

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



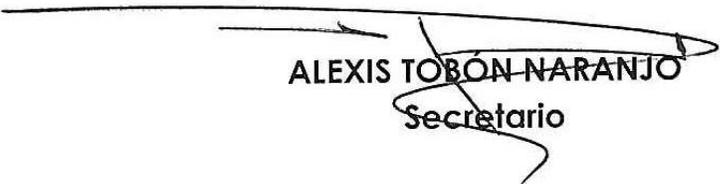
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SECRETARÍA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 034

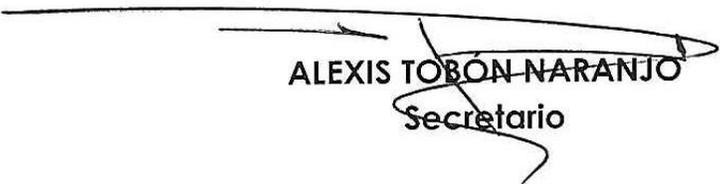
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de proceso	Accionante / Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2020-0469-2	Consulta incidente	Johana Emperatriz Mendieta Viuchy	Dirección Sanidad Ejército Nacional	Modifica decisión	Julio 15 de 2020
2020-0501-1	Tutela 1° Instancia	Blanca Aidé Sepúlveda Zapata	Juzgado de E.P.MS de El Santuario Ant.	Declara improcedente	Julio 14 de 2020
2020-0335-4	Consulta incidente	Graciela Omaira Gaviria Ríos	AFP COLPENSIONES y otro	Revoca decisión	Julio 15 de 2020
2020-0516-4	Tutela 2° instancia	Pedro Manuel Nisperuza Yanez.	ARL SURA y Otros	Confirma decisión	Julio 15 de 2020
2020-0431-4	Auto 2° instancia ley 906	Actos Sexuales con menor de 14 años	Jovany de Jesús Vargas Jaramillo	Revoca parcialmente auto de 1°	Julio 16 de 2020
2020-0494-6	Consulta incidente	Rosalbina Giraldo de Piedrahita	UARIV	Revoca sanción	Julio 16 de 2020
2020-0488-6	Tutela 2° Instancia	Farber Euliecer López Agudelo	COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS	Decreta nulidad de lo actuado	Julio 16 de 2020
2020-0531-6	Auto 2° instancia ley 906	Contrato sin cumplimientos legales	JUAN PABLO OROZCO VELASQUEZ	Confirma auto de 1° instancia	Julio 16 de 2020

FIJADO, HOY 17 DE JULIO DE 2020, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

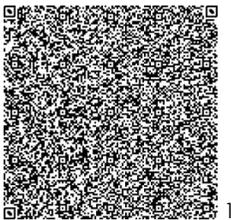

ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



Ref. Consulta Desacato
Tutela radicado: 05045310400220160014001
No. Interno: 2020-0469-2
Accionante: YOHANA EMPERATRIZ MENDIETA VIUCHY
Accionada: DIRECCION SANIDAD EJERCITO NAL
Decisión: SE CONFIRMA Y MODIFICA

Medellín, quince de julio de dos mil veinte
Aprobado según acta Nro.053

1.- EL ASUNTO.

Por segunda ocasión, de conformidad a lo dispuesto en el canon 52 del Decreto 2591 de 1991, conoce la Sala a través del grado jurisdiccional de consulta, el auto interlocutorio proferido el 1 de junio de 2020, por el juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, por medio de la cual sancionó al Brigadier JAVIER ALONSO DÍAZ GÓMEZ en calidad de Director General de Sanidad Militar del Ejército, y a la señora AURA JULIETH ROMERO RESTREPO, en calidad de Directora del Establecimiento de Sanidad Militar del BATALLÓN DE ARTILLERIA No. 5 "CAPITAN JOSE ANTONIO GALAN,

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.

consistente en diez (10) días de arresto, que purgarán en su domicilio, y multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha, a favor del Tesoro Nacional – Consejo Superior de la Judicatura, por desacato al fallo N° 012 emitido por el Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal aprobado según acta No. 028 en sesión de fecha 28 de marzo de 2016, e iniciado por la señora YOHANA EMPERATRIZ MENDIETA VIUCHY, identificada con C.C. No. 36.304.664, quien actúa en nombre propio.

2. ANTECEDENTES.

La Sala de Decisión Penal 003 del Tribunal Superior de Antioquia, en la providencia de segunda instancia emitida el 28 de marzo de 2016, decidió lo siguiente:

“PRIMERO:SE REVOCA el fallo de primera instancia proferido el 28 de enero de 2016 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia.

SEGUNDO: SE ORDENA a la entidad accionada, DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación del fallo, a realizar las gestiones administrativas que sean necesarias, para que autorice todas las medicinas prescritas a la accionante por sus médicos tratantes; además, para que agilice en debida forma la atención con los especialistas del área acorde con sus patologías, a fin de evitar se deteriore más su estado de salud actual, sin que sea óbice que en el lugar donde reside no se preste el servicio por Neumología u otra especialidad, pues es deber de las entidades encargadas de la prestación del servicio en salud, realizar las diligencias necesarias en las IPS con quien tengan contrato vigente en la ciudad más cercana al lugar donde reside la usuaria, para que se le brinde una eficiente atención. (subraya y negrilla fuera de texto).

TERCERO: *Se advierte a la accionada, la obligación de prestar los servicios de salud a la señora Yohana Emperatriz Mendieta Niuchy con sujeción a los principios de Integralidad y Continuidad...*"

(...)"

La accionante, mediante escrito del 13 de marzo de 2020, informó al Juzgado de Conocimiento que la entidad no había cumplido con la orden impartida en el fallo de tutela, circunstancia que llevó al Despacho a proferir auto del 30 de marzo de 2020 por medio del cual se dio apertura al incidente de desacato, requiriendo al Director General de Sanidad Militar – Ejército Nacional-, Mayor General JAVIER ALONSO DÍAZ GÓMEZ para que se pronunciaran acerca del cumplimiento al fallo de tutela, fechado el 28 de marzo de 2016; decisión que según el juzgado de conocimiento, fue notificada mediante el oficio 2766 a través del correo electrónico de la entidad el mismo 30 de marzo de 2020, tal y como obra en los anexos enviados por el juzgado de conocimiento.

3. DE LA SANCIÓN

Tal y como se desprende del auto que emitió la sanción, la entidad accionada allegó al Despacho la documentación que acreditaba el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de tutela y el traslado fue remitido a través de correo electrónico debidamente confirmado por una empleada de la entidad. Pero dentro de los anexos que fueron remitidos por el juzgado de conocimiento a esta Corporación, no se aprecia ninguna constancia o soporte que confirme dicha información. No obstante, adujo el juzgado de conocimiento, que como la entidad accionada hizo caso omiso al reclamo y a la necesidad de la accionante, amparado por el fallo de tutela, omisión o negligencia que se considera dolosa en atención a la falta de entrega de medicamentos a la señora YOHANA EMPERATRIZ MENDIETA VIUCHY, a través de auto emitido el 17 de abril de 2020, dispuso sancionar al Director General de Sanidad Militar,

Mayor General JAVIER ALONSO DÍAZ GÓMEZ con diez (10) días de arresto domiciliario y multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del Consejo Superior de la Judicatura; decisión que fue notificada mediante oficio del 17 de abril de 2020, pero no se allegó ningún soporte que acredite que la entidad demandada haya acusado el recibido.

Posteriormente, se remitió la actuación a esta Colegiatura a fin de que se surtiera en grado de consulta.

Así las cosas, mediante auto del 7 de mayo de 2020, esta Corporación se pronunció decretando la nulidad de lo actuado al interior del trámite incidental, a partir del auto de apertura del incidente de desacato como del auto interlocutorio en la que se impuso la sanción, emitidos por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, de fecha 30 de marzo de 2020 y 17 de abril de 2020, a fin de que se notificara en debida forma al sujeto que en su momento ostentaba en calidad de Representante Legal de la entidad accionada.

Una vez proferida la decisión por parte de esta Sala, se devolvió la actuación al Despacho de origen para que subsanara la irregularidad, garantizando en todo caso el debido proceso de la parte accionada.

Después de ser corregida la causa de la nulidad, se remitió nuevamente la actuación a esta Colegiatura a fin de que surtiera en grado de consulta.

De esta forma se tiene que, en aras de subsanar la nulidad decretada por esta Magistratura, procedió el Juez de Instancia a efectuar la aludida notificación tanto del auto de apertura como del auto sancionatorio a los mencionados representantes legales de la entidad demandada, esto es, al Brigadier General JAVIER DÍAZ GÓMEZ en calidad de Director General de Sanidad Militar o quien haga sus veces y a la Teniente

AURA JULIETH ROMERO RESTREPO, en calidad de Directora del establecimiento de sanidad militar del BATALLÓN DE ARTILLERIA No. 5 "CAPITAN JOSE ANTONIO GALAN, al ser los obligados a acatar la sentencia en referencia, decisión que fue notificada mediante el correo electrónico juriudicadisan@ejercito.mil.co y notificacionesdgsm@sanidadfuerzasmilitares.mil.co, acusándose el recibido por parte de la entidad accionada, tal y como se aprecia en los comprobantes de notificación anexados al cuaderno incidental.

Conforme a lo anterior, consideró el Juez A quo que en el presente caso, se logró determinar que, el Brigadier General JAVIER ALONSO DÍAZ GÓMEZ en calidad de Director General de Sanidad Militar del Ejército, y la Teniente AURA JULIETH ROMERO RESTREPO, en calidad de Directora del Establecimiento de Sanidad Militar del BATALLÓN DE ARTILLERIA No. 5 "CAPITAN JOSE ANTONIO GALAN, debidamente vinculados, a quienes se les respetó el debido proceso, garantizándoles el derecho a la defensa, son los funcionarios que tienen responsabilidad en el cumplimiento de las diferentes órdenes constitucionales, en efecto los responsables del cumplimiento del fallo de tutela han hecho caso omiso al reclamo y a la necesidad de la accionante, amparado por fallo de tutela, omisión o negligencia que se considera dolosa en atención a la falta de entrega de medicamentos y la materialización de los servicios médicos requeridos por la accionante.

Razones por las cuales consideró esa Judicatura que en esta oportunidad si existe responsabilidad subjetiva. Quedando en evidencia el incumplimiento a la acción de tutela, por parte de la entidad accionada, puesto que no ha cumplido en estricto sentido el fallo referido, en la medida en que no se han efectuado las entregas de todas las medicinas prescritas por los médicos tratantes, además no se han realizado la debida atención con los especialistas del área de acorde con sus patologías, **así mismo los viáticos de gastos de transporte que requiere la accionante para desplazarse a otra ciudad distinta a su domicilio a fin de atender citas médicas en virtud de sus patologías,** razón por la cual no es

procedente declarar el cumplimiento de la orden judicial por parte de la Dirección General de Sanidad Militar; y, en consecuencia, no puede la Judicatura abstenerse de sancionar a los funcionarios acreedores a las sanciones.

En ese orden de ideas, el Juzgado a través de auto emitido el 1 de junio de 2020, dispuso sancionar al brigadier JAVIER ALONSO DÍAZ GÓMEZ, en calidad de Director General de Sanidad Militar del Ejército o a quien haga sus veces, y a la señora AURA JULIETH ROMERO RESTREPO, en calidad de Directora del Establecimiento de Sanidad Militar del BATALLÓN DE ARTILLERÍA No. 5 "CAPITAN JOSE ANTONIO GALAN, consistente en diez (10) días de arresto, que purgarán en su domicilio, y multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha, que deberán pagar a favor del Tesoro Nacional-Consejo Superior de la Judicatura, por desacato a las órdenes del fallo de tutela N° 012 del 28 de marzo de 2016, emitido por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, por cuanto son quienes tienen la responsabilidad de ordenar el cumplimiento de las atenciones ordenadas en los fallos de tutela.

Mediante escrito remitido a esta Corporación el 19 de junio de 2020, el oficial de Gestión Jurídica DISAN del ejército, solicitó la revocatoria de la Sanción, debido a que dicha entidad si ha dado cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela, señalando que se le ordenó a la Directora del Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón de Artillería No. 5 (ESM asignado a la accionante); y quien a la luz del decreto 1795 de 2000 es la competente de acatar el fallo; para que procediera a garantizar a favor de la señora Yohana Mendieta, el tratamiento integral (autorización de todas las citas de control, procedimientos, suministros, hospitalizaciones, medicamentos, y demás atenciones médicas que requiera), por las patologías que le aquejan.

Agregando, además, que de conformidad con lo evidenciado en el sistema de información (Salud-SIS), a la accionante se le han autorizado los procedimientos médicos objeto de la presente acción

constitucional. De lo cual se anexan los soportes allegados por parte del Establecimiento de Sanidad Militar del BATALLÓN DE ARTILLERIA No. 5 "CAPITAN JOSE ANTONIO GALAN.

Solicita la señora Yohana Emperatriz Mendieta Viuchy en el escrito incidental, la entrega de los pendientes del medicamento Xerodiane en Cetaphil. No obstante, ante esta solicitud, indican que se genera una imposibilidad administrativa para esa Dirección efectuar dicha entrega. Aluden que toda dispensación de productos farmacéuticos obedece a una atención médica realizada por un profesional previa valoración y registro en la historia clínica, que permita correlacionar el diagnóstico e indicación; la entrega se realiza para el periodo de tiempo definido por el médico tratante, que para el caso particular del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares será para un máximo de 60 días, siempre y cuando la fórmula médica se encuentre vigente, según lo establece el acuerdo 052 de 2013, de tal suerte que luego del uso se valore nuevamente el paciente y se establezca la eficacia del tratamiento. Por lo anteriormente enunciado, y en atención a los objetivos de seguridad y uso racional establecidos en la política farmacéutica nacional, la dispensación no se realiza de forma retroactiva, sino a partir de la generación de la fórmula vigente, toda vez que el paciente, no debe administrarse una dosis mayor a la requerida durante el tiempo de tratamiento, porque de hacerlo, sería un factor que incrementaría la aparición de eventos adversos.

Estima la accionada que ha dado cabal cumplimiento a lo ordenado por el Despacho en la tutela en mención; pues como se puede evidenciar, a la señora Yohana Mendieta se le han entregado los medicamentos ordenados por su médico tratante; así mismo, se le han autorizado todas las citas ordenadas ya sea en el establecimiento de Sanidad Militar del Batallón de Artillería No. 5 o en la red externa con la que se tiene contrato, con el fin de que sus patologías puedan ser atendidas de manera integral.

Por lo anterior, considera esa Dirección de Sanidad Ejército, que en la sanción impuesta, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Apartadó, no tuvo en cuenta lo ordenado en el fallo de tutela, sino lo solicitado por la accionante en el escrito incidental; desconociendo de esta manera, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en donde esta Corporación ha sido clara en señalar que el fallo de tutela hace tránsito a cosa juzgada, y que por lo tanto en el trámite del incidente de desacato no se debe afectar la *ratio decidendi* con base en la que se adoptó el fallo de tutela.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Habida consideración que la sanción por desacato debe ser objeto del grado jurisdiccional de Consulta, corresponde examinar a esta Sala, si tanto el brigadier JAVIER ALONSO DÍAZ GÓMEZ, en calidad de Director General de Sanidad Militar del Ejército o a quien haga sus veces, y la señora AURA JULIETH ROMERO RESTREPO, en calidad de Directora del Establecimiento de Sanidad Militar del BATALLÓN DE ARTILLERIA No. 5 "CAPITAN JOSE ANTONIO GALAN, desobedecieron el fallo de tutela del 28 de marzo de 2016 y, en consecuencia, se hacen merecedores a las sanciones previstas por la Ley.

Sin embargo es preciso advertir previamente que si bien por mandato del artículo 52 del decreto 2591 de 1991 *"la sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental"* – por ser tal actuación, de naturaleza judicial, se deben respetar todas las garantías que integran el debido proceso, conforme al precepto normativo contenido en el artículo 29 Constitucional, lo que implica, que no solo se debe demostrar el desacato sino el carácter injustificado del mismo, dado que para efectos punitivos por virtud del artículo 12 del Código Penal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”².

² providencia de Abril 29 de 1997. M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

En la sentencia T-482 de 2013 la Corte Constitucional sobre el tema en particular señala:

“El trámite que debe adelantarse para obtener el cumplimiento de un fallo de tutela consiste en poner en conocimiento de la situación al juez que conoció en primera instancia del asunto, para que éste adelante todas las gestiones necesarias para el efecto, poniendo fin a la vulneración o amenaza del derecho fundamental del peticionario tutelado. De otro lado, se ha establecido que el incidente de desacato es un mecanismo de creación legal, que procede a petición de la parte interesada, a fin de que el juez constitucional, a través de un incidente y en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto o multa a quien con responsabilidad subjetiva desatienda las órdenes proferidas en sentencias de tutela. Lo anterior, con el único fin de “lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes”, por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser impuestas. Es decir, el propósito del incidente será lograr que el obligado obedezca la orden allí impuesta y no la imposición de una sanción en sí misma”.

Dicho en otros términos, se debe verificar si el incumplimiento a la orden impartida en sede de tutela, obedece a negligencia o descuido del responsable de su cumplimiento, garantizando en su trámite, en todo caso, el debido proceso al (os) funcionario(s) responsable(s), conforme al mandato constitucional contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, pese a la celeridad que caracteriza el procedimiento de tutela. Sin que, en este evento en particular, se advierta quebrantamiento de dicho derecho, en virtud a que a la entidad accionada se le brindó la posibilidad de ejercer el derecho a la controversia.

Debe entonces la Sala revisar si se dan los presupuestos para predicar la responsabilidad por desacato en cabeza de brigadier JAVIER ALONSO DÍAZ GÓMEZ, en calidad de Director General de Sanidad Militar del Ejército o a quien haga sus veces, y la señora AURA JULIETH ROMERO RESTREPO, en calidad de Directora del Establecimiento de Sanidad Militar del BATALLÓN DE ARTILLERÍA No. 5 "CAPITAN JOSE ANTONIO GALAN como ya se indicó, esto es, si se evidencia una actitud deliberada a desobedecer el fallo, en tanto tratándose de desacato, se exige la verificación de la responsabilidad subjetiva y no el solo incumplimiento.

Conforme a la decisión de la sanción relacionada, se verifica que la accionante no solo solicitó de la accionada "Dirección General de Sanidad Militar" la entrega de los medicamentos Xerodiane AP PLUS (Syndet) correspondientes a los meses de diciembre de 2019, febrero y abril del año 2020, sino además, las otras medicinas que han sido prescritas por sus médicos tratantes, para controlar su afección al asma y a la dermatitis alérgica, patologías respecto de las cuales viene con control de tiempo atrás y para las cuales se ordenó atención por especialistas en cada área, es decir, por dermatología y neumología, de las cuales no se tiene informe de su prestación oportuna, pese a que fueron ordenadas, según la respuesta de la entidad accionada. Lo mismo sucede con los demás medicamentos y procedimientos, no aparece registro de su autorización y entrega.

Ahora, obra constancia en el expediente de fecha 1 de junio del presente año, suscrita por la sustanciadora del despacho de primera instancia Nidia Mejía Agualimpia, donde indicó que al comunicarse con la accionante al celular 3108309290 ésta le comunicó que la Dirección General de Sanidad Militar no ha dado estricto cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela del 28 de marzo de 2016, indicando que todos los medicamentos a la fecha no han sido entregados, así mismo, manifestó que no se le ha realizado la entrega del medicamento XERODIANE AP PLUS (Syndet) correspondientes a los meses de diciembre de 2019, febrero y abril de 2020. Precizando que las demás citas de control con especialistas que requiere, por las patologías objeto de la acción de tutela no se han materializado. Que, con relación a los viáticos solicitados, la entidad accionada le precisó que el servicio solicitado no está incluido en el POS.

Con el objeto de corroborar esta información, el día 10 de julio del corriente año, siendo las diez de la mañana, el auxiliar de la Sala se comunicó con la señora YOHANA EMPERATRIZ MENDIETA VIUCHY al abonado telefónico 3118084802, con el fin de constatar o verificar si efectivamente la entidad accionada dio cumplimiento a la orden impartida, quien manifestó que la DIRECCION GENERAL SANIDAD MILITAR ha

dado cumplimiento parcial a lo ordenado en el fallo de tutela de No. 012 del 28 de marzo de 2016, indicando que no le han materializado ni han hecho efectivo la entrega total de los medicamentos, puesto que en este momento le faltan ocho medicamentos que no le han entregado. Además, desde el pasado mes de enero de este año le agendaron un control por neumología y Polisomnografía y no se lo han hecho, así como desde el 24 de junio le agendaron un examen de gastro y tampoco se lo han autorizado. Agrega que, incluso ha asistido a las citas, pero siempre le salen con la excusa de que no hay agenda o presupuesto y que tiene que esperar. Por lo que manifiesta que, en realidad la entidad accionada no ha dado el cabal cumplimiento al fallo de tutela.

En el caso específico, efectivamente se materializó el desacato al fallo de tutela proferido el día 28 de marzo de 2016, pues a pesar de haber transcurrido el término concedido en el fallo, la entidad no había dado cumplimiento al mismo, incluso para el momento en que se profirió la correspondiente decisión sancionatoria –1 de junio de 2020- situación que permite afirmar que para ese momento existían elementos de juicio para predicar el incumplimiento del fallo, y de allí que se justificara la sanción por desacato impuesta por el Juez *A quo*.

Asimismo, se encuentra demostrada la responsabilidad subjetiva que recae sobre el brigadier JAVIER ALONSO DÍAZ GÓMEZ, en calidad de Director General de Sanidad Militar del Ejército o a quien haga sus veces, y la señora AURA JULIETH ROMERO RESTREPO, en calidad de Directora del Establecimiento de Sanidad Militar del BATALLÓN DE ARTILLERIA No. 5 "CAPITAN JOSE ANTONIO GALAN al no acreditarse por esta Entidad el cumplimiento del fallo de tutela de la referencia, pues pese a los requerimientos del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, y una vez impuesta la sanción a la entidad accionada, aquella persiste en el incumplimiento del fallo de tutela, pues se le está privando a la señora YOHANA EMPERATRIZ MENDIETA VIUCHY, de la atención eficiente y oportuna que para su salud requiere.

No obstante, teniendo en cuenta que la sanción debe ser proporcional al daño causado, se **MODIFICARÁ** la sanción de arresto y de multa, fijándose las mismas en cinco (5) días de arresto y multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En esa medida, considera la Colegiatura que hay lugar a **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sanción impuesta a la entidad accionada, pues hasta la fecha, no se le ha dado el cabal cumplimiento al fallo de tutela, pues no se le ha suministrado en su totalidad los medicamentos ni se le han realizado los procedimientos prescritos por el médico tratante, además del tratamiento integral solicitado, en el sentido de indicar que el mismo comprende todos los exámenes, procedimientos y medicamentos incluidos y no incluidos en el pos que tengan la finalidad el tratamiento de las patologías que padece, de ahí que le deben ser suministrados todos y cada uno de los procedimientos, intervenciones, medicamentos y remisiones que requiera para recuperar su salud o evitar que se agrave, tal como lo prescribió el médico tratante; en aras de garantizar la protección de los derechos fundamentales como sujeto de especial protección constitucional, especialmente al garantizar la vida en condiciones de dignidad y el tratamiento integral, en cuanto a los procedimientos, tratamientos, medicamentos, insumos, intervenciones quirúrgicas, entre otros, derivados del diagnóstico que padece.

Por todo lo dicho, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISION PENAL** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

5.- RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión consultada, de la procedencia, fecha y origen conocidos, adoptada dentro del incidente de desacato impulsado en contra de SANIDAD MILITAR DEL EJÉRCITO y el brigadier JAVIER ALONSO DÍAZ GÓMEZ, en calidad de Director General de Sanidad Militar del Ejército o a quien haga

sus veces, y la señora AURA JULIETH ROMERO RESTREPO, en calidad de Directora del Establecimiento de Sanidad Militar del BATALLÓN DE ARTILLERÍA No. 5 "CAPITAN JOSE ANTONIO GALAN, con la **MODIFICACIÓN** que la sanción se establece en cinco (5) días de arresto y la multa se fija en cinco (5) salarios mínimos legales mensuales, en virtud de las consideraciones plasmadas en precedencia.

SEGUNDO: Notifíquese a la accionante y a la entidad accionada lo decidido en la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

LA DEMANDA

Luego de hacer un extenso recuento acerca de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional frente a la pandemia denominada COVID-19 y su evolución en nuestro País, sobre todo en los Establecimientos Carcelarios que desencadenó en la declaración del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria por parte de la Dirección General del INPEC, la señora Blanca Aidé Sepúlveda Zapata apunta que Julio César Galeano Álvarez condenado a 40 meses por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, descuenta la sanción en el Establecimiento Penitenciario de Puerto Triunfo.

Señala que el centro de reclusión donde se encuentra Galeano Álvarez no tiene el personal humano ni los implementos necesarios para afrontar un probable contagio de COVID-19 en sus instalaciones, por lo que se hace necesario e impostergable que se sustituya en su favor la detención por la que está siendo procesado, por la prisión domiciliaria.

Refiere que el pasado 14 de abril de los corrientes el Gobierno Nacional promulgó el Decreto Nro. 546, que tiene como objetivo, entre otros, adoptar medidas para sustituir la pena de prisión y las medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos carcelarios, por la prisión domiciliaria transitoria en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad frente al COVID-19. Señala que en el citado decreto se mantuvo la prohibición de beneficios y subrogados penales contenida en el artículo 68A del Código Penal para una inmensa cantidad de delitos; por lo que el delito por el cual Galeano

Álvarez se encuentra procesado hace parte de esa prohibición, pero a la fecha ha descontado el 50% de la pena y de ser así las 3/5 partes de la misma.

Continúa indicando que en interlocutorios del 24 de agosto del 2019 y 28 de enero de 2020, se recibió del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, respuesta a solicitudes de libertad condicional y estudio socio familiar elevada en favor de su esposo, cuya petición fue analizada y el estudio no llegó para tal fin, pero de igual forma le fue negado lo solicitado.

Peticiona entonces tutelar en favor de su esposo los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se conceda la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la domiciliaria.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Corporación mediante auto del pasado 01 de julio de la presente anualidad, admitió la acción de amparo y se notificó a La Presidencia de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), así como también al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, a la Comisaría de Familia de Amalfi y a la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo.

Es así como la señora Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, apuntó que el 23 de julio del 2018 el señor Julio César Galeano Álvarez fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, a la pena de 40 meses de prisión por los delitos de Concierto para Delinquir Agravado y Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes. Refiere que esa Judicatura mediante autos interlocutorios Nros. 2296, 2297, 2298 y 2299 del 30 de junio de los corrientes, remidió pena, negó la libertad condicional, negó la sustitución de la pena intramural por domiciliaria por padre cabeza de familia e informó situación jurídica.

Señala que al interior del expediente de ejecución no obra solicitud alguna tendiente a que se le conceda al señor Julio César Galeano Álvarez, prisión domiciliaria transitoria de que trata el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril del 2020. Precisa que es la autoridad penitenciaria quien debe recopilar la documentación necesaria para acceder al prementado beneficio y luego remitirla con destino a ese Despacho, tal como lo dispone el artículo 8 del aludido decreto.

Finalmente advierte que el señor Galeano Álvarez no podrá ser beneficiario de la prisión domiciliaria transitoria, toda vez que los delitos por los que resultó condenado excluyen el otorgamiento del beneficio reclamado.

Por su parte el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, señala que mediante fallo proferido el 23 de julio de 2018 se condenó al señor Julio César Galeano Álvarez, a la pena principal de 40

meses de prisión por los delitos de Concierto para Delinquir Agravado y Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, no siendo merecedor a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria, decisión que alcanzó legal ejecutoria. Apunta que correspondió la vigilancia de la ejecución de la pena al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario.

El Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo, señala que el señor Julio César Galeano Álvarez ingresó a ese Establecimiento el 26 de diciembre del 2017 para purgar una pena de 40 meses de prisión impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por los delitos de Concierto para Delinquir y Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes. Refiere que previa verificación de las conductas punibles se puede observar que son de aquellas por las cuales hay expresa prohibición legal para la concesión del beneficio; por tal razón, no puede ser beneficiario del Decreto 546 del 2020 "*Prisión Domiciliaria Transitoria*".

Señala que teniendo en cuenta que es un juez de la República y no el INPEC, el facultado para la concesión o negación de dicho subrogado penal y que ese Establecimiento solo se encargará, previa solicitud por escrito de trámite de tal beneficio, de reunir la documentación necesaria para ser posteriormente enviada a la autoridad de conocimiento de su proceso para que entre a emitir concepto sobre la petición; informando que a la fecha el PPL no ha arribado a ese Despacho ninguna solicitud frente a este trámite.

Por último afirma anexar material probatorio a fin de demostrar el plan de contingencia que ha elaborado ese Establecimiento frente a todas las medidas necesarias tendientes a la garantía del derecho fundamental a la salud del accionante y todos los que se encuentran reclusos en ese penal, en aras de evitar de manera contundente el contagio del virus y la filtración del mismo a esas instalaciones. Refiere que en la jurisdicción territorial donde se encuentra CPMS Puerto Triunfo tampoco se registran casos de COVID-19 positivos ni sospechosos.

La Comisaría de Familia de Amalfi no aporta nada relevante a esta actuación, aparte de arrimar una transcripción del informe socio familiar elaborado por esa dependencia al hogar del sentenciado, en cumplimiento a solicitud que se hiciera por parte del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que vigila en cumplimiento de la pena impuesta a Galeano Álvarez.

La señora apoderada de la Presidencia de la República señala que el amparo de tutela no es la instancia para analizar la conveniencia, oportunidad, legalidad o constitucionalidad de las medidas tomadas para hacerle frente a la crisis generada por la COVID-19 y el contagio proliferado y rápido de su virus. Refiere que estamos frente a una crisis en los precisos términos de la Constitución Política, bajo el régimen de estado de emergencia y solo quien tiene la competencia puede desestabilizar o hacer consideraciones o modificaciones sobre las medidas, no siendo el juez de tutela al que se le está permitido hacerlo en tiempos excepcionales.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Lo anterior indica que no es suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no ha sido consagrada para provocar procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o especiales ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes.

Así mismo, se ha reiterado que este mecanismo sólo tiene cabida en ausencia de otra vía judicial de defensa apta para proteger los derechos

violentados o colocados en peligro, o cuando existiendo no sea eficaz al punto de enfrentar a la persona a un perjuicio irremediable.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio la señora Blanca Aidé Sepúlveda Zapata quien actúa como agente oficiosa de su esposo Julio César Galeano Álvarez, solicitó se amparen en su favor los derechos fundamentales invocados presuntamente conculcados por parte del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, y del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo, en consecuencia, pide se conceda a Galeano Álvarez la prisión domiciliaria como medida transitoria .

De lo que se puede extractar entonces de la solicitud de amparo, se tiene que son dos los temas a desatar y que son la causa de inconformidad por parte de la señora Blanca Aidé Sepúlveda Zapata, lo primero es que a la fecha de presentación de esta acción no se había resuelto aún la solicitud de prisión domiciliaria por padre cabeza de familia en favor de su esposo; como segundo considera debe reconocerse la prisión domiciliaria transitoria conforme al Decreto 546 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional.

Del caso en concreto

En el presente asunto se tiene que por medio de la acción de tutela la señora Blanca Aidé Sepúlveda Zapata, pretende se resuelva la solicitud de prisión domiciliaria por padre cabeza de familia pedida en favor de su esposo Julio César Galeano Álvarez, para lo cual el Juzgado de Ejecución

de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, había ordenado un estudio socio familiar a su hogar, o en su defecto se reconozca su derecho a la prisión domiciliaria transitoria.

Como primero entonces se tiene que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, fue claro en señalar que mediante autos interlocutorios 2296, 2297, 2298 y 2299 del pasado 30 de junio de la presente anualidad, decidió reconocer redención de pena y negar, entre otros, la sustitución de la pena intramural por la domiciliaria como padre cabeza de familia al sentenciado Julio César Galeano Álvarez, toda vez que no cumplía los requisitos exigidos para ello conforme a los artículos 461 y 314 de la Ley 906 de 2004 en su numeral 5º; determinación que le fue debidamente notificada al sentenciado.

Es claro entonces que frente a la pretensión del sentenciado Julio César Galeano Álvarez, de cara a que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario procediera a sustituir la pena intramural por domiciliaria por padre cabeza de familia, ya fue resuelta, pues que mediante auto del pasado 30 de junio de los corrientes le fue negada la misma en virtud de que no cumplía con los requisitos exigidos por la normatividad vigente para ello.

Así las cosas, debe indicarse que del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que frente a esta solicitud extendida por el sentenciado Galeano Álvarez nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, lo cual torna improcedente el amparo.

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

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

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

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

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

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas

han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Frente al segundo tema se tiene que efectivamente el Gobierno Nacional en virtud del estado de emergencia sanitaria en razón del denominado COVID-19, con el fin de evitar la propagación de este virus y proteger a la comunidad dentro de la cual no podía ser la excepción la población carcelaria, expidió una serie de medidas entre ellas el Decreto legislativo 546 del 14 de abril de los corrientes, donde faculta a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para tantear la posibilidad de aislar algunos internos de los establecimientos carcelarios y condenados a penas privativas de la libertad, por lo menos de manera transitoria, permitiendo que continúen purgando la pena en su domicilio; eso sí salvo algunos delitos de cara a los cuales continúa la restricción para la concesión de este tipo de beneficios.

Al respecto se tiene que tal como así lo ha puesto en evidencia la señora Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, cuando indica que es la autoridad penitenciaria quien debe recopilar la documentación necesaria para acceder al beneficio de prisión domiciliaria transitoria de que trata el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril del 2020, toda vez que al interior del expediente del señor Julio César Galeano Álvarez no obra solicitud alguna en tal sentido.

De igual manera advierte que el señor Galeano Álvarez no podrá ser beneficiario de la prisión domiciliaria transitoria, toda vez que los delitos por los que resultó condenado excluyen el otorgamiento del beneficio reclamado.

A su vez el señor Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo, reconoce que efectivamente es el juez quien está facultado para decidir la concesión o no del beneficio de la prisión domiciliaria transitoria de que trata el Decreto 546 del 2020; sin embargo asegura que ese establecimiento se encargará de reunir la documentación necesaria para posteriormente ser despachada al Despacho que conoce del proceso de Galeano Álvarez, previa solicitud por escrito de dicho beneficio.

Efectivamente el artículo 8º del Decreto 546 del 14 de abril de los corrientes, señala lo siguiente:

*“ARTÍCULO 8º. **Procedimiento para hacer efectiva la prisión domiciliaria transitoria.** Cuando se tratare de personas condenadas a pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o carcelario, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por medio de las direcciones regionales y los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios, verificarán preliminarmente el cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en el presente Decreto y remitirán a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad respectivos, el listado junto con las cartillas biográficas digitalizadas, el cómputo de la pena, la información que obre en la hoja de vida, los antecedentes judiciales y los certificados correspondientes de las personas privadas de la libertad que se ajusten a cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo segundo, para que dentro del término máximo de cinco (05) días den aplicación a lo dispuesto en este Decreto Legislativo.”*

“La decisión se notificará por correo electrónico y será susceptible del recurso de reposición que se interpondrá y sustentará dentro de los tres (3) días siguientes, por escrito remitido por el mismo medio virtual.”

De acuerdo a lo anterior, es cierto entonces que será el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario a través de los directores de los establecimientos carcelarios, quienes se encargarán eso sí una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el citado decreto, de remitir la documentación necesaria con destino a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, correspondiente a las personas privadas de la libertad que se ajusten a cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo 2º del Decreto 546 del 2020.

No obstante, debe advertirse que el citado Decreto mantuvo la prohibición para la concesión del beneficio de prisión domiciliaria transitoria para una serie de delitos, entre los cuales se encuentran el Concierto para Delinquir en todas sus modalidades y el Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, que fueron precisamente los punibles por los cuales resultó condenado el señor Galeano Álvarez y así lo alertaron tanto el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, como la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo.

En ese orden de ideas entonces, no estaba comprometido el señor Director del Establecimiento Carcelario de Puerto Triunfo a reunir la documentación correspondiente al sentenciado Julio César Galeano Álvarez, a fin de que el Juzgado de Ejecución que vigila la pena a éste impuesta procediera a estudiar la posibilidad de concederle el beneficio de la prisión domiciliaria transitoria de que trata el Decreto 546 de 2020, cuando ha sido condenado por delitos excluidos de dicha medida.

Además de lo anterior, se tiene que no obra solicitud del sentenciado Galeano Álvarez ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para que se proceda a decidir si tiene derecho o no a la medida que ahora se pide por medio de esta acción de amparo, pues que la misma no es forzosa hacerlo de manera oficiosa.

Por último, se hace necesario advertir que es evidente que este mecanismo no es el adecuado para analizar si efectivamente el sentenciado Galeano Álvarez puede ser receptor de la medida de prisión domiciliaria transitoria conforme lo dispone el Decreto 546 de 2020, toda vez que no es factible acudir a la acción de tutela sin antes haber agotado los mecanismos ordinarios destinados para resolver este tipo de discusiones.

En ese orden de ideas, indudable es que la presente solicitud de amparo deberá declararse improcedente. La presente providencia fue discutida y aprobada por medios virtuales ante la situación de aislamiento social obligatorio.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar Improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Blanca Aidé Sepúlveda Zapata, quien actúa como agente oficiosa del sentenciado Julio César Galeano Álvarez, en contra del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, frente a la solicitud de sustitución de la pena intramural por la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia, al presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Declarar la improcedencia del amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Blanca Aidé Sepúlveda Zapata, quien actúa como agente oficiosa del sentenciado Julio César Galeano Álvarez, en contra del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, y de la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo, frente a la solicitud de sustitución de la pena intramural por la prisión domiciliaria transitoria conforme al Decreto 546 del 14 de abril del 2020.

Desvincular de esta acción de amparo a la Presidencia de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y a la Comisaría de Familia de Amalfi, Antioquia.

La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firma electrónica
Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Aprobado correo electrónico

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Aprobado correo electrónico

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO
SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL
ANTIOQUIA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el
decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a190d9594344cc044cf476a81cbb811579224a9

8013eb21d5cd4b2f2d3af0a9c

Documento generado en 14/07/2020

04:21:45 PM

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE
ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL
SEDE CONSTITUCIONAL**

Medellín, julio quince (15) de dos mil veinte (2020)

N° Interno : 2020-0335-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Incidentista : Graciela Omaira Gaviria Ríos
Incidentado : AFP COLPENSIONES, JUNTAS
REGIONAL Y NACIONALD E
CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ
Decisión : Revoca decisión objeto de consulta.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N°. 060

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver en grado de consulta, respecto de la decisión adoptada por el *Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, mediante la cual se impuso como sanción por desacato, en contra de la *Representante Legal* de la entidad JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, *tres (3) días de arresto y multa equivalente a tres (3) S.M.L.M.V.*, dado su incumplimiento a la orden impartida mediante sentencia de tutela, en favor de la señora Graciela Omaira Gaviria Ríos, atinente a que fueran pagados los honorarios respectivos por parte de la AFP COLPENSIONES a fin de que la calificación de su pérdida de la

N° Interno : 2020-0335-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Incidentista : Graciela Omaira Gaviria Ríos
Incidentado : AFP COLPENSIONES y otros
Decisión : Revoca decisión objeto de consulta.

capacidad laboral fuera remitida en apelación a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

ANTECEDENTES

Luego de notificarse en debida forma la sentencia de tutela proferida por el *Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, la accionante *Graciela Omaira Gaviria Ríos*, allegó memorial a las diligencias, mediante el cual manifestó su inconformidad debido al incumplimiento de la orden constitucional por parte de los entes accionados, habida cuenta que el dictamen sobre su pérdida de la capacidad laboral aún no había sido remitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en apelación ante su superior funcional – Junta Nacional de Calificación de Invalidez-. Procedió entonces el funcionario de primer grado, a dar inicio al incidente de desacato e inquirió a los representantes legales de las entidades accionadas, concediéndoles un término de *dos días*, para dar respuesta o solicitar las pruebas que pretendieran hacer valer en su favor.

Al respecto, la AFP COLPENSIONES manifestó que en aras de dar cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia, en el Fallo con radicado 2020-0001, COLPENSIONES autorizó el pago de los honorarios a favor de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a través del oficio No. ML H No, a nombre de la señora Graciela Omaira Gaviria Ríos, por valor de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$ 877.803), y del mismo modo se le informó al respecto, vía correo electrónico, a la Junta Regional para que ésta enviara el expediente a la Junta Nacional de Calificación de

N° Interno : 2020-0335-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Incidentista : Graciela Omaira Gaviria Ríos
Incidentado : AFP COLPENSIONES y otros
Decisión : Revoca decisión objeto de consulta.

Invalidez.

Asumido el conocimiento por la Magistratura, la representante legal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez solicitó inaplicar la sanción impuesta por el A quo con base en los siguientes argumentos:

“Esta Junta en fecha 18 de marzo de 2020 y mediante comunicación N°7780- 20 envió el expediente del accionante a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que en esa instancia se resuelva el recurso de apelación interpuesto, en dicho momento se anexó comunicación y guía de correspondencia N°611150155379 y N°611150155373 de la empresa de correspondencia Mandar y Servir que evidencia la remisión del expediente.

Como se puede observar en el adjunto, la Junta Nacional realizó devolución del expediente toda vez que no estaba recibiendo expedientes físicos en virtud de la cuarentena por la cual está atravesando el país, como constancia se adjuntan los dos comunicados de dicha entidad, además de la guía de correspondencia que evidencia lo manifestado.

A raíz de consulta interna con la Junta Nacional se nos indica que ya están recibiendo los expedientes físicos de los pacientes, razón por la cual se procedió nuevamente el envío a esa entidad y como se puede evidenciar en el adjunto, se encontró que esa entidad ya tiene en su poder el expediente de la señora Gaviria Ríos.”

N° Interno : 2020-0335-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Incidentista : Graciela Omaira Gaviria Ríos
Incidentado : AFP COLPENSIONES y otros
Decisión : Revoca decisión objeto de consulta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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 en 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.

N° Interno : 2020-0335-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Incidentista : Graciela Omaira Gaviria Ríos
Incidentado : AFP COLPENSIONES y otros
Decisión : Revoca decisión objeto de consulta.

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.

Ahora, según lo manifestado por la Dra. NELLY CARTAGENA URÁN, *Representante Legal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez*, la entidad accionada dio cumplimiento a la orden constitucional, debido a que se hizo efectiva la remisión del expediente alusivo a la señora GRACIELA OMAIRA GAVIRIA RÍOS, a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, para efectos de surtirse el recurso de apelación presentado por la actora en ese contexto, y así lo acredita allegando planilla de envío a través de correo certificado con la respectiva constancia de recibido por la entidad destinataria. Lo anterior, para señalar que la autoridad accionada cumplió la orden impartida en el fallo de tutela, razón por la que no surge evidente que desde un comienzo, la funcionaria incidentada se hubiese ubicado en posición de rebeldía frente a la decisión judicial, pues, la orden de tutela finalmente se acató, teniendo en cuenta que la misma consistía en que fueran cancelados los honorarios por parte de la

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.

N° Interno : 2020-0335-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Incidentista : Graciela Omaira Gaviria Ríos
Incidentado : AFP COLPENSIONES y otros
Decisión : Revoca decisión objeto de consulta.

AFP COLPENSIONES para efectos de enviarse el proceso de calificación de PCL de la señora Gaviria Ríos, a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ para efectos de desatarse el correspondiente recurso de apelación.

Lo dicho en precedencia constituye razón suficiente para concluir que el ente accionado, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, ha dado cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Juez constitucional, y en tal medida, resulta imperioso dejar sin efecto la sanción impuesta en la providencia objeto de consulta, es decir, corresponde entonces revocar íntegramente dicha decisión, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la decisión objeto de consulta, proferida por el *Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, mediante la cual se sancionó por desacato a la Representante Legal de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Dra. NELLY CARTAGENA URÁN, en relación con la sentencia de tutela proferida por ese Despacho Judicial, en favor de la señora GRACIELA OMAIRA GAVIRIA RÍOS; lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

En consecuencia, **SE DISPONE** que por

N° Interno : 2020-0335-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Incidentista : Graciela Omaira Gaviria Ríos
Incidentado : AFP COLPENSIONES y otros
Decisión : Revoca decisión objeto de consulta.

Secretaría de la Sala se retornen las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que se proceda con el archivo de las mismas.

CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

N° Interno : 2020-0335-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Incidentista : Graciela Omaira Gaviria Ríos
Incidentado : AFP COLPENSIONES y otros
Decisión : Revoca decisión objeto de consulta.

APR. SALA

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

Medellín, julio quince (15) de dos mil veinte (2020)

N° interno : 2020-0516-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05-045-31-04-001-2020-00088
Accionante: PEDRO MANUEL NISPERUZA YANEZ.
Accionada : ARL SURA, NUEVA EPS, SFP COLPENSIONES, C.I. BANACOL - CENTURION S.A. REUBICACION, FINCA TATIANA Y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA.
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 060

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala la sentencia de tutela proferida por el *JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO APARTADO (ANT.)*, por medio de la cual se concedió el amparo de las garantías fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social, invocados por el señor PEDRO MANUEL NISPERUZA YAÑES; diligencias en las que figuran en calidad de entes accionados ARL SURA, NUEVA EPS, AFP COLPENSIONES, C.I.I BANACOL, CENTURION S.A. REUBICACION, FINCA TATIANA, Y LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA.

ANTECEDENTES

Los hechos de la demanda fueron resumidos por el A quo de la siguiente manera:

“El ciudadano Pedro Manuel Nisperuza Yáñez manifiesta que tiene diagnóstico de síndrome túnel del carpo bilateral G560, epicondilitis lateral bilateral M771, epicondilitis medial bilateral M770, dolor no especificado R529, síndrome manguito rotador bilateral M771, y por ese motivo su médico tratante le ordenó valoración por neurología, y por medicina del dolor; pero las entidades accionadas le negaron el servicio.

Pide tutelar los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social, y se ordene la atención médica especializada por neurología, la continuación en la atención médica derivada de su enfermedad laboral, y la atención médica integral derivadas de las patologías.

Anexó: fotocopia de la cédula de ciudadanía del accionante, fotocopia de historia clínica, fotocopia de escrito enviado por Sura donde informa la remisión del expediente por enfermedad laboral, fotocopia de historia de afiliación a Sura, y fotocopia del escrito donde informa la calificación del origen de la enfermedad en la primera oportunidad.”

Finalizados los trámites establecidos en el Decreto 2591 de 1991, procedió el A quo a proferir sentencia de instancia en la cual ampara los derechos fundamentales de Pedro Manuel Nisperuza Yáñez y, en consecuencia, decidió

“(…) PRIMERO: Tutelar los derechos constitucionales fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social del ciudadano Pedro Manuel Nisperuza Yáñez, identificado con la cédula de ciudadanía 70'526.291 por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar al representante legal de Sura ARL, doctor Iván Ignacio Zuluaga Latorre, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, efectúe todas las gestiones necesarias para que autorice y realice todos los procedimientos de salud prescritos por el médico tratante al accionante, (valoración Neurología y medicina del dolor), y el consiguiente tratamiento integral que se derive de estas, por los diagnósticos que dieron origen a esta acción de tutela.

Las demás entidades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales invocados por la accionante.”

Notificada de la sentencia de instancia, la ARL SURA impugnó lo decidido recordando que el accionante tiene calificadas como enfermedades laborales las siguientes patologías: STC BILATERAL, EPICONDILITIS LATERAL Y MEDIAL BILATERAL, DOLOR NO ESPECIFICO, y SMR BILATERL

Dice que con relación a las patologías SINDROME MANGUITO ROTADOR BILATERAL Y CERVICALGIA, fueron calificadas como enfermedad de origen común.

Expone así mismo que es cierto que ARL SURA debe asumir las prestaciones económicas y asistenciales por las patologías de origen laboral, sin embargo, en ellas no está incluido el tratamiento de las patologías de CERVICARLOGIA y SMR BILATERAL, a pesar de esto *el Juez Constitucional ordena a la ARL Sura, autorizar y realizar todos los procedimientos de salud prescritos por el médico tratante al accionante, (valoración por Neurología y medicina del dolor), por los diagnósticos*

*epicondilitis lateral izquierda, epicondilitis media izquierda, **síndrome de manguito rotador bilateral**, de origen laboral, y el consiguiente tratamiento integral que de esos diagnóstico se derive.*

Adicional a lo anterior, solicita al despacho no se conceda el tratamiento integral en razón a la patología de CERVICALGIA, pues la misma es de origen común y el tratamiento de esta le corresponde a la EPS del accionante.

Según lo expuesto, la entidad solicita se revoque el fallo de tutela emitido por el juzgado de primera instancia.

Corresponde en ese orden a la Magistratura adoptar decisión de segundo grado, conforme a las circunstancias expuestas y en punto a la impugnación propuesta por la parte accionada, frente a la providencia de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Valga precisar en principio que una vez ocurra un accidente y este sea reportado a la A.R.L., así como en el caso de una enfermedad de origen profesional, se considera que el estado de salud que deviene a partir de ese momento, siempre y cuando guarde relación con la prescripción médica emitida por el galeno tratante, es consecuencia directa de tal eventualidad; de ahí que la A.R.L. no está facultada para suspender el tratamiento médico integral, así como las prestaciones que sean necesarias

N° Interno : 2020-0008800
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-045-31-04-001-2020-00088800
Accionante : PEDRO MANUEL NISPERUZA YALEZ.
Accionadas : ARL Sura, Nueva EPS, AFP Colpensiones, Cl.
Banacol - Centurión S.A. entre otros.

para la total recuperación del usuario.

Así las cosas y para el caso concreto, se trata de una merma en la salud del paciente a causa las labores desempeñadas como trabajador en la empresa Banacol, que según dictamen de determinación de origen y/o pérdida de la capacidad laboral del 8 de abril de 2020, de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, devino en los diagnósticos de *cervicalgia (origen común)*, *epicondilitis lateral (origen laboral)*, *epicondilitis media (origen Laboral)*, *síndrome de manguito rotador (origen laboral)* y por los cuales su médico tratante el pasado 8 de junio de 2020, estimó necesario ordenar los servicios asistenciales de *VALORACIÓN POR NEUROLOGÍA Y MEDICINA DEL DOLOR*, para el restablecimiento de su salud, pero sin discriminar por cuál afección es que se hacía necesaria la práctica de dichos servicios.

En esos términos, la prestación de los servicios en salud, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales del señor Pedro Manuel Nisperuza Yanez, ha de atribuirse a la *Administradora de Riesgos Laborales -A.R.L. SURA-*, pues se trata de la entidad encargada de atender y proteger al trabajador ante las eventualidades generadas con ocasión de un accidente laboral o **enfermedad profesional**. El máximo órgano constitucional, mediante *Sentencia T-938 de 2002*, ha indicado al respecto que:

“El Sistema General de Riesgos Profesionales, a través de las Administradoras de Riesgos Profesionales, tiene como objeto proteger y atender las contingencias generadas por

accidentes de trabajo y enfermedades de origen profesional, de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo o empleados públicos, cuyo aporte es pagado íntegramente por el empleador.

Los trabajadores tienen derecho a prestaciones de tipo económico -subsidio por incapacidad temporal, indemnización por incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario- **y asistencial** -asistencia médica, quirúrgica, terapéutica, farmacéutica, hospitalización, odontología, medicamentos, prótesis, órtesis, reparación y reposición en casos de deterioro o desadaptación profesional (no sólo mediante medidas tendientes a la rehabilitación sino también con medidas de carácter preventivo).”.

Entonces, se itera, son las Administradoras de Riesgos Laborales las llamadas legalmente a garantizar la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, según el literal d, artículo 80, Decreto 1295 de 1994, a tono con el artículo 5 *ibídem*, que consagra:

“(…) los servicios de salud que demande el afiliado, derivados del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, serán prestados a través de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional que podrán ser prestados por las entidades administradoras de riesgos profesionales. Los gastos derivados de los servicios de salud prestados y que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, están a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales correspondiente”.

Frente a dichos argumentos, si bien la EPS es un puente para el acceso a los servicios asistenciales requeridos por el trabajador, es responsabilidad de la A.R.L. garantizarlos, ello en armonía con posteriores decisiones de la

Corte Constitucional, como por ejemplo la emitida bajo radicado T417 de 2017, cuando se expuso en torno a las obligaciones de las administradoras de riesgos laborales, que en todo caso deben materializarse *en el marco del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud:*

El servicio asistencial en salud no puede ser interrumpido por confusiones de tipo administrativo o por negligencia de las entidades que desempeñan funciones en este sector. Las administradoras de riesgos profesionales cuentan con un régimen legal que les permite superar las dificultades relacionadas con aspectos de competencia, cobertura, funciones y demás elementos que hacen parte de la ejecución de este servicio. Así, no es posible que dichas compañías obstruyan el acceso a tratamientos y medicamentos que son indispensables para conservar la vida digna de las personas, menos aún, por circunstancias relacionadas con trámites, procedimientos internos o incertidumbre respecto a la competencia.

De acuerdo a lo que viene de exponerse, es a la A.R.L. que registre la afiliación del usuario, para el caso, SURA ARL., a quien atañe en forma principal la prestación de los servicios requeridos, por lo cual la entidad habrá de proceder de conformidad, más aún cuando se tiene conocimiento por parte del actor que el dictamen sobre la calificación del origen de una de las enfermedades diagnosticadas aún es objeto de impugnación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. En ese orden de ideas, deberá suministrar al paciente el tratamiento integral que en lo sucesivo requiera, claro está, con sujeción al cuadro patológico que adolece y según dictamen médico, el cual recuérdese, no discrimina por cuál afección es

que se hace necesaria la evaluación por neurología y medicina del dolor.

Y esa orden concreta de acceder al tratamiento integral respectivo, no comporta alguna presunción de mala fe de parte del juez constitucional frente a la entidad obligada, pues de lo que se trata es de proteger al trabajador que sufre desmedro en su estado de salud, condición suficiente para advertir que merece un tratamiento especial por razón de su condición de debilidad manifiesta.

Por manera, que será la decisión de confirmar íntegramente la sentencia de tutela de primer grado, la que se impone para la Magistratura en el presente evento, de cara al amparo de las garantías fundamentales invocadas y a la responsabilidad que recae sobre la A.R.L. en punto de las atenciones requeridas por el usuario.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela objeto de impugnación, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

N° Interno : 2020-0008800
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-045-31-04-001-2020-00088800
Accionante : PEDRO MANUEL NISPERUZA YALEZ.
Accionadas : ARL Sura, Nueva EPS, AFP Colpensiones, CI.
Banacol - Centurión S.A. entre otros.

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

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

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

Medellín, julio dieciséis (16) de dos mil veinte (2020)

Nº Interno : 2020-0431-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 042 6000 346 2018 80025
Procesado : Jovany de Jesús Vargas Jaramillo
Delitos : Actos sexuales con menor de 14 años
Decisión : Revoca parcialmente

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de la fecha. Acta N° 061

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusieran el representante de víctimas y la defensa contra el auto proferido por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia*, de fecha 28 de abril de 2020, mediante el cual y en desarrollo de la audiencia preparatoria no decretó los testimonios de los menores Sergio Urán Vargas, Daniela Ortiz Serna y Johan Sebastián Cuadros González, solicitados por la Fiscalía, y los testimonios de la señora María Sened González y el psicólogo Rodrigo Andrés Tobón Palacio, pedidos por la defensa.

ANTECEDENTES Y AUTO RECURRIDO

En curso de la audiencia preparatoria la Fiscalía,

entre sus pretensiones, solicitó como testigos a los menores Sergio Urán Vargas, Daniela Ortiz Serna y Johan Sebastián Cuadros González, de quienes afirma se hace pertinente su declaración en el juicio por haber sido conocedores de la versión que les diera la misma víctima sobre los hechos delictivos investigados en esta oportunidad.

Por su parte, el señor defensor solicita, entre otras pruebas, el testimonio de la señora María Sened González quien depondrá sobre la relación que había entre la familia de la víctima y la del procesado y los problemas que ya se venían generando; así mismo, refiriéndose inicialmente a su calidad de prueba pericial, el testimonio del Dr. Rodrigo Andrés Tobón Palacio, quien tomó las entrevistas a Joan Sebastián Cuadros González y Merly Yirley Pulgarín Lopera, aclarando que la práctica de dicha prueba tendrá lugar en el evento de que las aludidas personas no comparezcan al juicio.

Frente a lo anterior, y escuchadas las partes e intervinientes quienes se pronunciaron respecto de las pruebas solicitadas por Fiscalía y defensa, el señor juez resolvió en punto a las solicitudes probatorias del ente acusador, negar los testimonios de los menores Urán Vargas, Ortiz Serna y Cuadros González, porque en su criterio, se trata de testigos de oídas y por lo tanto de referencia, lo que en esta oportunidad no consulta las exigencias del artículo 438 procesal penal para permitir su aducción al debate probatorio.

Respecto a las solicitudes de la defensa, decidió no decretar como prueba pericial el testimonio del

Nº Interno : 2020-0431-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 042 6000 346 2018 80025
Procesado : Jovany de Jesús Vargas Jaramillo
Delitos : Actos sexuales con menor de 14 años

psicólogo forense RODRIGO ANDRÉS TOBÓN PALACIO, encargado de conceptuar sobre las entrevistas del joven JOAN SEBASTIÁN CUADROS GONZÁLEZ, en caso de este no comparecer al juicio, precisamente porque se trata de información de referencia que aportaría la mencionada persona, alusiva a las manifestaciones que le hubiere proporcionado la víctima sobre los hechos materia de investigación. Y frente a la pericia que adelantaría el mismo profesional de la psicología sobre la entrevista realizada a la señora MERY YIRLEY PULGARÍN, remite a la parte interesada a la utilización de ese elemento concreto con la misma testigo para efectos de refrescar memoria o impugnar credibilidad, admitiendo en consecuencia su testimonio y dejando en claro que, de acuerdo a la intervención de la defensa al parecer dicha persona sí percibió directamente el acontecer delictivo.

En cuanto al testimonio de la señora MARIA SENED GONZÁLEZ, lo rechaza porque no fue descubierto de manera oportuna por el señor defensor, aludiéndose a él apenas en la etapa de sustentación sobre la pertinencia y utilidad probatoria, pero no antes.

Frente a lo decidido, el representante de la víctima y el abogado del señor Vargas Jaramillo interpusieron el recurso de apelación.

IMPUGNACIÓN

DEFENSA:

Nº Interno : 2020-0431-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 042 6000 346 2018 80025
Procesado : Jovany de Jesús Vargas Jaramillo
Delitos : Actos sexuales con menor de 14 años

Afirmó de manera categórica el señor defensor que el testimonio de la señora María Sened González, sí fue descubierto de manera oportuna y por lo tanto llama la atención del Ad quem a fin de que revise en forma detenida los audios de esa diligencia.

Y en relación con la persona a quien inicialmente se refirió como perito, Dr. Rodrigo Andrés Tobón Palacio, ya en esta oportunidad advierte que se trata de un testigo de acreditación, con quien se incorporarían dos videos y las entrevistas de Joan Sebastián y Mery Yirley, considerando por lo tanto desacertada la inadmisión en ese sentido por parte del A quo.

APODERADO DE LA VÍCTIMA

Solicita se admitan los testimonios de los menores Sergio Urán Vargas, Daniela Ortiz Serna y Johan Sebastián Cuadros González, porque en realidad no se trata de testigos de referencia sino de personas allegadas a la víctima, que tuvieron la oportunidad de escuchar de ella directamente lo sucedido en punto al comportamiento del procesado y que al parecer afectó su integridad sexual; que se trata entonces de circunstancias concomitantes y posteriores a lo sucedido que fueron percibidas directamente por aquellos.

Sugiere en consecuencia, que si bien no se tendría que decretar a los tres testigos aludidos sí sería importante decretar al menos el testimonio de uno de ellos.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

FISCALÍA:

Dice su representante que lo pretendido con los tres testigos inadmitidos, era demostrar que la menor presuntamente afectada, les había dado a conocer lo sucedido y que es materia de acusación, más no se trata de personas que en realidad hayan presenciado los hechos.

MINISTERIO PÚBLICO:

En cuanto a las pruebas negadas a la fiscalía, insiste en que son declaraciones de referencia, que no pueden ingresar al debate probatorio pues finalmente la menor víctima va a testimoniar en el juicio.

En cuanto a las pruebas negadas a la defensa, esgrime que en lo referente al Dr. Rodrigo Andrés Tobón Palacios, a quien finalmente identifica como un testigo de acreditación, expone que no existe una carga argumentativa en punto a la pertinencia de esa prueba, significando únicamente que se encargaría de incorporar al juicio las entrevistas realizadas a Nery Yirley y Joan Sebastian.

Aclara así mismo, que en todo caso el testimonio de Joan Sebastián Cuadros González no fue decretado, de ahí que se torne innecesario utilizar su entrevista

para el menester fijado por el defensor, y mucho menos se significó cuál sería la naturaleza del peritazgo realizado a esa declaración anterior al juicio.

Y en cuanto al testimonio de la señora Maria Sened González, considera que sí pudo decretarse por el A quo, en la medida que se trata de una omisión de índole formal que no tiene alguna relevancia, partiendo del supuesto que en muchos despachos judiciales en la diligencia preparatoria las partes enuncian las pruebas y de una vez sustentan su pertinencia.

APODERADO DE VÍCTIMAS:

Frente a lo resuelto en punto a las pruebas negadas a la defensa, considera debe confirmarse la decisión del juez de primer grado.

DEFENSA:

En igual sentido, considera que la decisión del juez fue acertada en el sentido de haber negado los testimonios de Sergio Urán Vargas, Daniela Ortiz Serna y Johan Sebastián Cuadros González.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, es necesario referirnos al recurso de apelación presentado por el apoderado de la víctima frente a la inadmisión de los testimonios de los menores Sergio Urán Vargas, Daniela Ortiz Serna y Johan Sebastián Cuadros

González y si en verdad le asiste la facultad para interponer de manera directa la alzada, cuando fue a la delegada del ente acusador a quien se le inadmitieron esos testimonios.

Desde esa perspectiva cabe precisar que en la sentencia C-209 de 2007, la H. Corte Suprema de Justicia se ocupó de otras facultades que detenta la víctima a lo largo del proceso penal acusatorio y los parámetros para su ejercicio:

*“Si bien la Constitución previó la participación de la víctima en el proceso penal, no le otorgó la condición de parte, sino de interviniente especial. La asignación de este rol particular determina, entonces, que **la víctima no tiene las mismas facultades del procesado ni de la Fiscalía**, pero sí tiene algunas capacidades especiales que le permiten intervenir activamente en el proceso penal. En ese contexto, es necesario resaltar que cuando el constituyente definió que la etapa del juicio tuviera un carácter adversarial, enfatizó las especificidades de esa **confrontación entre dos partes: el acusador y el acusado, dejando de lado la posibilidad de confrontación de varios acusadores en contra del acusado**. La oralidad, la inmediación de pruebas, la contradicción y las garantías al procesado se logran de manera adecuada si se preserva ese carácter adversarial. Por el contrario, la **participación de la víctima como acusador adicional y distinto al Fiscal** generaría una desigualdad de armas y una transformación esencial de lo que identifica a un sistema adversarial en la etapa del juicio. Por otra parte, el constituyente no fijó las características de las demás etapas del proceso penal, y por lo tanto delegó en el legislador la facultad de configurar esas etapas procesales. De lo anterior surge entonces, que los elementos definitorios de la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal depende de la etapa de que se trate, y en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio.*

(...)

*[E]n la etapa del juicio oral, sí existe una razón objetiva que justifica la limitación de los derechos de la víctima, como quiera que su participación directa en el juicio oral **implica una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio que comporta una alteración sustancial de la***

igualdad de armas y convierte a la víctima en un segundo acusador o contradictor en desmedro de la dimensión adversarial de dicho proceso...”.

Y en cuanto a la posibilidad de la víctima de solicitar pruebas de manera directa en la audiencia preparatoria, en la sentencia del 7 de diciembre de 2011, dentro del radicado Nº 37596, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, explicó:

“...De tal manera que para hacer efectiva la facultad de solicitar pruebas, la situación debe valorarse desde quienes tienen la potestad para intervenir en su práctica. Por tanto, si los llamados a ese procedimiento son exclusivamente Fiscalía y defensa, es a tales partes a las cuales se impone exigir la carga del descubrimiento probatorio en las instancias de ley.

En ese contexto, indefectiblemente, en el tema tratado la víctima tiene la carga de hacer causa común con la Fiscalía, en el entendido de que esta es la titular de la acción penal, la dueña de la acusación (acto que garantiza los derechos de la víctima) y la única llamada a introducir las pruebas. Por tanto, las solicitudes probatorias de la víctima deben ser canalizadas por medio del único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertirlas en el debate oral.

Y como el ente acusador está obligado a hacer descubrimiento probatorio, se entiende que en ese acto tiene la obligación de incluir las pruebas que la víctima pretende solicitar. Por eso, dentro de las instancias legales respectivas, hay que propiciar los momentos para facilitar a la víctima se informe y entregue a la Fiscalía los elementos probatorios que desea hacer valer, con lo cual la acusación hará los respectivos descubrimiento y solicitud...”

Sin embargo, en ulterior pronunciamiento del 10 de agosto de 2016, bajo radicado 47.578, la misma

Corporación, recordando las citas jurisprudenciales antes señaladas, deja en claro que en el aludido interviniente asistiría un interés para impugnar, cuando se trata de la negativa probatoria de elementos que haya solicitado -directa o indirectamente-:

“No obstante concedió el a-quo la apelación interpuesta por el representante de la víctima, esta Colegiatura se abstiene de resolverlo en razón a que el interviniente especial carece de legitimación para incoarlo, al no haber sido quien solicitó las pruebas denegadas.

Lo anterior siguiendo la línea jurisprudencial de esta Corporación: (CSJ AP 6 mar. 2013 Rad. 40330)

«3.1. Legitimidad del Representante de las Víctimas para impugnar las decisiones probatorias adoptadas en la audiencia preparatoria.

Esta Sala de tiempo atrás ha venido prohijando la intervención de las víctimas en desarrollo del proceso regido bajo las formas establecidas en 906 de 2004, en los términos concebidos en la sentencia C-454 de 2006, por medio de la cual se introdujo dentro de la redacción del artículo 357 de 906 de 2004, facultándola para hacer “solicitudes probatorias”, con la advertencia que tal habilitación se daba en “igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”.

[6: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, auto de 7 de diciembre de 2011, radicación 35796.]

Es por esto por lo que también ha puntualizado que la facultad para solicitar pruebas y, por contera, para impugnar la decisión que resuelve sobre ellas, debe valorarse a partir de quienes tienen la potestad para intervenir en su práctica, de tal suerte que si la fiscalía y la defensa son las únicas partes llamadas a cumplir tal finalidad, las víctimas no están legitimadas para recurrir respecto de las pruebas que no solicitó directamente o por intermedio de la fiscalía en las oportunidades que tenía para ese cometido.» (Subrayas fuera de texto original)

En consecuencia, la representación de la víctima puede propender por los derechos a la verdad y la justicia, pero en lo que hace relación con la apelación contra la negativa probatoria de

elementos que no haya solicitado -directa o indirectamente- no tiene interés para recurrir, situación que se presenta en el caso en estudio, por lo que se reitera, la Corte se abstendrá de resolver su impugnación.”

Así las cosas, en el caso bajo análisis está facultado el apoderado de las víctimas para interponer el recurso de apelación frente a la decisión del A quo denegando los tres testimonios de cargo, pues desde su intervención en los espacios que le posibilitara la judicatura, concretamente el de la enunciación probatoria, dejó constancia que previa conversación con la delegada del ente acusador, existió un consenso acerca de las solicitudes a las cuales habría lugar y dentro de las que se encontrarían las referidas declaraciones, por lo que frente a las mismas, existe un especial interés del interviniente para su práctica en aras de exhibir un aporte significativo para el esclarecimiento de los hechos, escenario frente al cual, ni la Fiscalía, la defensa o Ministerio Público exhibieron argumentos que desdijeran lo esbozado por dicho recurrente en orden a la postulación planteada de manera indirecta, es decir, a través de la delegada del ente acusador.

Esclarecido este primer aspecto, la decisión de la Sala en punto del recurso de alzada promovido tanto por el mencionado interviniente como por la defensa, se ceñirá al análisis de pertinencia y utilidad respecto de los aludidos testimonios, 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. 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 los impugnantes, 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 ese orden de ideas, el apoderado de la víctima a través de la Fiscalía, consideró pertinente el testimonio de Sergio Urán Vargas, porque estuvo presente cuando la víctima narraba a su progenitora los actos libidinosos propiciados por su supuesto agresor. Así mismo, Daniela Ortiz Serna y Johan Sebastián Cuadros González, expondrían sobre las manifestaciones de la afectada sobre lo sucedido con el señor Jovanny de Jesús, dando cuenta además del estado emocional de la menor para ese momento.

Se trata en realidad de testimonios de oídas, distinto a lo que sería una prueba de referencia, como fue clarificado por la alta Corporación en decisión interlocutoria del 11 de octubre de 2017, radicado 50940, cuando al respecto señaló:

“(i) la prueba de referencia y el testigo de oídas son figuras jurídicas desemejantes y no pueden equipararse, pues la primera «corresponde a declaraciones recaudadas fuera del debate oral y el segundo a la información suministrada por el testigo en el juicio sobre lo que otra persona le relató»).

El acopio en el debate público de prueba de referencia o de testimonios de oídas no conlleva a su exclusión o su «inadmisibilidad», como solicita el defensor, pues deben ser valoradas en conjunto con los demás medios de convicción, con la salvedad que

el fallo de condena no puede estar fundado exclusivamente en prueba de referencia.”

Al respecto, la Corte tiene establecido que,

“...si bien el testigo de oídas no es de por sí prueba deleznable, el funcionario judicial está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de medios de prueba, ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es imposible obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso. Por eso, la Sala ha establecido en sus precedentes jurisprudenciales, cuatro presupuestos a aplicar en la apreciación del referido medio de persuasión: i) que lo narrado haya sido escuchado por el testigo directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos (de primer grado), lo cual excluye el relato deformado por un número superior de transmisiones; ii) que el testigo de oídas señale con precisión cuál fue la fuente de su conocimiento; iii) que establezca las condiciones en que el testigo directo comunicó la información a quien después dio referencia de esa circunstancia; y iv) que otros medios de persuasión refuercen las aseveraciones del testigo de oídas (CSJ. SP 24 de Jul 2013, Rad. 40702; SP 30 Nov. 2016 Rad. 42441).¹

Así las cosas, de la intervención que hiciera la Fiscalía en punto a la pertinencia de las solicitudes probatorias, deja en claro que el sustento de la declaración de responsabilidad penal es el testimonio directo de la víctima y quienes tuvieron oportunidad de conceptuar desde el punto de vista científico sobre su situación concreta, de ahí que los testimonios de Sergio Urán Vargas, Daniela Ortiz Serna y Johan Sebastián Cuadros González, corresponderían a referentes externos de verificación que podrían dar cuenta del mérito suasorio que merezca lo declarado por la niña presuntamente afectada, por ende harían más, o menos probable la hipótesis planteada a través de los

¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de diciembre de 2015, radicado 10063.

hechos jurídicamente relevantes; más aún, cuando en observancia de las reglas fijadas jurisprudencialmente, se trata de personas que escucharon lo sucedido precisamente de la persona que al parecer sufrió una agresión contra su integridad sexual.

En esas condiciones, serán admitidos los testimonios de Sergio Urán Vargas y Johan Sebastián Cuadros González, pues, se itera, el primero estuvo presente en el momento en que la víctima narraba a su progenitora el abuso sexual del que había sido víctima presuntamente por parte del procesado, mientras que el segundo fue depositario directo de las manifestaciones que le hiciera la víctima sobre lo sucedido con el señor Jovanny de Jesús, percibiendo además el estado de alteración emocional que presentaba la menor en el momento del relato, por lo que sí son relevantes para los fines probatorios de la parte interesada. Con las declaraciones de estas dos personas se demuestra con suficiencia el tópic materia de prueba, sin que sea necesario un tercer testigo, de ahí que se mantenga la decisión de primera instancia respecto a la inadmisión de Daniela Ortiz Serna, pero por los argumentos aquí esbozados.

De otro lado y en relación con los motivos de inconformidad de la defensa, queda por dilucidar si es pertinente, conducente y útil el testimonio del Psicólogo Rodrigo Andrés Tobón Palacio, y, así mismo si en realidad le asistió razón al A quo para rechazar el testimonio de la señora Maria Sened González, que al parecer no fue descubierto de manera oportuna por el señor defensor.

Frente al primero de los temas propuestos y para

una mejor comprensión y solución del asunto, resulta oportuno recordar en qué consistió la solicitud presentada por el señor defensor:

“...igualmente el Dr. Rodrigo Andrés Palacio el psicólogo forense él tomó entrevistas a Joan Sebastián Cuadros y Mery Yirley Pulgarin Lopera; ahora bien señorita ello será eventualmente valorado en su sede de juicio sobre su necesidad si los testigos comparecen por si mismos pero eventualmente si es necesario porque es prueba pericial que requiere la defensa.”

Como puede verse y de cara a la inadmisión del testimonio del psicólogo forense Rodrigo Andrés Tobón Palacio, son evidentes las falencias en que incurre el abogado defensor al pretender dicha práctica probatoria omitiendo el análisis sobre la relación que existe entre los medios probatorios y el tema de prueba, es decir, sin exponer las razones que tendría para escuchar en el juicio oral al referido profesional, limitándose únicamente a señalar que fue la persona encargada de recibir las entrevistas a Joan Sebastián Cuadros y Mery Yirley Pulgarín, lo que estaría condicionado a que las aludidas personas no se presentaran al juicio oral, como así lo aclara adicionalmente *“... el informe pericial del psicólogo forense que incluye dos videos, obviamente serán usados en el momento de que no puedan comparecer al juicio los menores...”*

No existe por tanto, desde esa limitada intervención algún esfuerzo de la parte interesada en conectar la concreta solicitud con alguna estrategia defensiva, en clave de pertinencia, que se estuviera fraguando en contraposición a los hechos jurídicamente relevantes fijados por el ente acusador, por lo que desde esa perspectiva se hacía necesario en verdad inadmitir una pretensión de ese talante. Recuérdese que la parte

interesada ostenta la ineludible carga procesal de exponer las razones que orientan su solicitud, obligación que comporta otorgar argumentos claros y concretos a efectos de garantizar el adecuado entendimiento de su petición. En otras palabras, las partes tienen la obligación de explicar la pertinencia de las pruebas que pretenden hacer valer como soporte de su teoría del caso.

Mucho menos logra superarse el filtro de la legalidad de la prueba, que en este escenario exige otro análisis sobre lo pedido, pues de lo proyectado por el censor se entendió inicialmente que dicho profesional de la psicología fungiría como un perito a través de quien se introducirían las entrevistas realizadas a las aludidas personas, pero ya en su intervención como impugnante señala el defensor que el psicólogo Tobón Palacio actuaría como un testigo de acreditación para introducir dos videos relativos a las entrevistas de Joan Sebastián y Mery Yirley, todo lo cual genera una seria confusión, pues de la prueba pericial, procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados (art. 405 CPP), pasa la defensa inesperadamente a convertir al perito en testigo de acreditación, contenido en el artículo 429 ídem, alusivo a la persona responsable de ingresar al debate oral el documento recaudado, y, finalmente le otorga la calidad de prueba de referencia, admisible sólo en desarrollo de situaciones excepcionales planteadas en el artículo 438 del mismo estatuto.

Ninguna de esas situaciones fueron clarificadas por parte del señor defensor, pues, se itera, si en verdad se

interesaba en la incorporación de las entrevistas como prueba de referencia, su argumentación para nada es coherente con las situaciones frente a las cuales podría dar lugar la práctica de una prueba de esa naturaleza; lo único claro es que hasta el momento Joan Sebastián asistiría al juzgamiento como testigo de cargo y Mery Yirley, de descargo, existiendo la posibilidad de utilizar sus declaraciones anteriores para efectos de impugnar credibilidad o refrescar memoria.

Y en cuanto al rechazo de la testigo Maria Sened González, por parte del A quo, tenemos que escuchado detenidamente el audio de la audiencia preparatoria, en realidad no es dable concluir que el señor defensor la hubiera mencionado en el escenario de su descubrimiento probatorio, pero ello ocurrió debido a que si bien advirtió al funcionario judicial que tenía unos testimonios que descubrir, éste como director del proceso no le inquirió a fin de enlistarlos, y frente a lo cual la Fiscalía no hizo alguna manifestación. A continuación, en la enunciación probatoria, tampoco se hizo mención a la señora González y apenas en la intervención de la parte inconforme en punto a la pertinencia y utilidad probatoria, se escucha que la mencionada persona comparecería al juicio con la finalidad de declarar sobre la relación existente entre la familia de la víctima y la del procesado y las asperezas existentes entre ellas.

Como se dijo, la vocera del ente acusador apenas mencionó en sus oposiciones que el testimonio sería repetitivo si se tiene en consideración que otras personas asistirían al juicio con esa misma misión, pero para nada aludió a la falta de descubrimiento de ese elemento probatorio, lo cual significa que

Nº Interno : 2020-0431-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 042 6000 346 2018 80025
Procesado : Jovany de Jesús Vargas Jaramillo
Delitos : Actos sexuales con menor de 14 años

desde esa perspectiva, la omisión del señor abogado no representa un sorprendimiento para la contraparte y mucho menos la afectación a su derecho a la igualdad procesal; de ahí que partiendo de la existencia de una mínima sustentación en punto a la pertinencia de la prueba, será admitido el testimonio de la señora María Sened González, quien conocedora de presuntas desavenencias entre la familia de la víctima y la del procesado, depondrá sobre las posibles causas que dieron lugar a la investigación seguida contra Jovany de Jesús Vargas Jaramillo por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años.

Y el testimonio en este caso no se tornaría repetitivo bajo el entendido que sobre ese tópico, fue decretado por el A quo solamente el testimonio de la señora Adriana Bravo.

Por lo expuesto, la decisión de primera instancia será revocada parcialmente y en su lugar se admitirán como pruebas de cargo los testimonios de Sergio Urán Vargas y Johan Sebastián Cuadros González, y, como prueba de la defensa, el testimonio de la señora María Sened González, en lo demás, se confirma lo decidido.

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

Nº Interno : 2020-0431-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 042 6000 346 2018 80025
Procesado : Jovany de Jesús Vargas Jaramillo
Delitos : Actos sexuales con menor de 14 años

Primero: REVOCAR PARCIALMENTE el auto interlocutorio del 28 de abril de 2020, mediante el cual el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia*, denegó la admisión de unos testimonios a la Fiscalía y a la defensa; en su lugar se decreta como prueba del ente acusador los testimonios de Sergio Urán Vargas y Johan Sebastián Cuadros González y, como prueba de la defensa, el testimonio de la señora María Sened González; en lo demás, se confirma lo decidido. 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

Nº Interno : 2020-0431-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 042 6000 346 2018 80025
Procesado : Jovany de Jesús Vargas Jaramillo
Delitos : Actos sexuales con menor de 14 años

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

APR. SALA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No.: 05034310400120200000400 **NI.:** 2020-0494-6
Accionante: ROSALBINA GIRALDO DE PIEDRAHITA
Accionado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS
Decisión: Revoca sanción
Aprobado Acta No.: 45 **Sala No.:** 06

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

Medellín, julio dieciséis del año dos mil veinte

VISTOS

Consulta el Juzgado Penal del Circuito de Andes la providencia del 09 de marzo del 2020, por la cual sancionó por desacato al fallo de tutela al doctor Ramón Alberto Rodríguez Andrade en calidad de Representante Legal de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

TRÁMITE DEL INCIDENTE

Mediante escrito allegado al referido Despacho judicial el pasado 18 de febrero del año que avanza, la señora Rosalbina Giraldo de Piedrahita da cuenta del incumplimiento de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, frente a la sentencia proferida el 31 de enero del mismo año que amparó sus derechos fundamentales.

El señor Juez *a-quo* mediante auto del 24 de febrero de la presente anualidad, procede a dar apertura al trámite incidental por incumplimiento al fallo de tutela en contra del doctor Ramón Alberto Rodríguez Andrade como representante legal de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, concediéndole un término de 03 días para que informaran acerca del cumplimiento del fallo de tutela del 31

de enero del 2020, que amparó los derechos fundamentales de la señora Rosalbina Giraldo de Piedrahita.

No obstante haberse presentado respuesta por parte de la entidad demandada, el Juez *a quo* mediante auto del pasado 09 de marzo del 2020, decide sancionar por desacato al doctor Ramón Alberto Rodríguez Andrade en calidad de representante legal de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, ante el incumplimiento de la sentencia de tutela que data del 31 de enero del 2020, consistente en arresto de tres (3) días y multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Establecidos los antecedentes y el trámite del incidente, el Juez *a-quo* analizó el caso concreto.

Señaló que al haberse hecho efectiva la anunciada apertura y su notificación al representante legal de la entidad, ninguna respuesta se obtuvo en el presente trámite; siendo ello entonces suficiente para dar por sentado que éste es renuente a ofrecer cualquier tipo de contradicción en el trámite incidental, sin que por demás, se constate a la fecha el cumplimiento de la orden impuesta en sentencia de amparo.

Refiere que forzoso resulta concluir que el representante legal de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, ha mostrado una actitud negligente frente al cumplimiento de la orden judicial; así, al enmarcarse su actuación en franco desacato éste se hace acreedor a las sanciones establecidas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. Apunta que de otro lado, el precedente constitucional en la materia da cuenta del carácter eminente subjetivo de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la orden impartida en sentencia de tutela; al respecto conforme consta en precedencia, es evidente que el incidentado en quien

recae la representación legal de la entidad, y quien por demás, no dio cumplimiento al fallo de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta que la sanción por desacato debe ser objeto del grado jurisdiccional de Consulta, corresponde examinar a esta Sala de Decisión si el doctor Ramón Alberto Rodríguez Andrade como director de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, desobedeció el fallo de tutela del 31 de enero del 2020 y, se haría en consecuencia acreedor a las sanciones previstas por la ley.

Tenemos que el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, estableció que “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 veinte 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”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Adicionalmente que *“La sanción será impuesta por el mismo Juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”*

Ahora de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, emanan dos facultades del Juez de tutela: Velar por su efectivo cumplimiento para lo cual puede disponer de mecanismos ágiles, eficaces y oportunos para obligar a la autoridad o persona que violó o desconoció un derecho fundamental y destinatario de una orden, para que cumpla con lo dispuesto por el funcionario judicial y restablezca, en los términos fijados por él, el derecho violado o amenazado. O bien la potestad sancionatoria como reflejo de su poder disciplinario que aun siendo una de las maneras extremas para lograr el

cumplimiento de la decisión, no agota la obligación del Juez para alcanzar ese propósito.

Así las cosas, teniendo en cuenta que como quiera que el desacato hace parte del derecho sancionatorio por el incumplimiento a una orden impartida por un Juez Constitucional, el sujeto pasivo objeto del mismo es titular de todas las garantías procesales que le asiste a cualquier proceso, máxime, cuando con el incidente de desacato lo que se busca es imponer una sanción por el incumplimiento de una orden judicial.

Ahora, corresponde a esta Sala de decisión determinar la legalidad de la providencia consultada en esta oportunidad, estando limitado el estudio sólo a la actuación sancionatoria, así lo ha expresado la alta Corporación Constitucional.

2.1.1. *“Como parte del trámite del incidente de desacato se contempla igualmente la consulta, como un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud de ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.¹ En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Al tener como finalidad establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia, y no más, siendo imposible que su estudio de legalidad recaiga sobre la providencia de tutela cuyo incumplimiento se alega².”³*

Sin embargo, se tiene que en trámite jurisdiccional de consulta se observa comunicación arrimada al trámite por parte del señor representante judicial de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación integral a las Víctimas, donde apunta que frente a la petición presentada por la señora Rosalbina Giraldo de Piedrahita fue contestado en oportunidad y de fondo,

¹ Ibídem.

² Sentencia T-421 de 2003.

³ Corte Constitucional, sentencia T-527 del 9 de julio del 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

mediante comunicación radicada No. 202072013593681 del 02 de julio del 2020, donde se le informa que se realizó el giro de la indemnización por vía administrativa desde el 29 de abril del año que avanza, a la sucursal del Banco Agrario de Andes, dinero que está disponible para su cobro hasta el 31 de agosto de los corrientes.

Igualmente debe advertir la Sala, que se obtuvo comunicación con la señora Albany Giraldo quien manifestó ser hija de la accionante Rosalbina Giraldo de Piedrahita, a quien se indagó si tenía conocimiento acerca de si la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, le había dado cumplimiento al fallo de tutela objeto de este trámite incidental, manifestando ésta que efectivamente la Unidad de Víctimas le hizo efectiva a su progenitora la indemnización administrativa.

Así las cosas, considera la Sala nos encontramos frente al fenómeno denominado hecho superado, pues que para este momento ha desaparecido la causa que originó el presente trámite incidental y que culminó con la sanción impuesta al señor representante legal de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Conforme a lo anterior, la Sala procederá a revocar el auto del pasado 09 de marzo del 2020 a través del cual el Juzgado Penal del Circuito de Andes, impuso sanción al doctor Ramón Alberto Rodríguez Andrade como Director de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, por incumplimiento al fallo de tutela del 31 de enero de los corrientes que amparó los derechos fundamentales de la señora Rosalbina Giraldo de Piedrahita.

Providencia discutida y aprobada en forma virtual ante la contingencia del aislamiento social obligatorio y el trabajo desde el lugar de residencia.

Las razones anteriores, son suficientes para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVA

1º.- Revocar la providencia del pasado 09 de marzo del 2020, a través de la cual el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, sancionó por desacato a fallo de tutela al doctor Ramón Alberto Rodríguez Andrade como Director de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y, en su lugar, se ordena su archivo, conforme a las precisiones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

Infórmese de esta determinación a los intervinientes.

CÓPIESE y CÚMPLASE

Firma electrónica
Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Aprobado correo electrónico
Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Aprobado correo electrónico
Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

**GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA**

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

Código de verificación:

**7e9efceabbe537093b6434c3556d4c7e179a341de89a9252e56ba2ade89722
68**

Documento generado en 16/07/2020 09:35:50 AM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05376310400120200006800 **NI:** 2020-0488-6

Accionante: FARBER EULIECER LÓPEZ AGUDELO

Accionado: NUEVA EPS Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS

Decisión: Anula

Aprobado Acta virtual 45

Sala No: 6

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

Medellín, julio dieciséis del año dos mil veinte

VISTOS

El Juzgado Penal del Circuito de La Ceja en providencia del pasado 11 de junio del año que avanza, concedió el amparo Constitucional invocado por el señor Farber Euliécer López Agudelo en contra de Colfondos Pensiones y Cesantías.

Inconforme con la determinación de primera instancia Colfondos Pensiones y Cesantías, interpuso el recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Apuntó el señor Farber Euliécer López Agudelo en su escrito de tutela, que en la actualidad completa más de 483 días de incapacidad que han sido asumidos por Nueva EPS y por la AFP Colfondos. Refiere que teniendo en cuenta el avance de su enfermedad denominada Lumbago

con Ciática, requiere que la misma sea calificada debido a que sus condiciones empeoran cada día más; sin embargo, a la fecha ni la EPS ni la AFP han iniciado el proceso de calificación de la pérdida de capacidad.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 02 de junio de la presente anualidad, se notificó a Nueva EPS y a la AFP Colfondos para que realizaran las explicaciones frente a los hechos relacionados 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 juez A-quo analizó el caso concreto.

Señaló que teniendo en cuenta los presupuestos fácticos referidos en este trámite, se tiene que pese a que al accionante le fue realizada la valoración de pérdida de capacidad laboral desde hace varios meses, aún no ha obtenido los resultados que requiere para continuar con el proceso para acceder a la pensión de invalidez. Refiere que si bien los hechos denunciados tienen que ver con trámites propios del sistema general de seguridad social en pensiones, la omisión de las accionadas de proceder a que se realice el dictamen de pérdida de capacidad que requiere el señor Farber Eulíecer López Agudelo, está vulnerando de manera directa su derecho fundamental de petición e indirecta sus derechos a la seguridad social y mínimo vital.

Apuntó que el artículo 23 Superior está dirigido a garantizar que toda persona pueda presentar peticiones respetuosas a las autoridades, así como a los particulares en los casos señalados en la norma y a obtener pronta resolución, sin que signifique que esa respuesta deba ser positiva o favorable a los intereses del solicitando. Continúa indicando que la solicitud del señor López Agudelo está encaminada a que se agilice el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, para lo cual Nueva EPS no tiene injerencia alguna debido a que esta informó a Colfondos sobre el pronóstico desfavorable incluyendo los demás diagnósticos prescritos al afiliado.

Señala que los anteriores hechos configuran una clara vulneración a los derechos fundamentales de petición y mínimo vital invocados por quien acciona, pues que debido a la falta de diligencia de la entidad accionada en proceder a dar inicio al proceso de pérdida de capacidad, emitir y notificar el resultado de esa calificación está causando una dilación injustificada.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado la señora apoderada de Colfondos Pensiones y Cesantías, impugnó la misma en los siguientes términos:

Apuntó que el Despacho de instancia hizo caso omiso a la solicitud de vinculación de la Compañía de Seguros Bolívar, entidad encargada de tramitar efectivamente la calificación de pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Refiere que esa Administradora cuenta con póliza previsional que cubre la realización de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Señala que la Compañía de Seguros Bolívar en el marco de lo dispuesto por el Decreto 2463 de 2001 y el numeral 1.13 del artículo 2.2.5.1.1. del título V del Decreto 1072 de 2015, debe realizar calificación de pérdida de capacidad laboral de los afiliados a ese fondo de pensiones. Insiste en que ese Fondo no califica a sus afiliados, pues que la calificación en primera instancia es realizada por la Compañía de Seguros Bolívar con cargo a la póliza previsional, debido a que tal como lo requiere el manual único de calificación, debe realizarlo un equipo médico interdisciplinario con el que no cuenta Colfondos, por su naturaleza jurídica y comercial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación observa que si bien en la acción tutela rige el principio de informalidad, éste no es absoluto y es necesario satisfacer ciertos presupuestos básicos para evitar una decisión que no proteja los derechos fundamentales, entre ellos la integración de la causa pasiva.

Al respecto la Corte Constitucional en auto 287 del 06 de junio del 2019, señaló:

“Debida integración del contradictorio en sede de tutela. Reiteración de jurisprudencia”

“5. Llegado a este punto, es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional, de forma unívoca y consistente, señala que la falta de integración del contradictorio en tutela, no implica de entrada retrotraer la actuación judicial hasta su inicio. En algunos casos, un proceder semejante puede comprometer “desproporcionadamente los derechos fundamentales del respectivo accionante”^[55].

“Si bien se ha estimado que, sin lugar a dudas, la falta de notificación de las decisiones en tutela, y específicamente del auto admisorio de la demanda, compromete el debido proceso de quien no fue enterado de las determinaciones del juez y de la existencia del proceso, y que ello impone la declaratoria de nulidad de lo actuado en el proceso; en

sede de tutela ello no opera en forma automática, dados los bienes jurídicos que están en juego[56] y en atención a “los principios de economía y celeridad procesal que guían el proceso tutelar”[57].”

“6. En suma, ante la falta de notificación de las partes o de terceros con interés legítimo en el proceso de tutela, en sede de revisión existen dos opciones[58]. La Sala de Revisión puede optar, bien por (i) devolver el proceso a la primera instancia para efecto de que se rehaga el proceso o bien, (ii) en virtud de la urgencia de la protección constitucional y ante una situación que a primera vista pueda considerarse apremiante, por vincular directamente a quien no fue llamado al proceso.”

“La segunda opción, que se orienta por la vinculación en sede de revisión, implica que las personas vinculadas renunciarían a su derecho a controvertir la decisión que se adopte, sea o no desfavorable a ellas. Bajo esa perspectiva, la Corte ha sostenido que, de asumir esta postura, las distintas salas de revisión deben obrar conforme lo normado en el artículo 137 del C.G.P. y advertir la nulidad, junto con la posibilidad de que las personas vinculadas decidan si es de su interés proseguir con el trámite, o reclamar la reiniciación del mismo con el objetivo de lograr participar en él y fortalecer el debate ante los jueces de instancia.”

*“Esta postura ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos que destacan, como lo recordó el **Auto 281A de 2010**[59], que el uso excepcional de la vinculación directa en sede de revisión implica que las circunstancias de hecho lo ameriten.”*

“7. Cuando la persona vinculada solicita la nulidad, en resguardo de su derecho al debido proceso, resulta imperioso remitir el expediente a la sede judicial de primera instancia para que se surta, nuevamente, el trámite de instancia y se asegure la comparecencia de quien no había sido convocado al proceso y no pudo materializar su derecho a la defensa[60]. Lo anterior en el entendido de que, aun en los eventos en los cuales es urgente la protección constitucional, el debido proceso es una garantía que no puede ser restringida a los sujetos involucrados en el proceso constitucional de tutela[61].”

Es así, como cuando durante el proceso de tutela la causa pasiva ha sido integrada incorrectamente o una parte con un interés legítimo no ha sido notificada, la Corte Constitucional ha encontrado que se configura una causal de nulidad del proceso de tutela y ha considerado que el procedimiento adecuado consiste en devolver el expediente al juez de instancia, con la finalidad que subsane el vicio y se integre correctamente el contradictorio.

En el presente caso una vez revisada la actuación, se observa que tal como así lo ha puesto en evidencia la señora apoderada del fondo de pensiones y cesantías “Colfondos” en su impugnación, el Despacho de instancia omitió vincular al contradictorio a la Compañía de Seguros Bolívar con quien suscribió póliza previsional mediante la cual asume el riesgo de invalidez y muerte, por lo que corresponde a la misma la realización de la pérdida de capacidad laboral en este caso del señor López Agudelo, conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993

Es evidente entonces, que en caso de que la acción de amparo prosperara como efectivamente ocurrió, la orden a impartir para conjurar la situación vulneradora de los derechos fundamentales del señor Farber Eulíecer López Agudelo no solo debía albergar responsabilidad en el Fondo de Pensiones al que se encuentra afiliado, sino también en la compañía con quien dicho fondo suscribió contrato de póliza previsional, en este caso Seguros Bolívar quien efectivamente a causa de dicha garantía es la obligada a ejecutar el dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor López Agudelo.

Por las razones expuestas anteriormente, se decretará la nulidad de la actuación viciada, que en este preciso caso es la que se surtió a partir del auto proferido por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja el pasado 2 de junio del 2020, dejando a salvo las pruebas que obran en el expediente, con la finalidad de que se integre correctamente la causa pasiva en el proceso de la referencia, vinculando a la Compañía de Seguros Bolívar S.A.

Así las cosas, se dispondrá la remisión del asunto al Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, para que le imprima el trámite correspondiente.

Providencia discutida y aprobada por medios electrónicos ante el aislamiento social obligatorio por la pandemia del COVID-19.

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

DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado, a partir del auto proferido por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja el pasado 02 de junio del 2020, con excepción de las pruebas practicadas conforme lo expuesto en precedencia.

En consecuencia, se ordena remitir las presentes diligencias al Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, para que imprima el trámite correspondiente.

Infórmese de ello a las partes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firma electrónica

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Aprobado por correo electrónico

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Aprobado por correo electrónico

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

**GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA**

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

Código de verificación:

**57ea08f91c562cc53316c9c24a2b27d439c015c840a85e81ca7ce3835fd7
9e0e**

Documento generado en 16/07/2020 11:03:51 AM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 050016000002018-01476

NI. 2020-0531-6

Condenado: JUAN PABLO OROZCO VELASQUEZ

Delito: Contrato sin cumplimiento legales

Decisión: Confirma

Aprobado Acta N 45

Sala No.: 6

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

Medellín, julio dieciséis de dos mil veinte

1. Objeto del pronunciamiento.

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el condenado JUAN CARLOS OROZCO VELASQUEZ contra el auto proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, que negó petición de aval para disfrute de permiso de 72 horas.

2. Actuación procesal relevante.-

JUAN PABLO OROZCO VELASQUEZ, cumple pena de 66 meses y 22 días en el penal de Jericó, que le fue impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara, en sentencia del 20 de marzo del 2019.

Ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Antioquia reclamó se le concediera permiso de 72 horas.

3. Auto impugnado.-

La Juez-*quo* en proveído del 2 de marzo del año en curso, negó la autorización para el disfrute del permiso de 72 horas señalando que como se trataba de una conducta contra la administración pública respecto de la cual conforme a lo señalado en la ley 1474 del 2011 existe prohibición legal para el disfrute del aludido beneficio administrativo, determinación que corroboró al desatar el recurso de reposición el pasado 9 de junio del año en curso.

4. Recurso de apelación interpuesto y sustentado.-

Dentro del término de ley, el condenado interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, señalando que él no es servidor público para el momento de los hechos por los que fue condenado, por ende no se le puede aplicar la prohibición que predica la funcionaria de primera instancia, que solo habla para servidores del estado e itera no ostentaba tal condición, tanto es así que fue absuelto del delito de peculado, conducta por la que no aceptó responsabilidad y se tramitó por cuerda separada, igualmente indica que fue indebidamente asesorado y la aceptación de cargos por el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales no es válida pues proviene de un error. Reclama entonces se le permita disfrutar del permiso administrativo, igualmente se tenga en cuenta que el gobierno nacional expidió una serie de normas con motivo de la pandemia del COVID-19 que buscan descongestionar las cárceles y el disfrute de dicho permiso contribuye a tal descongestión.

5. Consideraciones de la Sala.-

Del recurso de apelación interpuesto, encuentra la Sala que el asunto que concita su interés, es el de señalar si efectivamente acertó el juzgado ejecutor de la pena al negar el aval para el disfrute del beneficio administrativo de permiso hasta por 72 horas.

Lo primero que debe advertirse es que los hechos que generaron la condena del señor ORZCO VELASQUEZ, se ejecutaron entre los meses de septiembre del 2012 y abril del 2013, tal y como aparece consignado en la sentencia que en su contra emitió el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara y la conductas punibles lo son la de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales y falsedad en documento público, y que la primera de las conductas se encuentra descrita y sancionada en el artículo 410 del Código Penal, conducta que hace parte de los delitos descritos en el Título XV del Código Penal- “ Delitos contra la administración pública”

Tal y como lo avizora la juez de primera instancia, para la época de comisión ella conducta, se encontraba vigente la Ley 1474 del 2011 que en su artículo 13 establece:

ARTÍCULO 13. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONADOS CON CORRUPCIÓN. El artículo 68A del Código Penal quedará así:

No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido

condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargo

Tal normativa en lo que respecta a la prohibición de disfrute de beneficios administrativos, no ha sufrido modificación alguna para los delitos contra la administración pública en las leyes 1709 del 2014, 1733 del 2016 y Ley 1944 del 2018.

Por lo tanto para el caso resulta acertado negar el beneficio administrativo reclamado pues siendo JUAN PALBO OROZCO VELAQUEZ, destinatario de una condena por una conducta punible contra la administración pública, como lo es el de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, queda inmerso en la prohibición legal existente al respecto, como quiera que el permiso hasta por 72 horas es un beneficio administrativo tal y como se deduce del contenido del artículo 146¹ del Código Penitenciario, y claro es que como lo concluyó la de primera instancia, no es procedente que el procesado disfrute de dicho beneficio administrativo.

Ahora bien, los argumentos que expone el recurrente que él aceptó los cargos engañado y que no tenía la calidad de servidor público para el momento de la

¹ BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS. Los permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaría abierta harán parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases, de acuerdo con la reglamentación respectiva.

ejecución de la conducta, son consideraciones que no se pueden debatir ahora en la etapa de ejecución de la pena, pues aquí hay una sentencia condenatoria en firme y sobre las consecuencias de la misma es que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad cumple con su función sin poder entrar a inmiscuirse en los hechos que sirvieron para la condena o cualquier otra controversia sobre la responsabilidad. Al respecto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal precisa lo siguiente:

“Lo anterior, precisa la Sala, únicamente cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducir, modificar, sustituir o extinguir la sanción penal, eventos estos de orden objetivo en los que no se habilita al juez executor de la pena, para que modifique los hechos ya fallados, reviva la controversia acerca de la tipicidad de la conducta o la responsabilidad del declarado culpable.”²

Por último debe advertirse que el decreto legislativo 546 del 14 de abril del año en curso, en parte alguna se refirió al beneficio administrativo del permiso de 72 horas, por lo que no encuentra la sala razón alguna en modificar la determinación del Juzgado de Primera instancia con fundamento en dicha norma transitoria.

Providencia discutida y aprobada por medio virtuales ante la contingencia del aislamiento social obligatorio por la pandemia del COVID-19.

En mérito y razón de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

² Auto del 19 de febrero del 2020 M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR. SP461-2020-Radicación n° 56289.

RESUELVE

Confirmar el auto materia de impugnación en el que se negó a JUAN PABLO OROZCO VELASQUEZ el disfrute del beneficio administrativo de permiso hasta por 72 horas.

Se informa que contra la presente decisión no procede recurso alguno. Procédase a la devolución por medio electrónico de la actuación que arribó de la misma manera a esta Corporación.

COMUNÍQUESE y CÚMPLASE,

Firma electrónica

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Aprobado Correo Electrónico

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Aprobado Correo electrónico

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Firmado Por:

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

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

Código de verificación:

46fe76afbac5976932e8dbbf7818fc8c126271fdcf73e0afa63b07f9b0b11de1

Documento generado en 16/07/2020 11:02:54 AM