentencia C-237 de 1997 el fundamento de la obligación alimentaria y por ende del delito lo constituye

(...) es el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios. El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario.

El artículo 28 de la Constitución que prohíbe la sanción privativa de la libertad "por deudas", se refiere a las obligaciones meramente patrimoniales, en las que el obligado que insatisface un crédito, vulnera los bienes materiales del acreedor. En la inasistencia alimentaria, se reitera, no se pone en riesgo el

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

patrimonio del beneficiario sino su propia subsistencia. De ahí que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o "Pacto de Costa Rica", en el artículo 7 numeral 7 excluya de la prohibición de detención por deudas, a quien incumple los deberes alimentarios:

"Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita a los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios". **(Subrayas fuera de texto).**

Igualmente, sobre la base de los requisitos sobre los cuales puede predicarse el delito de Inasistencia alimentaria – necesidad del beneficiario y capacidad económica del alimentante - la sentencia C- 388 de 2000 señala que el obligado a prestar alimentos, si pretende obtener su exoneración, debe demostrar su incapacidad económica, lo anterior al resolver demanda contra el artículo 155 del Decreto 2737 de 1989 que decía:

Artículo 155.- Cuando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos sus antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.", norma que en lo sustancial se repite en el artículo 129 de la ley 1098 de 2006 inciso 1: ARTÍCULO 129. ALIMENTOS. En el auto que corre traslado de la demanda o del informe del Defensor de Familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal. (subrayado fuera del texto)

Asimismo, la H. Corte Suprema de Justicia (CSJ SP 4093-2020, rad. 58081 del 21-10-2020) ha explicado sobre la capacidad económica en el delito de Inasistencia alimentaria, lo siguiente:

Contrario al argumento del recurrente, la Sala advierte que si bien, durante el debate probatorio no se acreditó que EDIER HORTA SOSA tuviera bienes a su nombre, ni el valor de sus ingresos mensuales, ya que los testigos de cargo solo hicieron referencia a que durante los años 2014 a 2017 se desempeñó como maestro de construcción, de este último evento, como lo consideró el Tribunal, se puede inferir que el implicado a partir de su actividad laboral sí tuvo capacidad económica en dicho periodo.

En decir, de las declaraciones precitadas de Díaz Romero y Ángel Díaz, emerge de forma clara que el procesado alguna labor ejercía, hecho que excluye la ausencia de una fuente de recursos y el intento por justificar la omisión de suministrar alimentos.

(...) Por tanto, que no se hayan allegado al proceso documentos relacionados con contratos laborales por él celebrados o constancias de los ingresos obtenidos por su actividad laboral en la construcción, y que los testigos no tengan conocimiento de ello, no desvirtúa el hecho probado del desempeño de HORTA SUSA en ese oficio.

Como no se discute que EDIER HORTA SOSA efectivamente laboraba en el campo de la construcción, las pruebas analizadas conjuntamente permiten deducir que el procesado sí ha tenido trabajo y, por tanto, que ha derivado recursos económicos a

Nº Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

partir de su actividad laboral; de modo que, si hubiese mostrado interés en ello, estaba en capacidad de cumplir, así fuera con aportes modestos, el compromiso alimentario respecto de su hija S.D.H.D.

(...) De suerte que, no habiéndose cuestionado que el acusado incumplió su obligación de suministrarle alimentos a su hija menor de edad, por cuanto lo hizo de forma insuficiente e incompleta, y habiéndose establecido que aquél sí tenía capacidad económica, es inobjetable que le asiste responsabilidad penal por inasistencia alimentaria. (subrayados fuera del texto)

De lo anterior, tal y como se anunció, se desprende tanto la existencia de la obligación por la relación paterno filial entre el niño y el procesado, así como el incumplimiento de éste con la obligación alimentaria, la capacidad económica de GUTIÉRREZ VÉLEZ y la sustracción sin justa causa de cumplir con los deberes que le asistían con su hijo J.A.G.C.; de donde se infiere a su vez, que el acusado no solo conocía que estaba infringiendo el deber que le asistía respecto de su hijo, sino que además actuó con la voluntad de dejar todo el peso de dicha responsabilidad en cabeza de la madre omitiendo la obligación que a él también le correspondía; sin que se vislumbre en el proceso ninguna causal de justificación que excluya su responsabilidad; resultando además reprochable su comportamiento, pues tal y como se ha reiterado, le era exigible llevar a cabo una conducta de cumplimiento de sus funciones como padre, sin embargo, no lo hizo, mostrando incluso un desinterés absoluto a los llamados para acudir a este proceso penal. Lo dicho, nos lleva a concluir que se está ante un conducta

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

típica, antijurídica y culpable.

Así las cosas y por haberse llegado al convencimiento, más allá de toda duda razonable –artículo el 381 del Código de Procedimiento Penal– acerca de la existencia del ilícito de Inasistencia alimentaria art. 233 inc. 2º, y sobre la responsabilidad frente al mismo del aquí acusado, es por lo que se revocará la sentencia absolutoria de primera instancia.

De cara a la inminente condena, conforme se anunció en precedencia, ha de manifestar la Sala que no se adelantará la audiencia de individualización de la pena de que trata el canon 447 de la Ley 906 de 2004, procediéndose a fijar la sanción correspondiente y a examinar la posibilidad de conceder o no mecanismos sustitutivos de la privación efectiva de la libertad; lo anterior, con fundamento en plurales pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en radicados como el 36616 del 24-10-2012, y 50396 del 20-03-2019.

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

El delito por el cual fue hallado penalmente responsable el acusado ARLENZO GUTIÉRREZ VÉLEZ es de Inasistencia alimentaria, descrito en el art. 233 inc. 2º del C.P. por ser la víctima un menor, que establece una pena de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) SMLMV.

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

En el caso concreto, en atención a que no se atribuyeron circunstancias genéricas de mayor punibilidad, la pena de prisión debe situarse dentro del cuarto mínimo, y en consideración a que el mínimo de la pena imponible sanciona de manera eficaz el grave atentado cometido contra el bien jurídico protegido en la norma, se impondrá a ARLENZO GUTIÉRREZ VÉLEZ la pena mínima dentro del cuarto mínimo, a saber, treinta y dos (32) meses de prisión y multa de veinte (20) SMLMV.

También se impone, pena accesoria de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la pena principal.

SUBROGADOS PENALES

Partiendo de lo establecido en el art. 63 del Código Penal, modificado por el art. 29 de la Ley 1709 de 2014, para que el sentenciado sea merecedor del subrogado penal, se debe verificar en primera instancia que, la pena impuesta no sea superior a cuatro (4) años de prisión. Asimismo, que el condenado carece de antecedentes penales por un delito doloso cometido dentro de los cinco (5) años anteriores; no obstante, en caso de llegar a tenerlos, se deberá analizar los antecedentes personales, sociales y familiares del implicado que indiquen la no necesidad de ejecución de la pena.

En el presente caso, se tiene que la pena impuesta a GUTIÉRREZ VÉLEZ es de treinta y dos (32) meses de prisión, es decir no supera el límite establecido por la norma;

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

de igual manera, el delito de Inasistencia alimentaria no se encuentra dentro de los punibles excluidos de beneficios del art. 68 A del CP. y no se demostró la existencia de antecedentes penales.

Vale la pena aclarar que si bien es cierto, en materia del delito de Inasistencia alimentaria ha existido un debate –ya zanjado– respecto de la aplicación del numeral 6º del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 que prohíbe al fallador aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando las víctimas son menores de edad, salvo que medie indemnización; sin embargo, esta exigencia opera únicamente cuando se trata de delitos graves es decir, aquellos atroces o inhumanos, descartando de plano que en delitos como el de la Inasistencia alimentaria, se exija la indemnización como requisito adicional para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (al respecto véase CSJ SP 908-2022, rad. 53084 de 23-03-2022)

En consecuencia, la Sala deberá reconocer a **ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ** la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que se otorgará por un periodo de prueba de dos años, previa suscripción de diligencia de compromiso con las obligaciones del Art. 65 del C.P. que garantizará con caución prendaria que se fija en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, con la opción de constituir póliza judicial.

Nº Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

Se le advierte al señor GUTIÉRREZ VÉLEZ, que este subrogado se le otorga para que pueda asumir con plena cabalidad la obligación alimentaria que tiene con el menor J.A.G.B.; por lo tanto, si durante ese período de prueba, violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se le revocará el mecanismo sustitutivo de la pena aquí concedido y se hará efectiva la caución prestada.

La suscripción de la diligencia de compromiso debe realizarla ante el funcionario de primer grado, allegando la póliza o el título de depósito judicial respectivo, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia. Para el efecto, podrán utilizarse los medios electrónicos.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCA la sentencia de la fecha, naturaleza y procedencia anotadas y en su lugar **SE DECLARA PENALMENTE RESPONSABLE**, al acusado **ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ** por la comisión del delito de Inasistencia alimentaria, conforme a la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: como consecuencia de la aludida determinación, **SE CONDENA** a **ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ**

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

VÉLEZ a treinta y dos (32) meses de prisión, multa de veinte (20) SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción principal.

TERCERO: CONCEDER a ARLENZO ABAD GUTIÉRREZ VÉLEZ el subrogado penal de la SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, en los términos y bajo las exigencias indicadas en el acápite de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

CUARTO: Frente a la presente decisión, por constituir primera condena, procede el recurso de apelación en virtud del principio de doble conformidad, en los términos establecidos en la ley.

QUINTO: Una vez quede ejecutoriada la presente decisión, **SE DISPONE** que, por Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin de que sean destinadas para lo concerniente a la fase ejecutiva de la condena.

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

N° Interno : 2023-0555-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 055796000291201680084
Acusado : Arlenso Abad Gutiérrez Vélez
Delito : Inasistencia alimentaria

JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **e08b1933495454ab99a3b53a04994a23a81f54f4c4a7418c72df084737b2afbf**

Documento generado en 02/02/2024 11:45:24 AM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín treinta (30) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Nº Interno : 2018-0990-4
2º instancia Incidente de reparación
integral
CUI : 05001 60 0020601559321
Acusado : Anderson Osorio Cárdenas
Delito : Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 036

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Procedente del Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó, llega a conocimiento de esta Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante de víctimas, en contra de la providencia del 13 de junio 2018 mediante la cual el Juez de primera instancia puso fin al incidente de reparación integral y declaró civilmente responsable al señor Anderson Osorio Cárdenas, condenándolo al pago de perjuicios, con ocasión de la condena en el proceso penal adelantado en su contra por los delitos de homicidio agravado tentado, hurto calificado y tráfico fabricación, porte o tenencia de armas de fuego.

ANTECEDENTES

Los hechos que enmarcan este proceso fueron narrados en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

“Se tiene que el día 23 de noviembre de 2015 en el corregimiento Alegrías de Caramanta - Antioquia, los señores ANDRÉS FELIPE HERNÁNDEZ POSADA y ANDERSON OSORIO CÁRDENAS atentaron contra la vida del señor WILSON HERNÁN LÓPEZ BEDOYA aproximadamente a la 1 de la madrugada, cuando iba por la calle camino para su casa; como altercado previo se tiene que WILSON HERNÁN LÓPEZ al interior de la cantina “Noches de Luna” le hizo un reclamo a ANDERSON OSORIO por el asesinato de una vieja amistad, habiendo recibido información por la hoy víctima que ANDERSON decía que él había sido el asesino de la víctima; siendo este el panorama previo se tiene que al salir de dicho lugar, fue abordado tanto por ANDRÉS FELIPE como por ANDERSON OSORIO quienes en medio de un paraje veredal le dispararon ambos turnándose el arma de fuego, tres impactos dos en la espalda y uno en el mentón, le propinaron machetazos en diferentes partes del cuerpo (estomago, manos y cabeza) y luego intentaron ahorcarlo con una cuerda o sogá, lesionándolo gravemente en su humanidad luego de lo cual, al momento de huir, se apoderaron del celular, la billetera, cincuenta mil pesos (\$50.000) y las llaves de la casa de la víctima, elementos todos estos estimados en la suma de \$600.000. producto de las lesiones propinadas al señor WILSON HERNÁN LÓPEZ BEDOYA éste quedó parapléjico con secuelas de carácter permanente, entre las que se detallan: “deformidad física que afecta cuerpo de carácter permanente por la presencia de vejiga neurogénico, pérdida funcional de órganos de locomoción de carácter permanente por trauma raquímedular a nivel T10, pérdida funcional de miembro inferior derecho de carácter permanente por paraparesia secundaria a trama raquímedular, perturbación funcional de órgano de la cópula de carácter permanente secundario a trauma raquímedular, perturbación funcional de órgano del sistema nervioso periférico de carácter permanente por trauma raquímedular descrito”

A través de sentencia del 28 de marzo de 2017, se declaró penalmente responsable al citado Anderson Osorio Cárdenas por los delitos de homicidio agravado tentado, hurto calificado y tráfico fabricación, porte o tenencia de armas de fuego.

Una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, se promovió el incidente de reparación integral por parte del apoderado del señor Wilson Hernán López Bedoya.

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

El 31 de julio de 2017 se dio inicio al trámite de incidente de reparación integral y se fijó fecha de audiencia para el 24 de noviembre de ese mismo año.

En esa oportunidad, se fijó la pretensión de la siguiente manera: a) Lucro cesante: 100 S.M.L.M.V. b) Vida en relación: 50 S.M.L.M.V. c) MORALES: 100 S.M.L.M.V. para un total de 250 S.M.L.M.V.

En audiencia del 07 de septiembre de 2017 se reiteró la pretensión económica y, a pesar de haberse radicado varias propuestas para el pago, no se llegó a ningún acuerdo entre las partes.

El 20 de febrero de 2018, se procedió a la práctica de pruebas solicitada por la representación de la víctima, estos son, los dictámenes médico legales que obran al interior del proceso penal y por parte de la defensa, se había solicitado el interrogatorio del señor Wilson Hernán López Bedoya pero en esa última diligencia, renunció a dicho medio de conocimiento.

La correspondiente sentencia se profirió el 13 de junio de 2018.

DE LA DECISIÓN

El despacho de primera instancia indicó que, si bien con la prueba trasladada del proceso penal, se logra evidenciar la existencia de un daño en la humanidad de la víctima, mismo que como determinó la galena Ana María Granada Toro resulta ser de carácter permanente en relación con cada uno de los hallazgos encontrados, no puede dejarse de lado que para la liquidación de

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

los perjuicios frente al **lucro cesante** resultaba necesario que se acreditara su causación y, en este caso ninguna prueba, ni siquiera testimonial se arribó sobre ese aspecto.

No se conoce de dónde provenía su sustento diario ni mucho menos las actividades económicas que pudo haber desarrollado con anterioridad al suceso del cual fue víctima, es más queda en duda si ejercía alguna actividad que le generara ingresos económicos.

En ese orden, concluyó que es imposible encontrar fundado ese pedimento de 100 S.M.L.M.V. dado que ningún elemento demostrativo acredita su causación en esa cantidad ni en otra diferente.

Ahora, los perjuicios morales los tasó en 100 S.M.L.M.V. indicando que, frente a ese aspecto, el Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en sentencia del 28 de agosto de 2014, Consejera Ponente Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz, radicación número 50001231500019990032601 señalando que, la reparación frente a este aspecto tiene fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima, familiares y demás personas allegadas.

Para tales efectos en esa providencia, se crearon 6 rangos para pagos y, teniendo en cuenta los reportes médicos incorporados a través de los cuales se evidencia que, el señor Wilson Hernán tiene secuelas médicas de carácter permanente como deformidades físicas y pérdidas funcionales en sus órganos, los tasó en 100 S.M.L.M.V.

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

Los perjuicios de la vida en relación los fijó en 50 S.M.L.M.V. pues en su criterio, resulta evidente que la víctima sufrió un cambio significativo en las condiciones de existencia por las secuelas de carácter permanente con las que quedó, es claro que varió su curso normal de vida, sus hábitos y costumbres en tanto pasó de ser una persona con plena autonomía para sus funciones y tareas a depender no sólo de una silla de ruedas sino también de ayuda humana para su desplazamiento y para desempeñar tareas diarias.

Así las cosas, condenó al señor Anderson a pagar el equivalente a 100 S.M.L.M.V. por daños morales y 50 S.M.L.M.V. por daños de la vida en relación.

DE LA APELACIÓN

Frente a esa determinación, el representante de víctima interpuso recurso de apelación y solicitó la revocatoria parcial de la providencia.

Contrario a lo expuesto por el Despacho frente a los perjuicios por lucro cesante indicó que, tiene entendido que su representado es un campesino de Caramanta Antioquia y por lo tanto debía calcularse que, sus ingresos mensuales eran de 1 Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

Aunque, no se haya demostrado su actividad económica, la jurisprudencia nacional ha determinado que, se debe tener en cuenta ese monto para efectos de la reparación.

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

Solicita se emita condena por lucro cesante en valor de 100 S.M.L.M.V.

El abogado defensor solicitó se confirme la decisión recurrida pues, el representante de víctimas de ninguna manera atacó los argumentos legales y jurisprudencias esbozados por la judicatura frente a ese aspecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente la Sala para decidir el recurso de apelación interpuesto por el representante de víctimas, en contra de la decisión atrás reseñada, de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

La obligación de reparar los perjuicios injustamente ocasionados deriva del artículo 2341 del Código Civil, piedra angular de la responsabilidad civil extracontractual:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

El daño individual corresponde al soportado por una persona natural o jurídica, el cual, para ser objeto de indemnización, precisa ser antijurídico y cierto.

Dicho daño puede ser material (patrimonial), cuya acreditación debe fundarse en las pruebas obrantes en la actuación, o inmaterial (extrapatrimonial).

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

Por daño material se entiende el menoscabo, mengua o avería padecido por la persona en su patrimonio material o económico como consecuencia de un daño antijurídico, esto es, el que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Obviamente, el daño debe ser real, concreto y no simplemente eventual o hipotético; se clasifica en daño emergente y lucro cesante. En tal sentido, el artículo 1613 del Código Civil dispone:

“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

El daño emergente representa el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio del lesionado, ponderando para ello el valor de bienes perdidos o su deterioro que afecta el precio, las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo, etc., cuya acreditación debe obrar en el diligenciamiento.

El lucro cesante corresponde a la utilidad, la ganancia o el beneficio que el perjudicado ha dejado de obtener, esto es, el incremento patrimonial que con bastante probabilidad habría percibido de no haberse presentado la conducta dañosa, por ejemplo, los ingresos laborales no percibidos por una lesión en su integridad personal, o la explotación de un bien productivo como consecuencia de una situación de desplazamiento forzado.

En el presente asunto, la representación de víctimas por vía de apelación, reclama el reconocimiento de daño material en lo que respecta al lucro cesante pues, en razón a las secuelas que le dejó la conducta criminal al señor Wilson Hernán, éste se encuentra

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

impedido para continuar con la realización de una actividad que le reporte ingresos.

Para probar ese aspecto únicamente solicitó la valoración de los dictámenes médicos que obran en el plenario, entendiéndose que, los mismos resultan suficientes pues la Jurisprudencia – *sin citar alguna providencia* – ha señalado que, se presume que toda persona devenga por lo menos un (01) salario mínimo legal mensual.

En ese sentido reclama que, el lucro cesante se fije en 100 S.M.L.M.V.

Ahora bien, tal y como viene de analizarse, el legislador al momento de establecer la reparación integral por los perjuicios derivados de un delito ha sido bastante enfático al señalar que, cada uno de esos conceptos deben quedar debidamente soportados y probados dentro del proceso y, es justamente por ello que, dentro del trámite que se lleva a cabo se ha dispuesto un escenario para realizar las solicitudes probatorias que se estimen necesarias para acreditar ese daño.

A pesar de ello, en el momento procesal correspondiente, el representante de víctimas únicamente solicitó como prueba trasladada los reportes médicos que se han generado frente al señor Wilson Hernán, pero ni siquiera, solicitó la declaración de la víctima para que, mínimamente indicara cuál era su oficio o profesión antes de ser agredido, si es que se dedicaba a alguna actividad económica.

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

Y es que, cuando intentó solicitar la declaración de su representado, no pudo admitirse su pretensión pues, tal y como lo manifestó la titular del Despacho, la oportunidad procesal para que se elevara la solicitud ya había precluido.

Así las cosas, si el deseo del apelante era que se reconociera ese aspecto, lo propio era realizar las peticiones probatorias necesarias, pero de ninguna manera resulta viable que, en el marco de la sustentación del recurso, pretenda incorporar información que, no ventiló en el escenario procesal correspondiente tal y como que, su prohijado se dedicaba a labores agropecuarias, pues se itera, ese tópico no fue objeto de prueba.

Y es que, si bien existen decisiones por parte de la Corte Suprema de Justicia en las cuales se realiza una presunción del valor devengado por actividades laborales, entre ellas, la proferida dentro del proceso con radicado 34547 del 27 de abril de 2011, M.P. María del Rosario González de Lemos lo cierto es que, en esas providencias, se logró acreditar que, las víctimas desempeñaban alguna actividad económica y sólo faltaba por establecer el valor que devengaban por ella.

En esa decisión se indicó:

“Lucro cesante: No se acreditó con ningún elemento probatorio idóneo el ingreso obtenido por *José del Rosario Mercado García* para el momento de su deceso, por lo cual se tendrá como tal el salario mínimo de la época, esto es, \$260.100, actualizado a \$ 430.989.

Sin embargo, se demostró como una persona productiva dedicada a las labores del campo, de la cual dependía el sustento de sus hijos (*José Alfonso, Saidit, Diana Patricia y Karen Paola Mercado Rodelo*) y de su compañera permanente

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

(*Carmen Elena Rodelo Barrios*), madre de aquellos, conforme la entrevista rendida por *Alfonso Rafael Mercado García* ante la Fiscalía General de la Nación, los registros civiles aportados y la declaración extra proceso de *Eduardo Antonio Rivera de Avila...*"
(Negrillas fuera del texto)

Nótese que, en esa providencia, a pesar de no haberse acreditado el valor que la víctima devengaba mensualmente, se presumió que sus ingresos comportaban un salario mínimo legal mensual vigente porque se había demostrado que era una persona productiva dedicada a labores del campo, acontecer que de ninguna manera se compadece con lo sucedido en el asunto que estudia la Sala pues, en este evento ni siquiera se logró determinar que, el señor Wilson Hernán llevara a cabo algún oficio que le reportara ingresos.

El lucro cesante como daño real debe ser probado y dada su especial naturaleza, su acreditación podrá ser por vía indirecta a través de presunciones, pero de todos modos siempre mediante el aporte de elementos probatorios y mínimas circunstancias objetivas que avalen el monto del perjuicio por este concepto.

Así las cosas, ante los escasos medios de conocimiento entregados por la parte interesada, no queda otra alternativa diferente que, confirmar la decisión recurrida pues, se itera que, en el marco del trámite incidental no se probó que la víctima realizara alguna actividad que le generara ingresos o que por lo menos, en algún momento de su vida haya incursionado en el ámbito laboral.

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

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del 13 de junio de 2018 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó (Ant.) mediante la cual, se negó la pretensión del incidentante, en relación a imponer al condenado Anderson Osorio Cárdenas la obligación indemnizatoria por concepto de perjuicios materiales - *lucro cesante*- petitionado en este trámite, por ausencia de prueba.

La presente decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede recurso alguno, lo anterior, teniendo en cuenta las previsiones consagradas en el artículo 338 de Código General del Proceso¹.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

¹ Artículo 338. Cuantía del interés para recurrir. Corregido por el art. 6, Decreto Nacional 1736 de 2012. Cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 SMLMV).

Se excluye la cuantía del interés para recurrir cuando se trate de sentencias dictadas dentro de las acciones populares y de grupo, y las que versen sobre el estado civil. Cuando respecto de un recurrente se cumplan las condiciones para impugnar una sentencia, se concederá la casación interpuesta oportunamente por otro litigante, aunque el valor del interés de este fuere insuficiente. En dicho evento y para todos los efectos a que haya lugar, los dos recursos se considerarán autónomos..."

Nº Interno 2018-0990-4
CUI 05001 60 0020601559321
Acusado Anderson Osorio Cárdenas
Delito Homicidio agravado tentado y otros.
Decisión Confirma

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **d67d326bc9f4370d1d32d496c72579d785d98bc45e09ad86ad4e7b04b640126e**

Documento generado en 31/01/2024 04:31:25 PM

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