

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



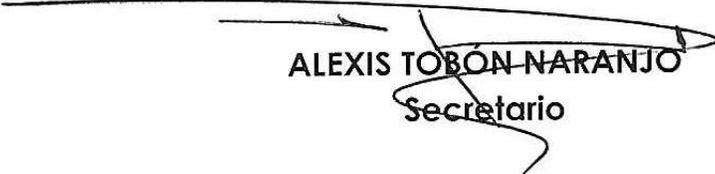
**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SECRETARÍA SALA PENAL**

ESTADO ELECTRÓNICO 002.

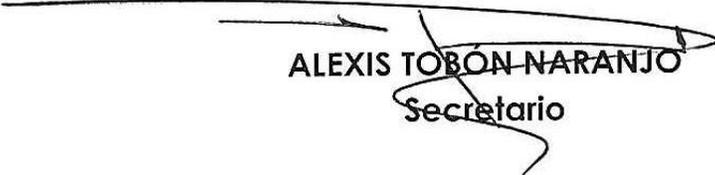
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de proceso	Accionante / Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2020-0312-6	Tutela 2da Instancia	DIONICIO PÉREZ ÁLVAREZ	NUEVA EPS Y OTROS	Revoca fallo de 1° instancia y declara la carencia actual de objeto	Abril 29 de 2020
2020-0340-1	Consulta Incidente de Desacato	YESICA ALEJANDRA PIEDRAHITA LÓPEZ	NUEVA EPS	Confirma Sanción	Abril 28 de 2020
2020-0321-2	Tutela 2da Instancia	LAURA MARCELA MUÑOZ SÁNCHEZ	COMANDO DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL.	Confirma fallo de 1° instancia	Abril 30 de 2020
200-0224-4	Auto 2da Instancia ley 906	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	RAMÓN EDUARDO CORREA	Revoca decisión de 1° instancia y en su lugar decreta prueba	Abril 30 de 2020

FIJADO, HOY 05 DE MAYO DE 2020, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05045310400120200004900

NI: 2020-0312-6

Accionante: DIONICIO PÉREZ ÁLVAREZ

Accionado: NUEVA EPS - ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y AFP PORVENIR,

Decisión: Revoca

Aprobado Acta No: 11

Sala No: 6

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

Medellín, abril veintinueve del año dos mil veinte

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó en sentencia del 06 de marzo de la presenta anualidad, declaró la procedencia del amparo Constitucional frente a los derechos a la salud, vida digna y seguridad social, invocados por el señor Dionicio Pérez Álvarez, en contra de Nueva EPS, la ARL Positiva Compañía de Seguros y la Administradora de Fondos de Pensiones “PORVENIR”.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la señora apoderada de la Compañía de Seguros Positiva interpuso el recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

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

“El ciudadano Dionicio Pérez Álvarez manifiesta que la Junta Nacional de calificación de invalidez lo citó el 31 de marzo de 2020, a las 10:30 a.m. para

calificación en la ciudad de Bogotá D.C., pero la ARL Positiva le negó los viáticos de desplazamiento.”

“Pide tutelar su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida, la seguridad social y la dignidad humana, suministre los viáticos de desplazamiento para acudir a la cita en la Junta Nacional el 31 de marzo, incluyendo alimentación y hospedaje.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 02 de marzo de 2020, se notificó a la ARL Positiva Compañía de Seguros, al tiempo que se dispuso la vinculación de Nueva EPS, la AFP Porvenir, la Sociedad Villa Lupe y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Fue así como la señora apoderada judicial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías “Porvenir”, señala que esa Administradora no fue notificada del proceso de calificación de origen que se adelanta ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, razón por la que dicha calificación no fue oponible a esa Sociedad; de igual manera es claro que las patologías son de origen laboral, por tanto, a quien le asiste el pago de los viáticos y honorarios a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es a la ARL, así como de las prestaciones que se originen. Refiere que en primera instancia fue la ARL quien inició el proceso de valoración.

Por su parte el señor representante de la Sociedad Bananera Villa Lupe, señala que la obligación de proporcionar los viáticos para que el actor pueda presentarse en Bogotá ante la Junta Nacional de Invalidez, es de la ARL Positiva Compañía de Seguros, pues que el deber no es de esa empresa en virtud de la subrogación de riesgos.

A su vez la Junta Nacional de Calificación de Invalidez nada relevante aportó en su respuesta.

La señora apoderada del representante legal de Positiva Compañía de Seguros, apunta que el señor Dionicio Pérez Álvarez presentó un evento de fecha 26 de septiembre del 2018, que fue calificado en primera oportunidad como de origen laboral el diagnóstico “CAMBIOS DEGENERATIVOS ARTICULARES ACROMIOCLAVICULARES HOMBRO IZQUIERDO”, y como de origen común “TENDINOSIS DEL SUBESCAPULAR IZQUIERDO”, es decir, no derivados del accidente de trabajo.

Señala que contra dicha calificación esa Compañía interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, pasando el caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez quienes calificaron de la siguiente forma: Contusión de la clavícula y hombro izquierdo de origen laboral y Artrosis Acromioclavicular Izquierda y Tendinosis del Subescapular hombro izquierdo, no derivados del accidente de trabajo.

Refiere que el accionante al no estar de acuerdo con la calificación de origen común, interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación. Refiere que frente al pago de viáticos para calificación ante la Junta Nacional, se tiene que el recurso de reposición fue interpuesto por el accionante debido a su desacuerdo con los diagnósticos calificados en primera oportunidad por la Junta Regional como de origen común, por tanto, el pago de los mismos deben ser tramitados por la EPS y AFP, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1352 de 2013.

Por su parte Nueva EPS señala que no es la llamada a responder a la pretensión del accionante, porque esta es dirigida contra la ARL en donde se encuentra afiliado, ya que es la encargada del reconocimiento de todas las prestaciones

económicas y médico asistenciales, debido a que el origen de sus peticiones fueron consecuencia de una patología de accidente de trabajo, tal y como se demuestra en el escrito de tutela.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción Constitucional y el trámite impartido, luego de plantear el problema jurídico a resolver, el señor juez A-quo analizó el caso concreto.

Señaló que la ARL Positiva Compañía de Seguros al calificar uno de los diagnósticos como de origen profesional (contusión del hombro izquierdo), debe suministrar al ciudadano Dionicio Pérez Álvarez los viáticos de transporte para asistir a la calificación ante la Junta Nacional.

Refiere que adicionalmente deberá suministrar los viáticos de alojamiento y alimentación, pues que el accionante mencionó en el escrito de tutela no contar con los recursos económicos suficientes para erogar estos ítems, aserción que no fue desvirtuada adecuadamente por las entidades accionadas.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado la señora apoderada de la Compañía de Seguros Positiva impugnó la misma, y en similares términos que lo hizo al contestar la acción señaló:

Que frente al pago de viáticos para calificación ante la Junta Nacional, es pertinente indicar que el recurso de reposición fue interpuesto por el accionante debido a su desacuerdo con los diagnósticos calificados en primera oportunidad y por la Junta Regional como de origen común, por consiguiente

el pago de los mismos deben ser tramitados por la EPS y AFP, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1352 de 2013, artículo 34.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó el señor Dionicio Pérez Álvarez, se ordene a la ARL Positiva Compañía de Seguros proceda a suministrarle los viáticos para su desplazamiento hacia la ciudad de Bogotá, con el fin de asistir a la cita que le fuera programada por la Junta Nacional de Calificación de invalidez para el pasado 31 de marzo de 2020, para desatar el recurso de apelación interpuesto por el accionante en contra del dictamen proferido por la Junta Regional.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso corresponde efectivamente a la Administradora de Riesgos Laborales el suministro de los viáticos pedidos por el actor al tratarse de un evento de origen laboral, o en su defecto la responsabilidad recae en la EPS o AFP al estimarse que el hecho que originó la enfermedad lo fue de origen común.

3. Del Caso en Concreto

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

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

En este caso consideró el Despacho de instancia en su providencia que la responsabilidad en lo pretendido por el señor Pérez Álvarez, recaía en la ARL Positiva Compañía de Seguros al haber calificado uno de los diagnósticos en el evento por éste sufrido como de origen profesional.

Por el contrario la señora apoderada judicial de la Compañía de Seguros Positiva, considera que la responsabilidad en el suministro de los viáticos objeto de esta acción es compromiso de la EPS o AFP, pues que la apelación presentada por el actor en contra del dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación lo es frente a los diagnósticos de origen común.

Señala el artículo 34 del Decreto 1352 de 2013 lo siguiente:

“ARTÍCULO 34. Pago de gastos de traslado, valoraciones por especialistas y exámenes complementarios. Todos los gastos que se requieran para el traslado de los integrantes de la junta de conformidad con el presente decreto, del afiliado, pensionado por invalidez o beneficiario objeto de dictamen, así' como de su acompañante dentro o fuera de la ciudad de conformidad con el concepto médico, estarán a cargo de la Entidad Administradora de Riesgos Laborales, Administradoras del Sistema General de Pensiones, el empleador correspondiente, de esta manera:”

“a. Por la Administradora de Riesgos Laborales, la Administradora del Sistema General de Pensiones, de acuerdo si la calificación en primera oportunidad fue de origen común o laboral.”

De ahí entonces que considere la señora apoderada judicial de la ARL Positiva Compañía de Seguros, corresponde a la EPS o en su defecto a la AFP el suministro de los viáticos requeridos por el señor Dionicio Pérez Álvarez, para asistir a la cita programada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a fin de poder desatar el recurso de alzada propuesto por el actor en contra del dictamen primigenio; pero, olvida la impugnante que fue esa misma Compañía así como la Junta Regional de Invalidez, quien calificó en primera instancia el evento como de origen laboral frente al diagnóstico de *“Contusión de la clavícula y hombro izquierdo”*, de donde se desprende entonces que sería esa Compañía la encargada de proporcionar los gastos requeridos por el actor, sin importar que la apelación lo sea frente a las patologías catalogadas como de origen común.

Sin embargo, se tiene que en el presente caso se ha presentado una situación sobreviniente frente a lo pretendido por el actor y que hace improcedente la solicitud de amparo, veamos:

Esta Sala tuvo la oportunidad de contactar vía telefónica al señor Dionicio Pérez Álvarez, quien manifestó que había sido requerido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a fin de que procediera a remitir con destino a esa entidad su historia clínica y otros documentos más, y así con base en estos apuntes proceder a desatar el recurso por éste interpuesto en contra del dictamen despachado por la Junta Regional; pues que en vista de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional frente al COVID-19, no era necesario su desplazamiento hacia la ciudad de Bogotá para cumplir con la cita programada para tal efecto.

Así las cosas entonces, no encontramos frente a lo que ha denominado la Corte como carencia actual de objeto, pues que en este caso se ha presentado una variación sustancial en los hechos que originaron la presente solicitud de amparo, de tal forma que ha desaparecido el objeto jurídico del litigio y que hace entonces que la orden dada por el Despacho de instancia en su providencia no tenga efecto alguno, al no requerirse ya la valoración médica en la ciudad de Bogotá.

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

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

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

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal

forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

(.....)

“120. Finalmente, la situación sobreviniente se configura en aquellos casos en los que, entre la interposición de la acción y el momento del fallo, ocurre una variación en los hechos, de tal forma que (i) el accionante asumió una carga que no debía asumir; (ii) a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado del proceso; o (iii) las pretensiones son imposibles de llevar a cabo⁽⁸⁹⁾. En este escenario, a diferencia del hecho superado, la presunta vulneración de los derechos no cesa por una actuación desplegada por la entidad accionada, sino por circunstancias ajenas a su voluntad.”

“121. La Corte ha aplicado esta figura, por ejemplo, en aquellos casos en los que ya no es posible acceder a lo solicitado, porque (i) la vulneración cesó en cumplimiento de una orden judicial⁽⁹⁰⁾, (ii) la situación del accionante mutó, de tal forma que ya no requiere lo que había solicitado inicialmente⁽⁹¹⁾, y (iii) se reconoció a favor del demandante un derecho, que hizo que perdiera el interés en el reconocimiento de lo que solicitaba en la tutela⁽⁹²⁾. En todos estos casos, esta corporación concluyó que las situaciones de los accionantes no encajaban en el supuesto de hecho superado, ni daño consumado, toda vez que aquellos ya habían perdido cualquier interés en la prosperidad de sus pretensiones, pero por hechos que no podían atribuirse al obrar de las entidades demandadas.”

“122. Así, para que se configure la situación sobreviniente, es necesario que (i) ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique la pérdida de interés del accionante en que se acceda a sus pretensiones, o que estas no se puedan llevar a cabo; y (iii) que la alteración en los hechos no sea atribuible a una conducta asumida por la parte accionada.”

“123. De conformidad con lo expuesto, en caso de que, al momento de proferir el fallo, el juez observe una variación en los hechos que implique la configuración de alguno de los escenarios anteriores, corresponde a este declarar la carencia actual de objeto, ya que cualquier orden que pudiera impartirse sobre lo solicitado sería “inocua” o “caería en el vacío”.”

De acuerdo a lo anterior, se tiene que nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por situación sobreviniente, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional y el pronunciamiento de la Judicatura frente a la vulneración de sus derechos

fundamentales, toda vez que la orden dada en la providencia impugnada perdió eficacia, pues que para este momento ya no es necesario que el señor Pérez Álvarez se desplace hasta la ciudad de Bogotá, para asistir a la cita planeada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para desatar el recurso por éste interpuesto en contra del dictamen emitido por su homóloga Regional.

En ese orden de ideas entonces, se declara la improcedencia de la acción de amparo frente a la solicitud de suministro de viáticos reclamados por el señor Dionicio Pérez Álvarez, por carencia actual de objeto, por situación sobreviniente.

Sin embargo, la Sala exhortará a La Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que dentro de un término prudencial, proceda a desatar el recurso de apelación interpuesto por el señor Dionicio Pérez Álvarez, en contra del dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 15 de agosto del 2019.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal, sede Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela proferido el pasado 06 de marzo de 2020, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó y, en su lugar, se declara la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Se exhorta a La Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que dentro de un término prudencial, proceda a desatar el recurso de apelación interpuesto

por el señor Dionicio Pérez Álvarez, en contra del dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 15 de agosto del 2019.

La notificación de la presente sentencia de tutela, se realizará de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

La misma fue aprobada por medios virtuales según consta en correos electrónicos que se adjuntan de los magistrados de la Sala de decisión, por esta razón no aparece firmada por estos en este facsímil, vista la contingencia del COVID 19 y conforme a lo dispuesto en los acuerdos PCSJA20-11521 y PCSJA20-11532 y PCSJA20-11546

Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de abril de dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 040

PROCESO :	2020-0340-1
ASUNTO :	CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE:	YESICA ALEJANDRA PIEDRAHITA LÓPEZ
AFECTADO :	MAXIMILIANO MONTALVO PIEDRAHITA
INCIDENTADA :	NUEVA EPS
PROVIDENCIA :	CONFIRMA SANCIÓN

V I S T O S

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario– Antioquia-, el día 13 de abril de 2020, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela del 28 de enero de 2020 al Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ, Representante Legal Regional Noroccidente de la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 28 de enero de 2020, el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario– Antioquia- resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por la señora YESICA

ALEJANDRA PIEDRAHITA LÓPEZ en representación del menor MAXIMILIANO MONTALVO PIEDRAHITA, y como consecuencia de ello, ordenó al Representante Legal de la NUEVA EPS:

“...ORDENAR a la NUEVA E.P.S. por intermedio de su Representante Legal, 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 autorizar y hacer entrega efectiva del producto denominado NUTRIBEN HIDROLIZADA ESTAPA (sic) 2 DE 400, favor del menor MAXIMILIANO MONTALVO PIEDRAHITA”.

Así mismo, concedió el tratamiento integral para el adecuado manejo de las enfermedades que padece el menor.

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, la accionante presentó incidente de desacato ante el juzgado que profirió la decisión, el cual ordenó abrir el trámite respectivo mediante auto del 27 de marzo de 2020, en contra del Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ Representante Legal Regional Nor-occidente de la NUEVA EPS remitiéndose notificación el 27 de marzo de 2020 al correo que tiene la entidad habilitado para tal efecto, esto es, secretaria.general@nuevaeps.com.co, confirmando el recibido el mismo día el señor Ivan Alberto Mira Velez (ivana.mira@nuevaeps.com.co), Dependiente Judicial I Regional Noroccidente de la Nueva EPS.

La entidad mediante escrito del 31 de marzo de 2020 informó que a la fecha de la contestación del incidente de desacato, el área de salud de la compañía, como encargada de gestionar el cumplimiento del fallo de tutela, no había remitido nuevos avances respecto del caso del

menor MAXIMILIANO MONTALVIO PIEDRAHITA. Por lo anterior, solicitó se procediera a la suspensión o en su defecto ampliación del término concedido con la finalidad de aportar las pruebas documentales que permitan acreditar el cumplimiento efectivo a la sentencia de tutela.

LA DECISIÓN CONSULTADA

Mediante auto del 13 de abril de 2020, se resolvió el incidente de desacato, imponiendo sanción de tres (03) días de arresto y multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, al Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ, Representante Legal Regional Nor-occidente de la NUEVA EPS, notificándole lo resuelto el 14 de abril de 2020, siendo remitido el expediente a ésta Sala a efectos de desatar la consulta.

A pesar de haber sido informado el sancionado del presente trámite, el mismo no se pronunció al respecto.

El 24 de abril de 2020, se procedió a realizar llamada telefónica a la señora YESICA ALEJANDRA PIEDRAHITA LÓPEZ con el fin de verificar si la Entidad accionada ya había cumplido con lo dispuesto en el fallo, quien informó que a la fecha no le han hecho entrega del producto denominado NUTRIBEN HIDROLIZADA ordenado por el médico tratante y al acudir a la entidad le informaron que cambiaron de farmacia de distribución, que tenían que gestionar con ellos unos nuevos códigos y afirmó que como vive en Granada, su tía que vive en la ciudad de Medellín fue a averiguar precisamente el día de hoy (24 de abril) y le indicaron que debía esperar a que la llamen, porque muy

seguramente le harían entrega del producto en la casa. Sin indicarle una fecha probable de entrega.

CONSIDERACIONES

Resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha precisado que el incidente de desacato no tiene como única o principal finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla, sin perjuicio, obviamente, de que en ocasiones el incumplimiento del fallo comporte sancionar al funcionario renuente.

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, resulta razonable señalar que, al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta, el objeto se encuentra centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en tal sentido, aclarando eso sí, que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden*

impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”¹.

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: La primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, otros; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, “*como si se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial*”².

Igualmente, se ha puntualizado que “*en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia*”³.

Ahora, en el presente caso el fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario– Antioquia-, consistió en ordenar a la NUEVA EPS que:

“...ORDENAR a la NUEVA E.P.S. por intermedio de su Representante Legal, 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 autorizar y hacer entrega efectiva del producto denominado NUTRIBEN HIDROLIZADA ESTAPA (sic) 2 DE 400, favor del menor MAXIMILIANO MONTALVO PIEDRAHITA”.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

² CSJ, Sala Penal. Providencia del 12 de noviembre de 2003, Radicado 15116.

³ CSJ, Sala Penal. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

Así mismo, concedió el tratamiento integral para el adecuado manejo de las enfermedades que padece el menor.

La entidad accionada no se pronunció frente a la sanción impuesta al Representante Legal Regional Nor-occidente de la NUEVA EPS, a pesar de haber sido debidamente informada del respectivo trámite, por lo que la Sala, procedió a verificar con la incidentante, señora YESICA ALEJANDRA PIEDRAHITA LÓPEZ, quien manifestó que a la fecha, no le han entregado el producto requerido por el menor MAXIMILIANO MONTALVO PIEDRAHITA y que fuera objeto de la acción de tutela.

Significa entonces que el doctor FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ, Representante Legal Regional Nor-occidente de la NUEVA EPS, está en desacato a la orden judicial y se ha sustraído sin causa alguna del cumplimiento de la decisión, conducta que puede estimarse dolosa, dado que fue notificado de cada una de las actuaciones dentro de este trámite y hasta el momento no ha presentado una explicación razonable que indique la imposibilidad de la entidad accionada de dar cumplimiento al fallo de tutela en su totalidad, debiéndose resaltar también que la orden impartida por el Juez de tutela, data del 28 de enero de 2020, concluyéndose que tuvo bastante tiempo la accionada para dar trámite a una actuación que le es propia.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia 75786 del 11 de septiembre de 2014⁴, al resolver una consulta de incidente de desacato expuso:

⁴ ATP5450-2014. M.P. María del Rosario González Muñoz

“Indudablemente, la orden impartida en sede de tutela es de obligatorio acatamiento por la autoridad llamada a cumplirla, por tanto, debe hacerlo dentro del término perentorio establecido en el fallo respectivo. Si no ocurre así, además de continuar vulnerando el derecho o derechos fundamentales objeto de amparo, se desconoce la providencia mediante la cual se protegieron dichas garantías.

En torno de dicha situación y de conformidad con los principios de eficacia y efectividad, el ordenamiento jurídico radicó en cabeza del juez constitucional las facultades necesarias para obtener el cumplimiento material de la orden respectiva y sancionar por desacato al funcionario que la ha incumplido injustificadamente.

En salvaguarda de la inmediatez que debe existir entre la vulneración o amenaza del derecho constitucional prolijado y la efectividad del amparo aplicado por la jurisdicción de tutela, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 prevé:

Cumplimiento del fallo. *Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.*

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia”.

Por su parte, el artículo 52 del mismo plexo normativo consagra el instituto jurídico conocido como *desacato*, el cual opera cuando, ...“*La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”.*

Así las cosas, es evidente que la ley ofrece dos vías que, aunque diferentes, son complementarias y están orientadas a obtener el restablecimiento del derecho conculcado o la respuesta ante su amenaza. De esta manera, la persona que estima incumplido el fallo

respectivo, puede solicitar a la autoridad judicial que lo profirió, cualquiera de estas opciones o las dos.

Ante ello, el juez constitucional debe proceder en su orden -según se desprende de la interpretación del artículo 27 del decreto en cita- a ejecutar los procedimientos respectivos para obtener el cumplimiento de la orden de tutela, pues su competencia se mantiene hasta cuando sea completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

Por ello, la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-939 del 2005 y en el auto No. 122, del 5 de abril del 2006, precisó lo siguiente:

El marco reglamentario de la acción de tutela consagra entonces, un conjunto de facultades y –también- el punto cardinal conforme al cual podemos derivar un conducto regular desde donde el juez podrá determinar si es necesario, como última ratio, el inicio del incidente de desacato. Por supuesto, conforme a lo anterior encontramos que dentro de las obligaciones del juez de primera instancia se encuentra, en primera medida, verificar el cumplimiento del fallo y luego sí, podrá evaluar la necesidad de evacuar los demás recursos consignados en el artículo 27 y, en caso de considerarlo necesario, acudir al desacato. Ahora bien, dentro de este último evento es necesario tener en cuenta, que su trámite no puede desconocer las garantías inherentes al debido proceso y el derecho de defensa, es decir, la brevedad del mismo no puede ser óbice para menguar derechos fundamentales. Sería contradictorio y lesivo de la propia Carta que los mecanismos que sirven de apoyo para asegurar la realización de una tutela, constituyeran medios para vulnerar los derechos fundamentales de aquellos que deben cumplir la orden de amparo constitucional. (Subrayas propias)”.

La Corte Constitucional, respecto al mismo tema, ha sostenido que el objeto principal del incidente de desacato no es la sanción en sí misma, sino persuadir al responsable para que cumpla la orden constitucional⁵:

“(…) El objeto del incidente de desacato, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, la finalidad del mencionado incidente no es la imposición

⁵ Sentencia T-421 de 2003

de una sanción en sí misma sino una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia.

En el presente caso, al constatar la carencia de pruebas suficientes en el plenario, que den cuenta del cumplimiento al fallo de tutela, puede afirmarse sin lugar a dudas que se está desconociendo la orden constitucional emitida el 28 de enero de 2020, y no hay justificación válida para no haberla acatado, lo que implica que la sanción por desacato proferida el 13 de abril de 2020 deba ser confirmada, dado que subsisten los motivos que dieron lugar a su proferimiento, situación que es corroborada con la incidentante, mediante llamada telefónica donde informó que la entidad accionada aún no ha cumplido con la orden dada en la tutela.

Por esta razón, dado que el representante legal regional Nor-occidente de la entidad accionada, doctor FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ no allegó pruebas que justifiquen válidamente el incumplimiento al fallo de tutela, ni mucho menos ha acreditado el cumplimiento en su totalidad, puede hablarse de una conducta dolosa encaminada a sustraerse de manera deliberada de cumplir la decisión, por lo que no le queda más a esta Judicatura que confirmar la sanción impuesta.

Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen para que realice las actuaciones tendientes al cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela y para que se haga efectiva la respectiva sanción.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al Representante Legal Regional Nor-occidente de la entidad accionada la NUEVA EPS, doctor FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ, a la pena de tres (3) días de arresto y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 28 de enero de 2020.

SEGUNDO: Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen⁶ para que realice las actuaciones tendientes al cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela y para que se haga efectiva la respectiva sanción.

Notifíquese a las partes lo resuelto y devuélvase donde está ordenado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
Magistrado

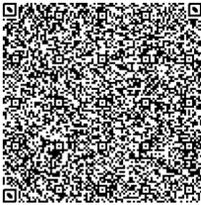
⁶ Juzgado Penal del Circuito de El Santuario– Antioquia-

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



No. Interno: 2020-0321-2

Accionante: LAURA MARCELA MUÑOZ SÁNCHEZ.

Entidad Accionada: COMANDO DE PERSONAL DEL
EJÉRCITO NACIONAL.

Fallo de tutela Nro 013

Decisión: CONFIRMA FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

Medellín, treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020)
Aprobado en sesión de la fecha según acta No. 031

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionante, contra el fallo de tutela proferido el día 20 de marzo de 2020, por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia, mediante el cual se concedió el amparo del derecho fundamental de petición y se negó la solicitud de amparo constitucional deprecada por la cabo primero Laura Marcela Muñoz

¹ El presente Código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Su contenido es fiel reflejo de las anotaciones de los archivos del Sistema Gestión Judicial Siglo XXI. –Para su lectura se requiere aplicación- descargar en Play Store- lector QR.

Sánchez, en contra de la decisión contenida en la orden administrativa OAP N° 2189 del 4 de noviembre de 2019, que ordenó el traslado a la fuerza de tarea vulcano en Tibu, Norte de Santander.

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Los hechos de la demanda, fueron señalados por el Juez de Instancia de la siguiente forma:

“Afirma la accionante que es miembro activo del ejército Nacional en grado de Cabo Primero, que prestaba sus servicios en la Séptima División en la ciudad de Medellín, y el 04 de noviembre de 2019 recibió notificación de traslado para la Fuerza de Tarea Vulcano en Tibu, Norte de Santander. Que en razón a ello procedió el 13 de noviembre de ese año a solicitarle al Comandante de la Séptima División colaboración con el fin de apoyar que se reconsiderara su traslado, debido a que su señora madre, BEATRIZ ELENA SANCHEZ UPEGUI fue diagnosticada con HERALDOSTERONISMO PRIMARIO (ENFERMEDAD CARDIACA HIPERTENSIVA SIN INSUFICIENCIA CARDIACA) lo cual conlleva al acompañamiento permanente asistencia a citas médicas y demás, por lo que requiere de su apoyo económico y acercamiento familiar, contando únicamente en estos momentos con la compañía de su hermana quien es menor de edad, lo que dificulta su ingreso a las clínicas.

Informa que efectivamente el Comandante de la Séptima División procedió a remitir memorial el 21 de noviembre de 2019 apoyando su solicitud, y al respecto, en respuesta del 26 de diciembre, el oficial del área Administrativa de la Dirección de Personal del Ejército – DIPER- informó que no se accedía a lo solicitado por cuanto se verificó que los soportes aportados respecto a la situación clínica de su mamá, indican que se encuentra

controlada y no se registra indicación alguna que requiera acompañamiento permanente, además, que su traslado obedeció al planeamiento realizado por el Departamento Jurídico Integral de acuerdo a la especialidad y las novedades del personal, además, porque la solicitud fue allegada de manera extemporánea, manteniendo así lo dispuesto en la Orden Administrativa de Personal OAP N° 2189 del 4 de noviembre de 2019.

Advirtió la accionante que mediante derecho de petición del 03 de enero de 2020 solicitó al Comandante del Ejército Nacional para que, ante la negativa de Comando de Personal, se estudiara su traslado de la Fuerza de Tarea Vulcano al Municipio de Puerto Berrío (BR14) o seguir en la Séptima División, para lo cual sustentó la solicitud en motivos de salud de su señora madre, aunado a la de su padre y abuela, de quienes dijo, padecen enfermedades que los hace requerir de acompañantes, y por cuanto dependen económicamente de ella. Al respecto indicó la accionante que no ha recibido respuesta alguna.

Así mismo, advirtió que ese mismo 3 de enero elevó derecho de petición al Comandante de Personal solicitando que se estudiara por segunda vez la historia clínica de su mamá, en donde se advierte que requiere acompañamiento para el tratamiento médico, así mismo, que es la directa responsable de su papá y su abuela, ambos de la tercera edad y con problemas de salud, y que de acuerdo a esa situación se reconsiderara su traslado de la Fuerza de Tarea Vulcano al Municipio de Puerto Berrío (BR14), Medellín (BR04) o seguir en la Séptima División. Sobre el particular, manifestó la accionante, que recibió respuesta el 15 de enero de 2020 en la que se le indicó que por ser una solicitud reiterativa, con las mismas pretensiones de la solicitud de diciembre de 2019, se ratificaban en la respuesta que ya se le había otorgado.

El 07 de enero de 2020 la accionante elevó la misma petición ante la Dirección de Bienestar y Familia, ampliando más la información sobre el estado de salud de su señora madre, padre y abuela, y da a conocer las respuestas obtenidas ante sus solicitudes. Frente a lo anterior, el 17 de enero de 2020 el Subdirector de Familia y Bienestar DIFAB respondió indicando que verificada la documentación se establece que no cumple con los requisitos establecidos en el protocolo de solicitudes de traslados y que sería contactada por el Centro de Familia Militar de la Trigésima Brigada con el fin de ser orientada respecto al trámite a seguir para solicitar el traslado por el caso especial de su familia.

Por lo anterior, la señora LAURA MARCELA MUÑOZ SANCHEZ acude a la acción de tutela, solicitando que se tutelen sus derechos fundamentales, y como consecuencia, se ordene su traslado al municipio de Puerto Berrío o a la ciudad de Medellín.”

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de Primera Instancia concede el derecho de petición y niega el amparo constitucional de la señora MUÑOZ SANCHEZ, en contra del acto administrativo OAP 2189 del 4 de noviembre de 2019 que ordenó su traslado.

Como consecuencia, la Judicatura dispuso: “SEGUNDO: ORDENAR al COMANDO DE PERSONAL-DIRECCIÓN DE PERSONAL DEL EJÉRCITO que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de este providencia, proceda a resolver DE FONDO, CLARA, PRECISA Y CONGRUENTE la solicitud presentada por la señora LAURA MACELA

MUÑOZ SÁNCHEZ el 03 de enero de 2020, en la que solicitó se estudiara por segunda vez la historia clínica de su mamá y puso de presente la situación de salud y dependencia económica de su papá u su abuela, ambos de la tercera edad y con problemas de salud, y donde solicitó que se reconsiderara su traslado de la Fuerza de Tarea Vulcano al municipio de Puerto Berrío (BR14), Medellín (BR04) o seguir en la Séptima División.

TERCERO: ORDENAR al COMANDANTE DEL EJÉRCITO NACIONAL que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a resolver de FONDO, CLARA, PRECISA Y CONGRUENTE la solicitud presentada por la señora LAURA MARCELA MUÑOZ SÁNCHEZ el 03 de enero de 2020 en la que solicitó que se estudie su traslado de la Fuerza de Tarea Vulcano al municipio de Puerto Berrío (BR14), Medellín (BR04) o seguir en la Séptima División.

CUARTO: NEGAR la solicitud de amparo constitucional deprecada por la señora MUÑOZ SANCHEZ, en contra de la decisión contenida en la Orden Administrativa de Personal OAP N° 2189 del 04 de noviembre de 2019 que ordenó el traslado a la Fuerza de Tarea Vulcano en Tibú, Norte de Santander, por las razones expuestas en el cuerpo de esta providencia..

(...)"

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Expresa la accionante su inconformidad con el fallo de primera instancia, en relación con la solicitud de no reconsiderar su traslado de la Fuerza de Tarea Vulcano al Municipio de Puerto

Berrío o Medellín o seguir en la Séptima División con fundamento en lo siguiente:

La tutela va dirigida contra la Orden Administrativa de Personal OAP N° 2189 del 4 de noviembre de 2019, mediante la cual se ordenó el traslado de la señora Muñoz Sánchez a la Fuerza de Tarea Vulcano en Tibú, Norte de Santander, se está desconociendo el derecho a la vida digna, principio de solidaridad con personas de la tercera edad, los cuales fueron vulnerados por el Ejército Nacional, Comando de Personal Dirección de Personal – Sección traslados-.

Frente a la Orden Administrativa de Personal N° 2189 del 4/11/2019, el despacho advirtió que esa controversia deviene de un asunto litigioso de índole administrativo, por lo que debe ser conocido y resuelto por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, escenario natural para buscar la protección de sus derechos.

Disiente la impugnante aludiendo que la vía administrativa es una vía engorrosa y dispendiosa. Afirma que la acción de tutela fue creada para proteger los derechos fundamentales de cualquier violación por parte de una autoridad pública y evitar así un perjuicio irremediable y, en este caso, se está presentando una clara violación a sus derechos al negarle su pretensión, ocasionándole un perjuicio irremediable.

Estima la recurrente que es indispensable su presencia cercana y el acompañamiento a sus padres, abuela y hermana, debido a su delicado estado de salud y evidente deterioro en su calidad de vida.

Alude que en cuanto a la exigencia del Juez de primera instancia de probar sumariamente la posible consumación de un perjuicio irremediable, se puede evidenciar en la documentación aportada en la historia clínica que su madre Beatriz Elena Sánchez Upegui, quien registra ingresos a urgencias en el año 2018 al hospital Cesar Uribe Piedrahita en el municipio de Puerto Berrío. En el año 2019 registra siete ingresos a urgencias en el mismo hospital y en la clínica León XIII y una hospitalización el 25 de octubre de 2019. Incluso el médico internista le prescribió a su madre ENFERMEDAD CARDIACA HIPERTENSIVA CON INSUFICIENCIA CARDIACA CONGESTIVA), donde se recomendó que era un signo de alarma y ha estado en tratamiento, y cada día se ha estado deteriorando su salud.

De igual manera reseña que su señor padre EFRAÍN ANTONIO MUÑOZ es un adulto mayor de 71 años de edad, es diabético, con una anquilosis en la mano izquierda y depende económica y emocionalmente de ella.

También advierte acerca del estado de salud de su abuela AMANDA DE JESÚS UPEGUI DE SÁNCHEZ de 79 años de edad, quien padece Meningitis TB, con pop de hematoma Subdural, secuelas de hemiplejia y Afásica, además de necesitar una persona de tiempo completo para sus cuidados por su reducida movilidad.

Refiere la apelante que desde que fue trasladada al municipio de Tibú, sus aportes económicos han disminuido, en cuanto debe pagar una niñera para cuidar a su abuela y su padre; indica que además del aporte económico, es el acompañamiento permanente que deben tener los adultos mayores en el municipio de Puerto Berrío.

Manifiesta que el traslado de su núcleo familiar a Tibú no es posible, debido al orden público de la zona, además de que la base militar no cuenta con la infraestructura adecuada para el cuidado que ellos requieren. Incluso anota, que debido a esta situación ha tenido problemas en su matrimonio a punto de estudiar su renuncia al ejército Nacional, debido al deterioro de la calidad de vida de su familia.

Respecto a lo manifestado por la Dirección de Familia y Bienestar del Ejército, en el que se pretende verificar su núcleo familiar, la accionante alude que éste está compuesto por las personas que ella refiere, y no como lo informa la Dirección, cuando manifestaron que en los registros de su hoja de vida solo reportó a su cónyuge. Es que la Dirección no puede argumentar que en su hoja de vida no se reportó a sus padres, a sabiendas que la información de todo su núcleo familiar lo anunció y diligenció en varias unidades militares durante los años 2010 al 2018 e incluso, los reportó en el formato del seguro de vida grupo subsidiado.

Argumenta que la falta de su presencia cercana en su núcleo familiar, está afectando la vida digna y la salud de sus padres.

De ahí que, solicite que con el fin de evitar un perjuicio irremediable, se revoque la decisión de primera instancia y se conceda la tutela, ordenando a la entidad accionada que proceda a reconsiderar su traslado y la remitan a Puerto Berrío o a una Unidad militar cercana, para poder apoyar económica, anímica y físicamente a su núcleo familiar, que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta y requieren de su presencia por las enfermedades que padecen.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

5.1 Competencia

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

5.2 Problema Jurídico

El primer problema jurídico que debe decidir la Sala, se contrae a resolver si en este caso se vulneró el derecho fundamental de petición, teniendo de presente que dos de los derechos de petición elevados ante el Comando de Personal de la Dirección de Personal del Ejército Nacional y el Comandante del Ejército Nacional fueron desatendidos, por cuanto no brindaron la respuesta a la petición elevada por la accionante.

Por lo tanto, una vez observada la respuesta de la entidad accionada (Dirección de Personal del Ejército), se logra determinar sin mayor esfuerzo que la entidad accionada no se pronunció acerca del estudio de la situación del padre y de la abuela de la accionante, situación adicional que puso en conocimiento la actora en su segundo derecho de petición. Pues aquella se limitó a informar: ***“que por ser una solicitud reiterativa y con las mismas pretensiones de la petición elevada en el mes de diciembre de 2019, se ratificaban en la respuesta emitida en la primera respuesta.”***

En cuanto al derecho de petición del 3 de enero de 2020, impetrado ante el Comandante del Ejército Nacional, la accionante no ha recibido ninguna respuesta y en el trámite de esta acción constitucional dicha autoridad guardó silencio.

Respecto a la solicitud pretendida ante la Dirección de Bienestar y Familia del Ejército, esta autoridad dio respuesta a la petición, informándole que una vez verificada la documentación, encontraron que la actora no cumple con los requisitos establecidos en el protocolo de solicitud de traslados y la orientaron con relación al proceso que debe seguir para solicitar el traslado por el caso especial de su familia.

Es claro entonces que en el primer evento la respuesta no es precisa frente al objeto de la petición, y en el segundo, el Comandante del Ejército Nacional omitió dar respuesta a la petición hecha por la actora, vulnerando con ello, las pautas de orden jurisprudencial con miras a la protección del derecho de petición, tal y como lo señala la H. Corte Constitucional.

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

Ahora, al referirse la Jurisprudencia de la Corte Constitucional a las características esenciales de este fundamental derecho, ha reiterado que el núcleo esencial reside en la resolución pronta y oportuna de la solicitud.

En efecto, así lo ha manifestado:

*“(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) **la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado;** (iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible²; (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares³; (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición⁴ pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; (viii) el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa⁵; (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder;⁶ y (x) ante la*

² Sentencia T-481 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

³ Al respecto véase la sentencia T-695 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴ Sentencia T-1104 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

⁵ Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.

⁶ Sentencia 219 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz.

presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado".⁷

De los anteriores componentes jurisprudenciales cabe destacar que el derecho de petición exige, por parte de las autoridades competentes, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición."⁸(s.n)

Ahora bien, en el caso que ocupa la atención de la Sala, se evidencia que el Comando de Personal -Dirección de Personal del Ejército-, está contestando en forma parcial su petición por cuanto sí le dio respuesta a la accionante sobre la reconsideración de su traslado por motivos de salud de su señora madre, más no se pronunció sobre el estudio de la situación de su padre y abuela, situación adicional que fue puesta en conocimiento por parte de la accionante en su segunda petición; sumado a ello, el Comandante del Ejército Nacional no le ha dado respuesta a la petición elevada el 3 de enero del corriente año por la accionante Laura Marcela Muñoz Sánchez.

De ahí que, esta Corporación en consonancia con lo esbozado por la Juez A quo observa que a la accionante LAURA MARCELA MUÑOZ SÁNCHEZ, se le continúa vulnerando su derecho fundamental de petición. Pues no hay repuesta de fondo, pues se tiene que en la primera solicitud la accionante pretendió que se

⁷ Sentencia 249 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸ Corte Constitucional, T-1130 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

reconsiderara su traslado por motivos de salud de su señora madre, pero en la segunda solicitud, además de solicitar el estudio de la situación de su madre, adicionó y pretendió que se estudiara la situación de salud de su progenitor y su abuela, situación adicional que no fue objeto de estudio por parte del Comando de Personal del Ejército, de ahí que no pueda considerarse como una solicitud reiterativa y remitirse a la respuesta ya brindada como lo estimó la autoridad demandada y, en su lugar, debió pronunciarse de fondo, situación que fue omitida por esta autoridad. Además, el Comandante del Ejército Nacional no ha brindado respuesta al derecho de petición elevado por la actora el 3 de enero de 2020.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado por la accionante en esta acción constitucional, esto es, la negación de la solicitud de amparo constitucional deprecada por la señora Muñoz Sánchez, en contra de la decisión contenida en la orden administrativa OAP N° 2189 del 4 de noviembre de 2019, que ordenó el traslado a la fuerza de tarea vulcano en Tibu, Norte de Santander, y no reconsideraron su traslado al Municipio de Puerto Berrío (BR14) o seguir en la Séptima División de Medellín, sin tener en cuenta el estado de salud de su núcleo familiar (madre, padre y abuela), la Corporación se referirá a la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que ordenan los traslados de servidores públicos, el alcance y límites al ejercicio del *ius variandi*, la reiteración de la Jurisprudencia y por último procederá al estudio del caso concreto.

La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades y en atención a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 ha afirmado que la acción de tutela no es el mecanismo para

controvertir un acto administrativo, pues el mecanismo ordinario para el efecto, está en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.⁹

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que cuando se está ante la existencia de una amenaza de un perjuicio irremediable o se demuestra que los mecanismos ordinarios de defensa no resultan idóneos en el caso concreto, procederá la tutela de manera excepcional para proteger los derechos fundamentales de la persona.

En relación con los actos administrativos que ordenan o niegan solicitudes de traslados del personal de la Fuerza Militar, el artículo 82 del Decreto 1790 de 2000 establece que el traslado es el acto por medio del cual la autoridad militar competente asigna a un oficial o suboficial a una nueva unidad o dependencia militar, con el fin de prestar sus servicios dentro de la organización, decisión contra la que no procede recurso alguno y es de obligatorio cumplimiento.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que no obstante la facultad discrecional que tiene el empleador para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores, cuando se esté ante un acto administrativo que ordene de manera arbitraria e intempestiva el traslado de un servidor público, que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar¹⁰, procederá el juez constitucional a estudiar el fondo del asunto, y si es del caso ordenar o suspender la orden impartida.

⁹ Sentencia T-1010 de 2007.

¹⁰ Sentencia T-325 de 2010

En este sentido, en Sentencia T-653 de 2011 la Corte Constitucional sostuvo que:

“Según la jurisprudencia constitucional, esta situación se presenta “cuando se encuentra que el acto de traslado es ostensiblemente arbitrario¹¹ y adicionalmente, se cumple alguno de los siguientes supuestos: “(1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido¹²; (2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables¹³; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia¹⁴.”¹⁵

Sobre el alcance y límites al ejercicio del *ius variandi*, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-060 de 2015, apuntó:

*“Sobre la aplicación del *ius variandi* dentro de las plantas de carácter global y flexible de algunas entidades públicas, la Corte Constitucional ha sostenido que dicha potestad se justifica en la necesidad de cumplir los fines del Estado dentro de todo el territorio Colombiano. En este sentido, éste tipo de entidades ostentan una mayor discrecionalidad frente al traslado de los servidores públicos cuyas condiciones laborales, en relación al lugar de la prestación laboral, pueden ser modificadas en razón a la*

¹¹ “T-715/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); T-288/98 (MP Fabio Morón Díaz).”

¹² “Sentencias, T-330/93 (MP Alejandro Martínez Caballero), (T-483/93 MP José Gregorio Hernández Galindo), T-131/95 (MP. Jorge Arango Mejía), T-181/96 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-514/96 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-516/97 (MP. Hernando Herrera Vergara), T-208/98 (MP. Fabio Morón Díaz) y T-532/98 (MP Antonio Barrera Carbonell)”

¹³ “Sentencia T-503/99 (MP. Carlos Gaviria Díaz).”

¹⁴ “Sentencia T-120/97 (MP Carlos Gaviria Díaz); T-532/96 (MP Antonio Barrera Carbonell).”

¹⁵ “Sentencia T-264 del 17 de marzo de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería.”

“necesidad del servicio”,¹⁶ sin que esa potestad pueda confundirse con arbitrariedad.

En este orden, y teniendo en cuenta que los alcances del *ius variandi* se aplica tanto para la esfera de lo privado como de lo público, la Corte ha resaltado, que cuando se trata de entidades del Estado, el director goza de un margen de discrecionalidad más amplio al momento de valorar las circunstancias para ordenar o negar un traslado. Al respecto, en Sentencia T-468 de 2002 se indicó:

“(…) la estabilidad territorial de quienes laboran en instituciones con planta global es menor a la de aquellos que lo hacen para otro tipo de entidades pues, como fue señalado, razones de interés general justifican un tratamiento diferente. No obstante, el ejercicio del *ius variandi* para ordenar traslados, por ejemplo de una ciudad a otra en instituciones del orden nacional, tiene como supuesto **la necesidad del servicio**, y **encuentra su límite en el respeto a los derechos adquiridos y la imposibilidad de desmejorar las condiciones laborales.**(Negrilla fuera de texto)

Bajo estas consideraciones, el *ius variandi* debe ejercerse teniendo en cuenta los siguientes parámetros: “i) las circunstancias que afectan al trabajador; ii) su situación familiar; iii) su estado de salud y el de sus allegados; iv) el lugar y el tiempo de trabajo; v) las condiciones salariales; y vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado”.¹⁷

En el presente evento, la suboficial Laura Marcela Muñoz Sánchez instauró acción de tutela contra el Ejército Nacional, comando de personal, Dirección de Personal, Comandante del Ejército Nacional y Jefe de Estado Mayor y Segundo Comandante de la Trigésima Brigada, al considerar que el no traslado de Unidad Militar, vulnera sus derechos fundamentales a la vida digna y principio de solidaridad con las personas de la tercera edad, toda

¹⁶ Sentencia T- 338 de 2013

¹⁷ Sentencia T-048 de 2013

vez que los integrantes de su núcleo familiar padecen patologías que requieren de su continuo acompañamiento.

En ese sentido, el oficial del área administrativa DIPER, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional Comando General de las Fuerzas Militares Dirección de Personal del Ejército Nacional, no accedió a la solicitud de traslado de manera favorable y mantuvo la orden administrativa de personal OAP No 289 del 4 de noviembre de 2019, al considerar que: según lo verificado y de acuerdo con los soportes aportados por el personal especializado de medicina laboral de la Dirección de Personal, se recomendó que la paciente Beatriz Helena Sánchez Upegui, madre de la accionante, se encuentra controlada, requiere sus controles médicos para el manejo de su patología (enfermedad cardiaca hipertensiva sin insuficiencia cardiaca), pero conforme a las historias clínicas no requiere acompañamiento permanente.

Así mismo, el Comando de Personal – Dirección de Personal del Ejército Nacional, adujo que al verificar el extracto de la hoja de vida de la Suboficial, se evidenció que la misma, tuvo una permanencia en la ciudad de Medellín por el término de 25 meses contados a partir del 22 de diciembre de 2017 al 31 de enero de 2020.

Igualmente, verificaron que no se evidenció que la Suboficial diera a conocer ante esa Institución que sus padres actualmente dependieran de ella, por lo que deberían estar vinculados como personas a cargo del funcionario; únicamente se encuentra registrado su actual cónyuge Jaime Andrés Morales Álvarez.

Así las cosas, señalaron que en caso de presentarse una situación especial que afecte el núcleo familiar de un integrante del ejército Nacional, debe acudir al centro de Familia competente y activar la ruta de atención y, una vez se conforme el expediente con la respectiva documentación, será expuesto ante el Comité de traslados de la Dirección de Personal para que defina n su aprobación o no del traslado del funcionario.

Indicaron que no hallaron ningún registro que permitiera evidenciar que la accionante haya dado a conocer la situación familiar que actualmente presenta, en relación con el estado de salud de su señora madre y la custodia de sus padres adultos, su abuela y la menor hermana, habida cuenta que en la hoja de vida de la suboficial, solamente registra el nombre de su cónyuge.

Le sugirieron a la actora, que una vez inicie el proceso a través del centro de familia militar competente y anexe la respectiva documentación, debe remitirse a la Dirección de Familia y Bienestar, con el objeto de exponer su situación ante el comité de traslados de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, quienes son los competentes para apoyar o no la solicitud de la uniformada.

Recalcan que los traslados del personal militar, como lo ha reiterado la Corte Constitucional, no están sujetos a eventuales intereses particulares de sus miembros, pues debe primar el interés general y debido a que la petente no activó el protocolo establecido por las normas internas de la institución, no se accedió a su petición de traslado.

Además, el Director de Familia y Bienestar del Ejército, señaló que la cabo primero Laura Marcela Muñoz Sánchez, solicitó reconsideración de traslado, aduciendo que integrantes de su núcleo familiar padecen patologías que requieren del continuo acompañamiento de la suboficial.

Señaló que el traslado ordenado en el acto Administrativo de Personal OAP No 2189 del 4 de noviembre de 2019, se efectuó conforme a lo reglado en el Decreto Ley 1790 de 200 y obedeció al planteamiento realizado por el Departamento Jurídico Integral CEDE11, quien ubicó al personal teniendo en cuenta la especialidad, los diferentes situaciones y novedades del personal; además el empleado público está sujeto al tipo de servicio y necesidades de la fuerza.

No obstante lo anterior, aun tomando en consideración las historias clínicas agregados al expediente por la accionante, es manifiesto que las mismas no son categóricas en probar que conforme al diagnóstico que aduce la peticionaria padece su señora madre, estos no ameritan ni requieren de un acompañamiento permanente, pues nótese que según los pronósticos expuestos en las historias clínicas, su patología está siendo controlada por los médicos tratantes con medicamentos y procedimientos prescritos a lo largo de la enfermedad; así mismo, en lo referente a su señor padre y abuela, se puede apreciar en los anexos de la tutela, que el señor Efraín Antonio Muñoz, asistió a la Clínica Oftalmológica Santa Lucía para una consulta y la señora Amanda de Jesús Upegui, presenta antecedentes de meningitis, a la cual se le está dando el manejo médico, conclusiones que llevan a desvirtuar lo que con ellos pretende probar la accionante.

No obstante lo anterior, advierte esta Sala, que en el caso *sub judice* no se cumplía con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para controvertir el acto administrativo por medio del cual se ordene o se niegue un traslado¹⁸, pues si bien es cierto, que la señora madre de la accionante padece de *enfermedad cardiaca hipertensiva sin insuficiencia* y que conforme a su historia clínica, no se determinó que fuese una enfermedad crónica o estuviese en peligro su vida y mucho menos que necesitara un acompañamiento permanente.

Dentro del expediente de tutela **no se encuentra probado que en el caso particular de la señora Beatriz Helena Sánchez Upegui, su patología requiera de cuidados intensivos o un acompañamiento permanente por parte de la suboficial Laura Marcela Muñoz Sánchez, pues no se ha demostrado en debida forma que el mismo haya sido siquiera prescrito. Tampoco se demostró que dependieran económica y emocionalmente de ella.**

Ahora bien, conforme a lo antes expuesto no se avizora la procedencia excepcional de la acción de tutela frente al acto administrativo que ordenó el traslado de la accionante, en consecuencia, no se demostró la existencia de un *perjuicio irremediable*, teniendo en cuenta además, su calidad de miembro de las fuerzas militares y trabajadora perteneciente a una planta de personal de carácter global y flexible.

La orden administrativa de Personal OAP 2189 del 4 de noviembre de 2019, por medio de la cual se ordenó el traslado de

¹⁸ La Corte constitucional ha reconocido que no obstante existir otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativo, podrá, el juez constitucional, en aquellos casos donde se amenace de manera grave la situación del trabajador, sus derechos fundamentales o de su núcleo familiar, intervenir por esta vía para garantizar los derechos fundamentales.

la Suboficial Laura Marcela Muñoz Sánchez a la fuerza de tarea vulcano en Tibu, Norte de Santander, constituye un acto administrativo susceptible de ser controvertido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, escenario idóneo en el cual las partes deben someter a consideración del juez administrativo, aquellas consideraciones jurídicas que le permitan a este, con base en los elementos de juicio pertinentes y el caudal probatorio obrante en el proceso, estudiar y pronunciarse sobre la legalidad de la decisión adoptada en la orden administrativa.

Cabe advertir que la Dirección de Personal le indicó a la accionante, que para el caso particular, se debe resaltar que no obra antecedente alguno en su hoja de vida que le permitiera a esa Dirección Ejecutiva conocer su situación familiar respecto de los problemas de salud de su núcleo familiar y que solo con ocasión de la acción de tutela se vino a poner en conocimiento de la administración este hecho.

Finalmente, en el trámite de tutela los demandados expusieron las mismas consideraciones que arguyeron al resolver la petición de reconsideración y dar respuesta al derecho de petición referido, añadiendo, como defensa procesal, que el acto administrativo sí estuvo motivado en razones de orden jurídico y que la accionante se encuentra en posición especial como oficial y está sometida a los imperativos de disciplina y disponibilidad permanente propios de la vida militar; además por la calidad de militar de la accionante y los alcances y límites del *ius variandi* son distintos de aquellos que se predicán de los trabajadores particulares.

Encuentra la Sala que los cargos formulados por la accionante contra el acto administrativo impugnado, no tienen una entidad suficiente para demostrar la ostensible arbitrariedad, intempestividad y afectación iusfundamental exigida por la jurisprudencia constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a la decisión de la administración de ordenar su traslado a la fuerza de tarea vulcano en Tibu, Norte de Santander.

En ese orden de ideas, la Sala **CONFIRMARÁ** el fallo de primera instancia, proferido el día 20 de marzo de 2020, por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia, al encontrarse en consonancia con la ley y la jurisprudencia de la Alta Corporación en materia Constitucional.

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

6.- RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, que data del 20 de marzo de 2020, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

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

Medellín, abril treinta (30) de dos mil veinte (2020)

Nº Interno : 2020-0225-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05796000291201700151
Procesado : Ramón Eduardo Correa
Delitos : Actos sexuales con menor de 14 años
Decisión : Revoca y en su lugar decreta prueba

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de la fecha. Acta N° 039

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la Fiscalía contra el auto proferido por el *Juzgado Penal del Circuito Puerto Berrío, Antioquia*, de fecha *11 de febrero de 2020*, mediante el cual no decretó como prueba el testimonio del investigador judicial *Luís Fredy Velandia Rodríguez*, a través de quien sería introducida la entrevista forense realizada a la menor *JVH* y el informe respectivo.

ANTECEDENTES Y AUTO RECURRIDO

En curso de la audiencia preparatoria el representante de la Fiscalía solicita, entre otras pruebas, el testimonio del *patrullero investigador criminal de la policía nacional Luis Fredy Velandia Rodríguez*, argumentando que a través de él se

introduciría la entrevista realizada a la menor presunta víctima cuya grabación ha sido plasmada en formato DVD, por lo tanto, conoce las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon ese acto investigativo, y a partir de ese contexto es que ha rendido el respectivo informe del 11 de mayo de 2019.

Que en consecuencia, daría cuenta de las razones por las cuales declaró la menor, quién tomó la entrevista forense, a quién le tomó esa entrevista, qué informe rindió sobre esa entrevista, qué fecha tiene ese informe, quien lo firmó, quien lo elaboró, que se consignó en ese informe sobre la entrevista forense, qué grabaciones hizo de ella, a quién grabó, quién dio el consentimiento para la entrevista forense, en qué documento o medio grabó la entrevista forense.

Lo anterior, toda vez que el aludido servidor judicial fue quien suscribió el informe de investigador de campo FPJ-11 del día 11 de mayo de 2019 sobre la entrevista forense de la víctima y anexo al mismo se encuentra el acta de consentimiento del 10 de mayo 2019 firmada por la víctima JVH y su progenitora Noralba Herrera Vélez como representante legal; de igual manera, al informe aludido, dicha persona adjuntó el disco compacto en formato DVD en el que grabó y filmó la entrevista forense de la infante.

Frente a lo anterior, en desarrollo de la respectiva audiencia preparatoria, consideró el juez A quo, que no había lugar a tal decreto probatorio al considerar que si la menor víctima comparecerá al juicio como testigo, no se hace necesario introducir una entrevista forense elaborada por el mentado

servidor de policía judicial Velandia Rodríguez, además porque considera que no obstante ser la prueba pertinente, es dilatoria del proceso y por lo tanto se torna inadmisibile, distinto es que la entrevista se utilice como prueba de referencia de acuerdo las exigencias del artículo 438 de la ley 906 de 2004, que en tratándose de delitos sexuales tiene un especial alcance, argumentación que, en su criterio, la Fiscalía no desarrolló en su oportunidad.

No obstante, señala el A quo, de sobrevenir situaciones excepcionales en el juicio podrá ser utilizada la entrevista según las reglas procesales respectivas.

IMPUGNACIÓN

Insiste el recurrente que el testimonio del *patrullero investigador criminal Luis Fredy Velandia Rodríguez* sí es pertinente porque es el testimonio de quien realizó la entrevista forense a la presunta víctima del delito de *actos sexuales con menor de 14 años*.

Así mismo, advierte que se debe tener en cuenta es que la entrevista forense está consagrada en la *ley 906 de 2004* como una prueba pasible de introducirse en el juicio en orden a establecer la existencia y la autoría del delito.

Asegura el fiscal que no conoce de norma alguna que prohíba que en la audiencia preparatoria se decrete la entrevista forense y el testimonio de quien recepciona la citada entrevista.

Nº Interno : 2020-0225-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 055796000291201700151
Procesado : Ramón Eduardo Correa
Delitos : Actos Sexuales con Menor de 14 Años

Así mismo considera necesario el testimonio del *investigador criminal Luis Fredy Velandia Rodríguez* porque con éste se pretende introducir al juicio el disco compacto tipo DVD en el cual está grabado en audio y video la entrevista forense realizada a la menor presunta víctima, en la cual se tendrá la oportunidad de ver directamente la información que dio sobre los hechos del presunto delito de actos sexuales abusivos que al parecer afectó su integridad sexual; aclara que una vez escuchado el testimonio de la menor si considera innecesaria la aducción de la entrevista y el respectivo testigo, desistiría de ese medio probatorio.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión de primera instancia en ese aspecto específico.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

DEFENSA

Manifiesta no tener algún reparo en que se decrete la prueba en la cual se interesa el delegado de la Fiscalía, eso sí con las condiciones legales fijadas para su producción.

MINISTERIO PÚBLICO

El ministerio público solicita que se acate la solicitud hecha por parte de la fiscalía, argumentando que al patrullero de la Policía Nacional que realizó la entrevista forense la única forma de saber si ese testigo reúne los requisitos de un entrevistador forense conforme a la ley 1652 de 2013 es escucharlo en juicio.

También advierte que esa ley les entrega unas calidades particulares a estos entrevistadores forenses, [*tiene una capacitación especial*], y la única forma de saber si está habilitado para testificar como lo pidió la fiscalía, es en la audiencia de juzgamiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero dejar sentado desde ahora, que acorde a la previsión establecida en la legislación procesal penal -*Ley 906 de 2004*-, respecto de la procedencia de las solicitudes probatorias que efectúen las partes en la audiencia preparatoria, la decisión de la Sala en punto del recurso de alzada promovido por la Fiscalía, se ceñirá al análisis de pertinencia y utilidad respecto del testimonio del policía judicial Luís Fredy Velandia Rodríguez quien introducirá la entrevista forense realizada a la menor presunta víctima y el informe respectivo.

En este orden de ideas, se hace imperioso acudir a la referida regulación normativa, con miras a establecer la configuración de los parámetros de procedencia recién mencionados y en consideración a la prueba solicitada por el sujeto procesal recurrente, misma que fuera denegada en el trámite de la audiencia preparatoria; especialmente, se refiere la Sala, a la consagración que establece sobre el particular el *artículo 359, Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004-*, que a la letra reza:

“Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.”.

En cuanto a la pertinencia, establece el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 que *“el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”.*

En efecto, el concepto citado comporta un análisis sobre la relación que existe entre los medios probatorios y el tema de prueba, cuyo resultado, de ser positivo, obliga igualmente a establecer, de cara al artículo 376, si es admisible a condición de que no genere peligro de causar grave perjuicio indebido, confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, o bien, sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Ahora, en cuanto a la utilidad de la prueba, la Corte Suprema de Justicia en decisión proferida el 17 Mar 2009 bajo radicado 22053, reiterada en otras posteriores como la AP 3975 de 2019 (radicado 55830), sostuvo lo siguiente:

“la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente”.

En el asunto bajo análisis, el señor juez no decretó como prueba el testimonio del servidor de policía judicial Luís Fredy Velandia Rodríguez, a través de quien sería introducida como prueba la entrevista forense realizada a la menor JVH, presunta víctima de los hechos objeto de acusación, pues en su criterio, es suficiente la declaración en juicio de la aludida infante y permitir la intervención de dicho servidor se tornaría en repetitivo e inútil, aclarando eso sí que la entrevista podría utilizarse para impugnar credibilidad, refrescar memoria, o bien, como prueba de referencia, argumentación que, en su criterio, la Fiscalía no desarrolló en su oportunidad.

En verdad el delegado del ente acusador no presentó argumentos en torno a la posibilidad de utilizar las manifestaciones de la víctima anteriores al juzgamiento para esos efectos, mucho menos aludió a las razones por las cuales sería una prueba de referencia, como es reclamado por el A quo, pues la intención del fiscal se orientó en forma inequívoca a la aducción de la entrevista de la menor por intermedio del funcionario respectivo, para que hiciera parte de las pruebas que en conjunto serían valoradas por parte del juez, tratándose de la versión previa al juicio que bien podría robustecer la probabilidad de la hipótesis planteada desde la acusación.

Es necesario en torno a lo expuesto, señalar que la entrevista realizada a un menor de edad víctima de un delito sexual es, de una parte, elemento material probatorio de acuerdo a la normatividad procesal vigente, y, de otro lado, es prueba de

referencia, susceptible de ser utilizada en el juicio, bajo lineamientos constitucionales que abogan por el interés superior del menor.

En efecto, el párrafo del artículo 275 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el canon primero de la ley 1652 de 2013, dispone que *También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código.*

Y el artículo 206A ibidem, señala lo siguiente:

ARTÍCULO 206A. ENTREVISTA FORENSE A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS TIPIFICADOS EN EL TÍTULO IV DEL CÓDIGO PENAL, AL IGUAL QUE EN LOS ARTÍCULOS 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, RELACIONADOS CON VIOLENCIA SEXUAL. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:

d) <sic> La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia

En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense.

En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

e) <sic> La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito.

f) <sic> El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada.

Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

PARÁGRAFO 1o. *En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.*

PARÁGRAFO 2o. *Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.*

A su turno el artículo 438 *ejusdem*, adicionado por el artículo 3º de la ley 1562 de 2013, regula que únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

“a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

b) *Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*

c) *Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*

d) *Ha fallecido.*

e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”

Por su puesto que la teleología del literal e), como fue explicado en sentencia del 28 de octubre de 2015, del Alto Tribunal en materia Penal, radicado 44056, se orienta a “evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014.”

Sin embargo, en esa oportunidad, la aludida Corporación, a propósito de las declaraciones previas al juicio de víctimas de delitos sexuales menores de edad, se refirió a una situación similar a la que viene siendo objeto de estudio en la presente actuación donde la Fiscalía, sumado al testimonio de la presunta víctima, pretende la incorporación de su entrevista forense a través del funcionario de policía que la practicó; allí

elaboró los siguientes razonamientos:

“A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.

Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Nº Interno : 2020-0225-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 055796000291201700151
Procesado : Ramón Eduardo Correa
Delitos : Actos Sexuales con Menor de 14 Años

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario.” Subrayas del despacho.

Criterio retomado en decisiones posteriores de la misma instancia de cierre, como es el caso de la emitida bajo radicado SP682-2019 (51.731):

“De igual modo, desacertó el Tribunal al asumir que esas exposiciones únicamente podían ingresar al trámite por vía de impugnar su credibilidad en el juicio, porque si bien esa es la regla general conforme el debido proceso probatorio que rige la práctica del testimonio ante la existencia de manifestaciones previas por parte del deponente (artículos 347, 393, literal b) y 403, numeral 4.º, Ley 906 de 2004), dicha conceptualización encuentra excepción en los procesos adelantados por delitos que atentan contra la libertad e integridad sexual de menores de edad. En estos eventos, las manifestaciones a terceros de niños, niñas y adolescentes son admisibles como prueba de referencia aun cuando comparezcan a declarar...” Subrayas del despacho.

En ese orden de ideas, no cabe duda que la aducción al juicio de la entrevista forense realizada al menor víctima de un delito sexual, a través del respectivo investigador judicial, no obstante su comparecencia directa, sí resulta útil y pertinente; de ahí que al permitirse su incorporación en esas condiciones, “lo que se impone es una valoración integral -no excluyente- de los relatos debidamente incorporados al juicio oral, esto es, el testimonio rendido en la audiencia de juzgamiento, y las entrevistas, siempre y cuando hayan sido ingresadas al debate oral, a través de los mecanismos de impugnación de credibilidad o refrescamiento de memoria (CSJ SP2709-2018, rad. 50.637; SP791-2019, rad. 47.140), o, incluso, como en este caso,

en tanto prueba de referencia de una menor de edad (CSJ SP, 28 Oct. 2015, rad. 44.056), a efecto de definir cuál o cuáles son las versiones que verdaderamente merecen crédito.” (CSJ, Sentencia del 9 de octubre de 2019, radicado 50.825)

Y es que distinto a lo considerado por el A quo, en torno a que la aludida solicitud probatoria no se enmarca en alguno de los supuestos del artículo 438 de la ley procesal penal, ha quedado claro que concretamente es el literal E) del mencionado canon el que permite la incorporación al juicio de la declaración anterior efectuada por un menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

Y para el efecto, no es condición la ausencia del testimonio de la víctima, como ha quedado suficientemente decantado a través de las citas jurisprudenciales antes referidas, todo ello con base en criterios proteccionistas cuyo asidero es el interés superior del menor, pero también procurando la consecución de la verdad material en escenarios tan complejos como el suscitado por la presunta comisión de una conducta punible contra la libertad, integridad y formación sexual de un menor de edad.

Además, no queda duda que la prueba denegada en primera instancia, pese a no catalogarse como de referencia por el sujeto procesal interesado, en verdad cuenta con una carga argumentativa de pertinencia y utilidad, que hace más probable la teoría del caso propuesta por el censor, pues ciertamente allí se contiene un relato de lo sucedido desde la

perspectiva de la persona directamente afectada, y mal podría dejarse de lado igualmente, que en la aludida providencia con radicado 44056 28 de octubre de 2015, la Corte Suprema de Justicia dejó en claro que las *declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos*, teniendo en cuenta en ente otros aspectos el principio *pro infans* y que la disponibilidad del menor como testigo sea relativa, toda vez que “...es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos...”.-

Frente a tal postulación, ninguna crítica formuló la defensa e incluso el delegado de la Procuraduría apoyó lo pretendido por la Fiscalía, lo que de no haberse desestimado por el juez de conocimiento, hubiese permitido celeridad a la actuación procesal.

En orden a lo expuesto, la decisión de primera instancia será revocada, y en su lugar se decretará la entrevista forense realizada a la menor JVH y su respectivo informe, cuya aducción lo será a través del investigador judicial Luís Fredy Velandia Rodríguez.

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,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el auto interlocutorio del

Nº Interno : 2020-0225-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 055796000291201700151
Procesado : Ramón Eduardo Correa
Delitos : Actos Sexuales con Menor de 14 Años

11 de febrero de 2020, mediante el cual el *Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia* denegó el testimonio del servidor de policía judicial José Luís Velandia Rodríguez a través de quien se introducirá la entrevista forense realizada a la menor JVH y el respectivo informe; en consecuencia –y contrario a lo resuelto por el *A quo-*, se decretará como prueba del ente acusador dicho testimonio y a través del mismo se introducirá la entrevista forense realizada a la menor JVH y el respectivo informe; lo anterior por lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SE DISPONE que por Secretaría de la Sala se comunique a las partes interesadas, en torno a lo que fue materia de decisión, realizado lo anterior, se devolverán las diligencias al Juzgado de origen para que se continúe con el trámite de la audiencia respectiva.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Nº Interno : 2020-0225-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 055796000291201700151
Procesado : Ramón Eduardo Correa
Delitos : Actos Sexuales con Menor de 14
Años

APR. SALA