

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SECRETARÍA SALA PENAL**

ESTADO ELECTRÓNICO 045

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
2020-0528-2	Tutela 2° instancia	Edwar Fernely Ruíz Bulla	Comandante Estación de Policía El Bagre y otros>	Confirma fallo de 1° instancia	Agosto 03 de 2020
2020-0595-3	Tutela de 1° instancia	Jairo Wilson Henao Giraldo	Juzgado 3° de EPMS de Antioquia y otros	Ampara parcialmente	Julio 31 de 2020
2020-0545-2	Tutela de 2° instancia	Owar Luis Peña Montalvo	ARL POSITIVA y otros	Revoca fallo de 1° instancia	Agosto 04 de 2020

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


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

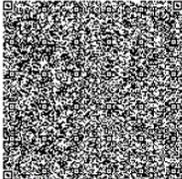

ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



Ref. Acción de Tutela de Segunda Instancia No. 021
Radicado: 05250318900120200003300
No. Interno: 2020-0528-2
Accionante: EDWAR FERNELY RUÍZ BULLA
Accionada: COMANDO ESTACIÓN DE POLICÍA EL BAGRE,
ANTIOQUIA Y OTROS
Decisión: CONFIRMA.

Medellín, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)
Aprobado según acta No. 057

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante EDWAR FERNELY RUÍZ BULLA, contra el fallo de tutela proferido el día 23 de junio de 2020, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de el Bagre - Antioquia-, mediante el cual niega el amparo de los Derechos Fundamentales invocados.

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.

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

La misma fue sintetizada por el Juzgado de Primer Grado de la siguiente manera:

“Refiere el accionante, que el día 20 de abril de 2020, su autoridad evaluadora, representada por el capitán GUSTAVO ADOLFO PÉREZ ARIAS, comandante de la estación de policía de El Bagre, le realizó una anotación en el formulario de seguimiento, la cual hace referencia al comportamiento y trabajo en equipo, disminuyéndole 100 en su formulario de seguimiento número II.

Aduce que tal calificación se generó debido a que el patrullero Ruiz Bulla, no obstante tener prohibición expresa se acercó a las salas temporales de privación de la libertad el día 15 de abril, provocando con palabras y burlas a los detenidos, por lo que los privados de la libertad lanzaron un objeto al patrullero Ruiz Bulla, quien reaccionó en forma agresiva lanzándoles orines, lo que dejó las celdas con fuerte olor, por lo que se expone en la anotación que dicho comportamiento no solo afecta la convivencia sino la dignidad humana de las personas privadas de la libertad.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 1800 de 200 “por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional”, se le concedieron 24 horas para presentar su reclamación.

El 21 de abril de 2020, el accionante realiza la reclamación frente a la anotación, arguyendo que dicha anotación resultaba improcedente, pues adolecía de falsedad y era producto de la persecución en su contra por parte del capitán. Agrega que la anotación que le valió la calificación, se realizó en el momento en el cual se encontraba en permiso, recusando consecuentemente al capitán Gustavo Adolfo Pérez Arias.

Dice que el 22 de abril de 2020, la autoridad evaluadora en cabeza del comandante de la estación de policía de El Bagre, Antioquia, resuelve en primera instancia la reclamación referida, confirmando su decisión, exponiendo que todas las decisiones fueron surtidas dentro de las leyes y que la evaluación laboral es un proceso

continuo dirigido a determinar el desempeño profesional y el comportamiento personal del uniformado. Que, en el presente caso, los términos del registro no se soportan en una persecución sino en un evidente incumplimiento de una orden emanada por parte del comando de la cual fue testigo el patrullero Diego José Hoyos Villadiego y las doce personas retenidas en la estación de policía. Por lo que resolvió el capitán como superior inmediato del señor Ruiz Bulla a ratificarse en su decisión. Decisión que fue ratificada el 29 de abril de 2020 por el mayor Pedro Andrés Isaza Gómez.

Posteriormente, para el 12 de mayo de 2020, nuevamente la autoridad evaluadora representada por el capitán Gustavo Adolfo Pérez Arias, le realiza otra anotación en el formulario de seguimiento por comportamiento y trabajo en equipo, con disminución de 100 puntos en su formulario de seguimiento número II.

En esta ocasión se trató de que el patrullero Ruiz Bulla en compañía del otro patrullero Faber Moreno, evadieron su puesto de centinela en la garita trasera y que estaba mal uniformado (sin guerrera). Se le concedió un término de 24 horas a partir de la notificación para presentar su reclamación, la que se materializó el 13 de mayo de 2020.

En su reclamación el actor adujo que la conducta por la cual se realizaba la anotación resultaba justificada y que era improcedente, habida cuenta que en ese momento llegó su superior y le llamó la atención verbalmente, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1015 de 2006, se aplica una medida preventiva para encauzar la disciplina, resultando improcedente la afectación de la evaluación, toda vez que se estaría sancionando dos veces por los mismos hechos. Por lo que solicita se revoque la anotación o subsidiariamente se modifique, dejándola como una de seguimiento, sin afectársele la evaluación.

Para el 13 de mayo de 2020, el capitán resolvió su reclamación, aludiendo que el caso bajo estudio en los términos del registro se soportó en un acto de indisciplina y de irresponsabilidad, por vulneración a la seguridad del personal que se encontraba descansando y por la seguridad de las instalaciones. Por tal motivo se confirma por parte del capitán la anotación impuesta en el formulario de seguimiento.

El 15 de mayo de 2020, el mayor Pedro Andrés Isaza Gómez jefe del área operativa especial, resolvió en segunda instancia la reclamación, ratificando la decisión.

Nuevamente, para el 14 de mayo de 2020 se le realiza otra anotación en su formulario de seguimiento con una disminución de 100 puntos en el formulario de seguimiento número II, por sus actitudes insubordinadas y desafiantes en contra del comandante de la estación de policía. En su reclamación el accionante recusa al capitán Gustavo Adolfo Pérez Arias.

El 15 de mayo de 2020 el comandante de la estación procedió a resolver su reclamación, ratificando la anotación y, en segunda instancia, fue confirmada el 17 de mayo de 2020 por el jefe del área operativa especial.

Requiere el accionante que, a través de sentencia de tutela, se ampare su derecho fundamental al debido proceso y se dejen sin efecto las anotaciones del 20, 22 y 23 de abril de 2020, así como las anotaciones con fecha 12, 14, 15 y 17 de mayo de 2020 y se disponga la restitución de los cien puntos que en cada una de ellas le disminuyeron”.

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez de Primera Instancia con fundamento en los elementos de prueba allegados a la actuación, decidió declarar la improcedencia de la acción de tutela por carecer del requisito de subsidiariedad y residualidad.

Además consideró, que existe un medio de defensa judicial eficaz, de carácter ordinario, que le permita cuestionar las decisiones adoptadas, esto es, acudir una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en busca de la protección de los derechos que considera el actor vulnerados.

De igual manera estimó, que no es posible considerar la existencia de un perjuicio irremediable, dado que no se evidenció una inminencia o gravedad que requiera la adopción de medidas urgentes para conjurar el posible perjuicio ocasionado.

En síntesis, la Juez A quo declaró improcedente la acción de tutela, al considerar que las anotaciones demeritorias registrada en el formulario de seguimiento del accionante pueden ser controvertidas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de las acciones y medidas cautelares pertinentes. Además, el tutelante puede interponer las denuncias penales o quejas disciplinarias ante las autoridades competentes, a fin de que se investiguen los actos de injurias, calumnias o improperios presuntamente cometidos por sus superiores.

Mediante auto de fecha 30 de julio de 2020, en atención a lo consagrado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en desarrollo del trámite de impugnación, la Magistrada sustanciadora, decretó pruebas en sede de apelación, con el fin de allegar al proceso elementos de juicio relevantes para éste. En consecuencia, en dicho auto la Magistrada sustanciadora resolvió oficiar al Comando de Policía Antioquia, con el objeto de que informara quién es el superior funcional para resolver las reclamaciones o desacuerdos a las anotaciones que hace el Comandante de Estación de Policía de El bagre (Ant) en los formularios de seguimiento de los agentes de policía adscritos a dicha estación. Así como la autoridad revisora y evaluador una vez ratificada la reclamación.

No obstante, haber sido notificado y enterado del requerimiento, la comandancia de policía Antioquia no emitió ningún pronunciamiento al respecto.

4. LA APELACIÓN Y SU SUSTENTO

El accionante inconforme con la decisión de primera instancia, recurre en apelación con la finalidad de que se REVOQUE la decisión de primer grado y, en su lugar, se conceda el amparo deprecado, para lo cual expone los siguientes argumentos:

“En el punto cuatro del acápite de fundamento de hechos y derechos me ocupé del tema de la acción de tutela, sustentando mi petición de amparo en la primera causal, esto es, de no disponer de otro mecanismo de defensa judicial, por cuanto si bien es cierto que el acto con el cual se vulnera mi derecho fundamental al debido proceso se trata de un acto administrativo, también lo es, que no es un acto administrativo definitivo sujeto de la jurisdicción contenciosa administrativa, sino de un acto preparatorio contra el cual no procede la jurisdicción contenciosa Administrativa, aspecto que no fue valorado o tenido en cuenta por el Honorable Juez de Primera Instancia. En cuanto a la sustentación del por qué se trataba de un acto preparatorio aparece en el acápite del acontecer factico, artículo segundo, inciso final.

En cuanto a que se trata de un acto preparatorio: “Por último, el trámite realizado mencionado en el acápite de fundamentos fácticos se trata de un acto preparatorio si se tiene que se constituye en el insumo para emitir la decisión definitiva que es la Evaluación del Desempeño policial a que trata el artículo 38- 1 y 39 del del multicitado decreto y 39, pues no en vano el parágrafo 1 del primer artículo estipula “Los formularios 2 y 3, son el soporte del Formulario 1 de Evaluación del Desempeño Policial. Negrillas y subrayas fuera de texto.” Dicho de otro modo, el trámite con el cual considero vulnerado mi derecho se realizó en el formulario de seguimiento (formulario 2) el cual se constituye el insumo o soporte para realizar la evaluación final (anual) que debe realizarse el 31 de diciembre de 2020, la cual para el ítem factor comportamiento, subfactor trabajo en equipo (dos anotaciones) y el factor comportamiento, subfactor relaciones interpersonales (una anotación),

que fue bajo los cuales se me realizó las tres anotaciones, determina un puntaje de 1200, de los cuales con cada anotación se me están restando 100. La Honorable Corte Constitucional ha dicho que en casos excepcionales con los actos preparatorios se puede amenazar y vulnerar derechos fundamentales como justamente ocurre en esta ocasión.

“Señor Juez, en este caso resulta procedente la acción de tutela por cuanto no dispongo de otro mecanismo de defensa judicial por cuanto no estamos frente a un acto definitivo, sino de un acto preparatorio el cual no es sujeto de la jurisdicción contenciosa administrativa y si la acción de tutela por cuanto en el caso que nos ocupa puede conculcar o amenazar derechos fundamentales como ya se enunció anteriormente. Trae a colación varias citas jurisprudenciales.

Véase Honorable Juez Constitucional de Segunda Instancia que los requisitos exigidos por la Honorable Corte Constitucional se cumplen a cabalidad, sin que para el caso particular se requiera como requisitos de procesabilidad el perjuicio irremediable por razones obvias, no obstante, y contrario a lo expresado por el Honorable Juez de Primera Instancia, si existe el perjuicio irremediable si se tiene que la violación de mis derechos fundamentales va a quedar sin restablecerse ya que este tipo de actos administrativos no son enjuiciables ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En ese sentido si considero que resulta procedente la acción de tutela, motivo por lo cual reitero mi pretensión ante el Honorable Juez Constitucional de Segunda Instancia, recabando que con la acción de las entidades accionadas desconocieron mi derecho fundamental al debido proceso en los términos indicados en mi escrito de tutela, e igualmente, del derecho a la presunción de inocencia que se pasó por alto mencionarlo, significando para efecto, de manera muy respetuosa, que de conformidad con lo previsto en los artículos 2 (inciso 2º y 218 de la Constitución Política, y 1 y 19 de la ley 62 de 1993, la Policía Nacional como integrante de las autoridades de la república esta instituida para garantizar derechos y libertades de lo ciudadano, entre ellos, la de sus propios integrantes, lo cual no se cumple en esta ocasión.

Si bien es cierto que en el escrito de tutela se demanda dejar sin efectos los actos violatorios de los derechos fundamentales, también lo es, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 86, inciso 2º de la Constitución Política de Colombia, y el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, el Juez Constitucional es autónomo para disponer lo que corresponda para garantizar el derecho vulnerado, ya que allí se lee “La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo” y “Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible. ...”, negrillas y subrayas fuera de texto, de tal manera que el Juez de tutela puede apartarse de lo demandado por el accionante teniendo como derroteros estas dos disposiciones. Esto lo refiero por cuanto si la pretensión solicitada no es la correcta para garantizar mi derecho, se disponga la que el Honorable Juez Constitucional considere sea la efectiva para tal fin, para lo cual muy respetuosa le solicito, se tenga en cuenta, la jurisprudencia constitucional, según la cual, cuando no se dispone de un mecanismo de defensa judicial, se adquiere el carácter de mecanismo subsidiario donde al Juez de Tutela le corresponde impartir una orden definitiva (sentencia T-816/02), y de otro lado, tener en cuenta el contenido del artículo 38 de la resolución 04089 de 2015, que establece la figura de la inexistencia de la anotación para cuando se presentan irregularidades en el trámite de la anotación.

Se oficie al Comando del Distrito de Policía Caucaasia ubicado en la calle 30 No. 24-24, barrio Los Almendros, Caucaasia (Antioquia), móvil 3225370747 (Secretaría), correo electrónico deant.dcaucoman@policia.gov.co, para que emita relación de las reclamaciones por desacuerdo en las anotaciones realizadas en los formularios de seguimiento resueltas por dicho Despacho para los meses de mayo y junio donde actué como evaluador los señores comandantes de Estación pertenecientes a este, entre ellas, la Estación de Policía El Bagre, donde se mencione el nombre del policial que presenta la

reclamación, la Estación a la que pertenece, el nombre del Evaluador y el cargo de este. E igualmente para que se certifique que Despacho le corresponde actuar como autoridad Evaluadora del comandante de la Estación de Policía El Bagre. Ello por cuanto como lo expresé en mi escrito de tutela, quien debe resolver las reclamaciones que presenta el personal de la Estación de Policía El Bagre, es el señor comandante del Distrito y no la Jefatura Área Operativa Especial como ocurrió en mi caso, con lo cual se demostrará mi aseveración. Es cierto que el señor oficial que representa la Jefatura Área Operativa Especial es superior en grado y antigüedad al señor comandante de la Estación de Policía El Bagre, sin embargo, su función únicamente es de coordinación para ciertos aspectos operativos, no para todos los efectos, de tal suerte, que no desplace al señor Comandante del Distrito bajo cuyas órdenes actúa mi evaluador (comandante Estación Policía), requisito este, establecido por el artículo 33 del decreto ley 1800 de 2000 para que pueda actuar como Revisor para los asuntos que conozca los comandantes de Estación y de Evaluador para los señores comandantes de Estación, es decir, quien le lleva los formularios de seguimiento a los señores comandantes de Estación es el Comandante de Distrito.

Por todo lo anterior, respetuosamente solicito al Honorable Juez Constitucional de Segunda Instancia, revocar la decisión de fecha 23 de junio de 2020, adoptada por el Honorable Juzgado Promiscuo del Circuito del Municipio de El Bagre (Antioquia), en consecuencia, se amparen el derecho fundamental demandado en el escrito de tutela y en esta impugnación en los términos que su Honorable Despacho considere procedente”.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

5.1 Competencia

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

5.2 Problema Jurídico

Se tiene entonces que el problema jurídico se contrae a determinar si las anotaciones efectuadas por el Comandante de Policía de la Estación de policía de el Bagre, Antioquia, en el formulario II de seguimiento, correspondiente al accionante patrullero de la Policía Nacional Edwar Fernely Ruíz Bulla viola su derecho al debido proceso.

Ahora bien, dado el carácter excepcional del mecanismo de la acción tutelar como garante para la protección de los derechos fundamentales,² la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto la Alta Corporación en Sentencia T- 514 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, estimó:

“(...) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)³ y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante

² Artículo 86. Constitución Política. “(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)”.

³ Cfr. Sentencia T-249 de 2002

la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)."

De otro lado, nuestra Carta Política estableció en su artículo 86 que la acción de tutela es un mecanismo especial, preferente y sumario para la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando resulten vulnerados o amenazados por una entidad pública o por un particular.

De ahí que la acción de tutela se caracteriza por ser subsidiaria, esto es, que su procedencia está supeditada a la inexistencia de otros medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como herramienta transitoria para evitar un perjuicio irremediable o cuando los mecanismos resultan inidóneos para afrontar la vulneración o amenaza. Así se desprende del citado precepto constitucional y el artículo 6, numeral 1º, del Decreto 2591 de 1991.

De acuerdo con lo anterior, la acción de tutela solo puede incoarse cuando se hayan agotado todos los instrumentos ordinarios instituidos para defender los derechos invocados, excepto cuando se emplea para evitar daños irreparables. Sobre este tópico señaló la Alta Corporación en la Sentencia T-480 DE 2011:

"(...) el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo”.

Aunado a lo anterior, también se ha señalado que no por existir otro medio de defensa judicial la tutela resulta improcedente, toda vez que el mecanismo debe ser idóneo y eficaz para garantizar la protección del derecho. Así lo declaró la Corte Constitucional en la Sentencia T-211 de 2009 al señalar:

“la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción⁴. El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”.

Por otra parte, se observa a simple vista que no se cumple con los requisitos de *residualidad* y *subsidiariedad* en la acción de tutela, por cuanto el actor pretende por esta vía, desconocer la competencia natural de la justicia contenciosa administrativa. En ese orden, pretender por vía de tutela echar de menos la jurisdicción creada para dirimir dichas controversias legales socava el principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

⁴ Ver, entre otras, las sentencias T-580 de 2006, T-972 de 2005, T-068 de 2006 y SU-961 de 1999.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte⁵ ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción, en este sentido en Sentencia T-106 de 1993 esta Corporación, afirmó:

"El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico."

Sobre el mismo asunto la Corte en sentencia T-983 de 2001, precisó:

"Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico."

⁵ Sentencia T-451 de 2010.

Sobre la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, en el mismo sentido, la Corte en Sentencia T-1222 de 2001 afirmó:

“...el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir.”

En cuanto al marco normativo del proceso de evaluación de los miembros de la policía nacional, la Corte Constitucional en Sentencia T-152 de 2017, señaló:

“En ese orden, el Decreto 1800 de 2000, “Por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional”, establece las normas, técnicas y procedimientos para la evaluación del desempeño policial del personal uniformado en servicio activo de la Policía Nacional, hasta el grado de Coronel⁶. Con relación a la naturaleza de dicho proceso, el decreto en su artículo segundo señala que la evaluación del desempeño policial “es un proceso continuo y permanente por medio del cual se determina el nivel de desempeño profesional y el comportamiento personal”, que se rige por los principios de continuidad, equidad, oportunidad, publicidad, integralidad, transparencia, objetividad y celeridad.

1. En el mismo decreto entre los artículos 21 y 33 establece que en el proceso de evaluación intervienen la autoridad evaluadora y la revisora, las cuales están encargadas de diligenciar los “documentos de evaluación” en los que se “consignan informaciones, juicios de valor y factores de Gestión, acerca de las condiciones personales y desempeño profesional del personal uniformado en servicio activo de la Policía Nacional”⁷, y que se clasifican en: “(i) Formulario 1. De Evaluación del Desempeño Policial: Este formulario se diligencia para todo el personal a evaluar. (ii) **Formulario 2. De Seguimiento: Este formulario se diligencia por el evaluador, para todo el personal a evaluar,**

⁶ Decreto 1800 de 2000, artículo 1º.

⁷ Decreto 1800 de 2000, artículo 37.

anotando los aspectos relevantes que incidan en la evaluación, y (iii) Formulario 3. De Registro de datos y hechos: Este formulario se diligencia por el evaluado de la Categoría Básica del Nivel de Gestión Operativa, en el cual registra las acciones diarias de su desempeño profesional”. Los formularios 2 y 3, son el soporte del Formulario 1 de Evaluación del Desempeño Policial⁸.

Conforme al artículo 51 del decreto bajo estudio, el evaluado tiene derecho a manifestar su inconformidad respecto de (i) las anotaciones en el formulario No. 2, "De seguimiento"; (ii) las anotaciones del revisado en el formulario No. 3, "Registro de Datos y Hechos"; y (iii) la evaluación y/o con la clasificación anual⁹. En el caso de las reclamaciones por desacuerdo con las anotaciones en los formularios dos (2) y tres (3), el evaluado lo debe hacer por escrito ante el evaluador, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su comunicación, quien las resuelve en un término igual. En caso de mantener su decisión, **el evaluador** remitirá lo actuado ante **el revisor** dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, quien decide en forma definitiva en el término de cuarenta y ocho (48) horas.-

2. En los anteriores términos, la ley establece las normas, técnicas y procedimientos que debe seguir la Policía Nacional para evaluar y calificar la gestión del personal uniformado vinculado a la institución, así como el procedimiento para objetar cualquier anotación que se realice en los formularios que permiten dicha evaluación y calificación”.

De otro lado, el Decreto 1800 de 2000, establece en cuanto a las autoridades evaluadoras lo siguiente:

“ARTICULO 21. DENOMINACION. Se denomina Autoridad Evaluadora al directo responsable del empleo, dirección y control del desempeño personal y profesional del evaluado.

ARTICULO 22. ATRIBUCIONES DE LA AUTORIDAD EVALUADORA.

⁸ Decreto 1800 de 2000, artículo 38, parágrafo 1°.

⁹ Decreto 1800 de 2000, artículo 52. “(...) Las reclamaciones por desacuerdo con la evaluación y clasificación anual, proceden por escrito ante el evaluador dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su notificación, quien las resuelve en un término de setenta y dos (72) horas. En caso de mantener su decisión, remitirá lo actuado ante el revisor dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, quien decide en forma definitiva en el término de setenta y dos (72) horas”.

1. **Diligenciar los formularios de evaluación con sujeción a este Decreto.**
2. Notificar al evaluado el contenido de la evaluación y la clasificación.
3. **Resolver en primera instancia las reclamaciones que presente el evaluado.**
4. Tramitar ante la autoridad revisora las reclamaciones del evaluado.
5. **Enviar la evaluación y sus soportes a la autoridad revisora para lo de su competencia.**
6. Remitir a la nueva Unidad del evaluado trasladado la evaluación y sus soportes, diligenciándolos en su totalidad.

ARTICULO 23. DE LOS DIRECTORES, COMANDANTES DE DEPARTAMENTO Y POLICIAS METROPOLITANAS. Los Oficiales que se desempeñan como directores, Comandantes de Departamentos o **Policías Metropolitanas son evaluados por una Junta de Calificación de la Gestión**, presidida por el Subdirector General e integrada por el Inspector General y **los Directores Operativo**, Administrativo y Financiero, Antinarcoóticos, Antisecuestro y Extorsión, Policía Judicial, Inteligencia y Jefe de la Oficina de Gestión Institucional. Su evaluación mide el cumplimiento del plan estratégico y los planes de acción de su respectiva Unidad, a través de indicadores de Gestión.

ARTICULO 33. DENOMINACION. Es Autoridad Revisora el Oficial a partir del grado de teniente, bajo cuyas órdenes actúe el evaluador.

ARTICULO 34. DEBERES Y ATRIBUCIONES DE LA AUTORIDAD REVISORA.

1. Comprobar que los documentos se elaboren con sujeción a las normas de este Decreto y corregir los errores que se produzcan en el diligenciamiento del formulario, dejando constancia de la modificación en la casilla de sustentación.
2. **Modificar o confirmar la evaluación.**
3. Notificar al evaluado la modificación de la evaluación.
4. **Resolver en segunda instancia las reclamaciones relacionadas con la evaluación.**
5. Remitir la evaluación al grupo de Talento Humano, dentro de los diez (10) días siguientes al término del período de evaluación.

ARTICULO 52. TERMINOS PARA RECLAMAR. *Las reclamaciones por desacuerdo con las anotaciones en los formularios dos (2) y tres (3), proceden por escrito ante el evaluador, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su comunicación, quien las resuelve en un término igual. En caso de mantener su decisión, remitirá lo actuado ante el revisor dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, quien decide en forma definitiva en el término de cuarenta y ocho (48) horas.*

De acuerdo con la información que arroja el expediente se tiene que en las fechas 20 de abril, 12 de mayo y 14 de mayo del corriente año se registró por parte del comandante de la Estación de Policía de El Bagre (Ant) las anotaciones atinentes con el comportamiento del patrullero Edwar Fernely Ruíz Bulla.

Frente a dichas anotaciones, el actor presentó las correspondientes reclamaciones, manteniéndose las mismas bajo el argumento de que los términos del registro no se soportan en una persecución sino en un evidente incumplimiento de una orden emanada por sus superiores, además de actos de indisciplina y de irresponsabilidad por haberse descuidado la seguridad de las instalaciones ya que era de su conocimiento la intención de los grupos al margen de la ley de atentar contra las unidades policiales de ese municipio.

Surtido el trámite respectivo, se obtuvo respuesta por parte del revisor, quien mantuvo las anotaciones en firme al estimar que era notoria la ineficacia profesional y falta de compromiso del patrullero para con la institución, ante los actos indiscutibles de responsabilidad y que dichas acciones se convierten en un obstáculo para la buena disciplina policial y un buen ambiente laboral, trabajo en equipo y que su trabajo esté direccionado o enfocado en una misma dirección y siempre alineados a las políticas y fines de la institución.

Se advierte de lo anterior que contrario a lo aducido por el actor, el accionante hizo uso de los mecanismos previstos que el ordenamiento le ofrecía para oponerse a las mentadas anotaciones, pues presentó las respectivas reclamaciones con lo cual se habilitó la reconsideración por parte de su superior inmediato y de la revisión del Comandante del Distrito de Policía de Caucasia, pero con resultados adversos a sus intereses, circunstancia que desvanece el argumento para conceder la petición de amparo.

Mírese que, una vez ratificadas las reclamaciones por parte del comandante directo, éstas se tramitaron dentro de las 24 horas siguientes ante la autoridad revisora, esto es, el comandante directo de los comandantes de estación, que en este caso de la estación de policía de el Bagre, se trata del comandante operativo de Distrito especial de Caucasia, mayor Pedro Andrés Isaza Gómez, cargo que fue previamente creado y quien legalmente está facultado para ser el revisor.

Así las cosas, contrario a lo expuesto por el accionante, el mayor Pedro Andrés Isaza, cumple actualmente sus funciones como comandante del área operativa especial de Caucasia, y es la autoridad encargada de ratificar dichas anotaciones, según sus funciones del cargo, dando cumplimiento a la estructura orgánica y lineamientos de la policía Nacional.

Por consiguiente, observa la Sala que el accionante cuenta con otro mecanismo judicial idóneo para ventilar sus pretensiones, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 138 (...), vía idónea para reclamar y dejar sin efectos o declarar nulo un Acto Administrativo, lo que hace improcedente la presente acción de tutela. Además, están

previstos mecanismos cautelares que permiten, desde el comienzo de la actuación, sortear de manera efectiva la violación de derechos fundamentales y evitar la permanencia de los efectos de actos contrarios al orden jurídico.

De acuerdo con los anteriores argumentos, debe significarse que el señor EDWAR FERNELY RUIZ BULLA, no puede utilizar la acción de tutela como un mecanismo paralelo para debatir la procedencia o no de dejar sin efecto las anotaciones y la restitución de los puntos en su calificación.

Bajo estas consideraciones, la pretensión del impugnante no está llamada a prosperar en esta instancia, por lo que esta Corporación habrá de **CONFIRMAR** el fallo del Juez Primario.

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

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela de la naturaleza, procedencia y fecha conocidas, de conformidad con lo antes expuesto.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

RADICADO	2020-0595-3
ACCIONANTE	JAIRO WILSON HENAO GIRALDO (por agente oficiosa)
ACCIONADO	JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA Y OTRO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DECLARA IMPROCEDENTE Y AMPARA

Medellín, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Aprobada mediante Acta N° 073 de la fecha

ASUNTO

Resolver en primera instancia la acción de tutela interpuesta en favor de **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, contra el **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, y el **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, por la presunta violación al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad.

ANTECEDENTES

La parte actora indicó en lo esencial que **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, fue capturado el 7 abril de 2015, y condenado por el Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Antioquía, a 128 meses de prisión, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Inicialmente fue recluido en la cárcel “**VILLA INÉS**” del municipio de Apartadó Antioquía, por lo tanto, su proceso pasó al **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, pero luego, el 7 de Noviembre de 2019, fue trasladado al **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE**

ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA.

Se indicó que el 26 de marzo de 2020, el privado de la libertad solicitó del **ÁREA JURÍDICA** de ese establecimiento penitenciario, información acerca de cuál juzgado de ejecución de penas de Tunja, vigila su pena, pues cree que cumple con los presupuestos para la concesión de la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38G del Código Penal, pero no obtuvo respuesta.

Ante ese silencio, por conducto de esa área (pase de jurídica), el 28 de abril posterior, el interno envió la solicitud de ese sustituto al **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, pero su memorial nunca llegó al destinatario.

En razón de esa situación, el 28 de mayo de 2020, el sentenciado radicó en el penal de Cómbita, una acción de tutela, dirigida al Tribunal Superior de Tunja, pero a la fecha no se conoce de su radicación.

Fue en razón de todo lo expuesto que se presentó acción de tutela, por la esposa del sentenciado, como agente oficiosa, con la finalidad de obtener el amparo de los derechos referidos en el asunto de la sentencia; que el **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, resuelva la petición de prisión domiciliaria, y que el **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, remita la documental para ello, y se abstenga de radicar la tutela que se le radicó por el presunto afectado, ante esta nueva acción.

TRÁMITE Y RESPUESTAS

Inicialmente, la acción se repartió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, donde por auto de 17 de julio de 2020, fue remitida a esta Sala; ese mismo día se asumió, se vincularon a los **CENTROS DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA Y MEDELLÍN Y DE TUNJA**, se corrió el respectivo traslado, para efectos de defensa y contradicción.

En ese mismo auto se ordenó oficiar, tanto al **ÁREA JURÍDICA**, como a la **DIRECCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, para que, se entrevistaran con **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, y le preguntaran si ratificaba la acción de tutela que presentó su señora esposa, Maribel Uribe, de lo cual se obtuvo respuesta afirmativa.

El **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, informó en lo medular que, vigilaba la pena al presunto afectado, en proceso con radicado interno 2018A3–0909.

El 14 de julio de 2020, en forma virtual, se presentó solicitud de prisión domiciliaria en favor de **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO** pero, al encontrarse preso en Cómbita, Boyacá, por auto de 16 de julio de 2020, dispuso, por su centro de servicios, remitir el expediente, por competencia, a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, Boyacá, a fin de que allí asumieran conocimiento del asunto y resolvieran si era procedente o no la prisión domiciliaria, informando de ello al sentenciado.

El **CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE TUNJA**, aseguró que revisada la relación de expedientes recibidos en la ventanilla y el sistema de gestión SIGLO XXI, a la fecha no registra proceso seguido o radicado en contra del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**.

Ni el **CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD ANTIOQUIA Y MEDELLÍN**, ni el **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, rindieron informe.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

La Sala es competente para fallar acciones de tutela, de acuerdo a lo normado en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela se puede presentar por la persona afectada, o por quien actúe a su nombre, en esa misma dirección, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que podrá ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o por conducto de representante. A renglón seguido dispone que, *“también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”*, pero se aclara que, *“cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”* También dispone que podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

Frente a la agencia oficiosa, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: (i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias **físicas** o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso¹.

En este caso se puede admitir que el señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, se encuentra en imposibilidad para ejercer la tutela, por circunstancias físicas, pues se encuentra privado de la libertad. Es verdad que el derecho de acción no se encuentra limitado por la condición de cautivo del prenombrado, pues lo podría ejercer por medio del establecimiento penitenciario en el que se encuentra, pero ese canal es ineficaz, pues el penado entregó esta tutela al área jurídica, en mayo de 2020, y no se radicó en los juzgados, esto último se presume, por cuanto el **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**. Además su cónyuge, está lejos de él, en Carepa, como para pensar que ella sirviera como medio para recibir la demanda, y radicarla en los Juzgados, con la firma del sentenciado. Finalmente, el presunto afectado ratificó la petición de amparo de su compañera sentimental.

¹ Sentencia T 004 de 2013.

En razón de esas especiales circunstancias, se admite la agencia oficiosa de los derechos de **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**.

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con las pretensiones de la demanda, apunta a determinar si en el caso concreto se han vulnerado los derechos invocados en favor del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, por la omisión del **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, en pronunciarse sobre su petición de prisión domiciliaria.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se estableció como un mecanismo al que se puede acudir ante los jueces, en todo momento y lugar, cualquier persona, sea natural o jurídica, para que, mediante un pronunciamiento preferente y sumario, reclame la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, o por un particular en los casos expresamente señalados por la ley. Esta acción constituye un instrumento de carácter residual, que sólo opera cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este caso concreto, el **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, no lesionó el debido proceso, ni el acceso a la administración de justicia de **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, pues antes de la presentación de la demanda, el 16 de julio de 2020, se pronunció acerca de su solicitud de prisión domiciliaria, al remitir el expediente por competencia territorial, a sus homólogos en Tunja, lo cual es acertado, informando al sentenciado, enviando un correo electrónico al **ÁREA JURÍDICA DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**.

Así las cosas, la acción de tutela se declarará improcedente con respecto al **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**.

El **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, no rindió informe, por lo tanto, se puede inferir que recibió ese correo, y no notificó al sentenciado, con lo cual violó los derechos ya referidos, los cuales se tutelarán, por el poder de los jueces constitucionales de emitir fallos ultra y extra *petita*. También lesionó su derecho de petición, el cual se amparará, al omitir un pronunciamiento acerca del juzgado competente para vigilar su pena en Tunja, como se lo solicitó el señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, el 25 de marzo de 2020, esto, en aplicación de la presunción de veracidad.

Así las cosas, se ordenará al **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo, si no lo ha hecho, le transmita a **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, el oficio que le remitió el **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, el 16 de julio de 2020, y se pronuncie sobre la petición que le elevó, para conocer a qué juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad de Tunja, le correspondió vigilar su pena.

El **ÁREA JURÍDICA DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, también violó el debido proceso y el acceso a la administración de justicia del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, pues, en mayo de 2020, recibió una tutela del actor, y como no rindió informe, se presume que no se radicó, olvidando que, debido a la relación de sujeción que mantiene la población privada de la libertad con el Estado, era su deber servir como medio, para que sus internos hagan las demandas, y las remitan por correo electrónico, o por otro medio, a los juzgados, pero no se amparará, por carencia actual de objeto, por hecho superado, pues la cónyuge del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, presentó la tutela como su agente oficiosa, la cual se asumió, se tramitó, y se falló.

No obstante, se compulsarán copias de la demanda con anexos, y este fallo con destino a la **PROCURADURÍA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO REGIONAL DE BOYACÁ**, y a la **PERSONERÍA DE CÓMBITA**, para que investiguen la omisión que se acaba de exponer, pues es grave que el **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, reciba acciones de tutela, y no las remita a los juzgados, así sea por

correo electrónico ¿qué tal se pretenda el amparo de la vida, o la salud, y los internos no tengan cómo pedirlo?. En esas condiciones, se convertiría en talanquera para el ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual evidencia elevada gravedad.

Además, se prevendrá al **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, para que no vuelva a omitir la tramitación de las tutelas que les entregan sus internos.

De otro lado, del informe y los anexos que entregó el **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, se tiene que el 16 de julio hogaño, le ordenó a su **CENTRO DE SERVICIOS**, la remisión del proceso del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, con destino a los **JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE TUNJA**, para que allí se pronuncien sobre su prisión domiciliaria.

Sin embargo, esa orden no se cumplió, o al menos no hay registro de lo contrario, pues el **CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE TUNJA**, aseguró que no registra proceso seguido o radicado en contra del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, con lo cual, el **CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA**, violó el debido proceso del pluricitado señor.

La Corte Constitucional tiene dicho de antaño que la ausencia de asignación de la autoridad judicial competente para vigilar la ejecución de la pena, lesiona esa garantía del condenado, previsto en el artículo 29 Superior, por cuanto, no solo se predica de la actuación que antecede la condena, sino que se extiende a la fase de ejecución de la sentencia.

Así se reiteró en la T 753 de 2005, donde se citó en lo pertinente la T 388 de 2004:

“(...) la ejecución de la pena no puede entenderse escindida del proceso penal que se siguió en contra de quien se encuentra privado de la libertad por existir una sentencia condenatoria en su contra, y cuyas garantías también se predicán del tiempo de la ejecución de la pena. La unidad del proceso presupone que los distintos actos que lo integran estén coordinados y concurren armoniosamente al fin del mismo, que es la efectividad de la ley sustancial, obviamente, mediante la observancia de los principios

fundamentales del procedimiento²”.

Dicha garantía comprende, a su vez, otros derechos como el acceso a la administración de justicia ante el juez natural competente, y el derecho a que los procesos se efectúen en un plazo razonable, los cuales se desconocen en la medida que se prolonga en el tiempo el envío del expediente del condenado sin justa causa, a los **JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD COMPETENTES**, situación que además le cercena la posibilidad de elevar peticiones que allí deben resolverse; *verbi gratia*, redenciones, prisión domiciliaria, permisos administrativo de hasta 72 horas, libertad condicional, entre otras.

En este caso, es cierto que para la fecha que recibió la orden el **CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA**, la sede donde funciona estaba cerrada, por virtud del acuerdo CSJANTA20-80 de 12 de julio de 2020, dictado por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia. Sin embargo, abrió entre el 27 y 30 de julio de 2020, y esa autoridad no explicó una justa causa para no enviar el expediente del sentenciado en ese lapso, por ello se amparará el debido proceso y acceso a la administración de justicia del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**.

En vista que en este momento, por virtud del Acuerdo CSJANTA20-87, de 30 de julio de 2020, proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, es imposible ingresar al edificio donde está el expediente del demandante, se ordenará a los **CENTROS DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA Y TUNJA**, que de forma coordinada, tan pronto como se autorice el ingreso al palacio de Justicia José Félix de Restrepo de Medellín, a partir del 3 de agosto de 2020, dispongan la manera de enviar y recibir el proceso del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, para que se entregue de inmediato al Juez competente, y se pronuncie sobre su prisión domiciliaria, ponderando, eso sí, la garantía de la salud y la vida de los servidores judiciales.

De otro lado, el actor ni siquiera argumentó que en un caso igual al suyo, las autoridades accionadas actuaran de forma diversa, por consiguiente, se declarará improcedente el amparo de la igualdad.

² T-1045/02, C-407/97

Por lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR improcedente el amparo de los derechos fundamentales del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, con respecto del **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**.

SEGUNDO: AMPARAR el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, y el derecho de petición del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, vulnerados por el **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**.

TERCERO: ORDENAR al **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo, si no lo ha hecho, le transmita a **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, el oficio que le remitió el **JUZGADO 3° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, el 16 de julio de 2020, y se pronuncie sobre la petición que le elevó, para conocer a qué juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad de Tunja, le correspondió vigilar su pena.

CUARTO: AMPARAR el debido proceso y acceso a la administración de justicia, del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, lesionados por el **CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA**.

QUINTO: ORDENAR a los **CENTROS DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA Y TUNJA**, que de forma coordinada, tan pronto como se autorice el ingreso al palacio de Justicia José Félix de Restrepo de Medellín, a partir del 3 de agosto de 2020, dispongan la manera de enviar y recibir el proceso del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, para que se entregue de inmediato al

Juez competente, y se pronuncie sobre su prisión domiciliaria, ponderando, eso sí, la garantía de la salud y la vida de los servidores judiciales.

SEXTO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo del derecho a la igualdad invocado.

SÉPTIMO: COMPULSAR copias de la demanda con anexos, y este fallo con destino a la **PROCURADURÍA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO REGIONAL DE BOYACÁ**, y a la **PERSONERÍA DE CÓMBITA**, para que investiguen la omisión en la que incurrió al **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, pues en mayo de 2020, recibió una acción de tutela del señor **JAIRO WILSON HENAO GIRALDO**, pero no la remitió a los juzgados.

OCTAVO: PREVENIR al **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA**, para que no vuelva a omitir la radicación de las tutelas que les entregan sus internos.

NOVENO: NOTIFICAR a las partes, conforme lo ordena el Decreto 2591 de 1991, informándoles que este fallo puede ser apelado dentro de los tres días siguientes a su notificación. Si no fuere impugnado, **ENVIAR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÚMPLASE,³

JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

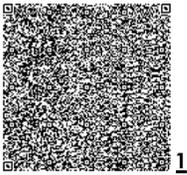
³ La circulación de la presente a la Sala de decisión, se efectúa de manera virtual a través del correo institucional des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se materializa conforme a la aceptación del contenido del proveído por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales, los cuales se adjuntan.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Ref.: Acción de tutela de segunda instancia N 022
Radicado: 05 045 31 04 002 2020-000184
Rdo. Tribunal: 2020-0545-2
Accionante: Owar Luis Peña Montalvo.
Entidades Accionadas: ARL Positiva, AFP Protección S.A. y otros.
Decisión: SE REVOCA

Medellín, cuatro (4) de agosto de dos mil veinte (2020)

Aprobado en sesión de la fecha, acta No. 058

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada judicial de la entidad accionada PROTECCION S.A, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, el 30 de junio de 2020, por medio del cual se concedió la tutela sobre los derechos fundamentales a la Salud y seguridad social.

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.

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Refiere el accionante que a raíz de un accidente laboral que sufrió el 6 de diciembre del 2018, cuando ejercía su labor de colero, al momento de pasar un pequeño canal durante su jornada laboral cargando a hombros un racimo de plátano, se resbaló cayendo a la orilla del canal, por lo que le fue diagnosticado -contusión en región lumbosacra-; desde entonces padece de un fuerte dolor en la columna con limitación funcional y una disminución de fuerza muscular en las piernas.

Refiere que las primeras atenciones se las brindó la ARL, quien fue la que inicialmente diagnosticó y calificó la lesión como contusión lumbosacra de origen laboral y luego lo remitió a la EPS.

Comenta que la Junta Regional, determinó que el origen de la enfermedad era mixto, por lo que señaló que no estaba de acuerdo con esta calificación, ya que cuando presento su examen médico de salud ocupacional (día 22 de octubre de 2018), se encontraba en excelente condiciones para laborar (apto) y a partir del accidente, empezó a presentar un dolor que cada vez es era más fuerte, por lo que apeló el dictamen y en la actualidad se encuentra la controversia en la Junta Nacional de calificación de Invalidez, entidad que le envió citación para la valoración, pero no ha podido acudir por cuanto ninguna de las entidades integrantes del Sistema General de Seguridad Social a las que se encuentra afiliada ha autorizado los gastos de desplazamiento.

Agrega el accionante que, recibió una citación para la valoración por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para el día 7 de julio de 2020 a las 11:15 de la mañana. Por lo que solicitó a la ARL Positiva los gastos de desplazamiento (transporte, alimentación y alojamiento) para él y un acompañante, ya que por recomendación médica debe viajar acompañado. Solicitud que le fue negada por la ARL argumentando que no les corresponde porque la controversia se desprende de un diagnóstico de origen común.

Precisó que: *“Si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. T- 760 de 2008.”*

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, concedió la tutela de los derechos invocados, al considerar que, dado que la calificación del origen de la patología padecida por el señor Owar Luis Peña Montalvo, en primera instancia fue de origen mixto, siendo la controversia con relación a las enfermedades calificadas como de origen común, corresponde a la AFP Protección asumir los gastos de traslado del accionante a la ciudad donde deba ser remitida para la eventual calificación del origen de su enfermedad

Por tal motivo, la Judicatura ordenó a la entidad accionada AFP PROTECCION S.A que: *“en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia realice los tramites administrativos tendientes a autorizar los viáticos (transporte, alimentación y alojamiento) para que el señor OWAR LUIS PEÑA MONTALVO y su acompañante, puedan acudir a la ciudad de Bogotá donde queda la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para la eventual calificación del origen de su enfermedad”.*

4. DE LA APELACIÓN Y SU SUSTENTO

La entidad accionada al estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia, interpone el recurso de alzada y lo sustenta en los siguientes términos:

La apoderada judicial de AFP PROTECCION S.A manifiesta su desacuerdo con el fallo de primera instancia, indicando que esa administradora no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante, por cuanto la entidad competente para reconocer los gastos de traslado a favor del señor OWAR LUIS PEÑA MONTALVO es la ARL a la cual se encuentra afiliado, ello en consideración a que la calificación en primera oportunidad se llevó a cabo con ocasión al accidente de trabajo, entidad ante quien se desató la controversia por la calificación de origen, la cual como se desprende de las probanzas, tuvo lugar con ocasión al accidente de trabajo ocurrido el 6 de diciembre de 2018.

En lo que respecta a los hechos que fundamentan la presente acción, ha de indicarse que para el caso del señor OWAR LUIS PEÑA MONTALVO, la ARL POSITIVA emitió dictamen a través del cual determinó el origen de las enfermedades padecidas por el mismo de la siguiente manera: según dictamen de origen emitido por el grupo interdisciplinario de esta Compañía de Seguros, se determino el origen del (los) diagnostico(s) a continuación relacionado(s):

- CONTUSIÓN EN REGIÓN LUMBOSAGRA PROFESIONAL.
- OSTEOCONDROSIS L4 – L5 CON PROTRUSION CENTRAL IZQUIERDA (NO DERIVADO DEL AT) COMÚN.

En atención a que se presentó inconformidad frente a este dictamen, se remitió el caso del citado Peña Montalvo a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia; por tal motivo, en dictamen de fecha 23 de agosto de 2019 la citada Junta dictaminó:

7. Concepto final del dictamen			
Origen: Accidente		Riesgo: Laboral	
Diagnósticos y origen			
CIE-10	Diagnóstico	Diagnóstico específico	Origen
S300	Contusión de la región lumbosacra y de la pelvis		Accidente de trabajo
M421	Osteocondrosis de la columna vertebral del adulto		No derivado de accidente de trabajo

Ahora bien, es menester indicar que frente al dictamen emitido por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia se presentó recurso de apelación por parte del señor OWAR LUIS PEÑA MONTALVO, el cual es objeto de estudio por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

De igual manera apunta que, revisados los registros y base de datos no se encontró solicitud formal de reconocimiento de la pensión de invalidez presentada por el señor OWAR LUIS PEÑA MONTALVO, ni solicitud de valoración médico laboral, así como tampoco derechos de petición ante esta Administradora.

Como puede observarse, Protección S.A. en ningún momento ha transgredido derecho fundamental alguno al señor Owar Luis Peña Montalvo, dado que esa administradora procedió con el pago de los honorarios para que se surta la apelación del dictamen de origen ante la Junta Nacional de Calificación, así mismo el afiliado a la fecha no ha presentado ninguna solicitud de prestación económica ante esta entidad con la documentación correspondiente por lo que se considera que la presente acción de tutela debe ser denegada por carencia de objeto en lo que respecta a esta Administradora.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

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

5.1 PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver la Sala, se centra en establecer, conforme a las pruebas que obran en el expediente, si en el caso bajo estudio, resulta procedente, modificar, confirmar o revocar la decisión de primera instancia; por medio de la cual se dispuso amparar los derechos fundamentales invocados por el señor Owar Luis Peña Montalvo, dentro de la acción constitucional de la referencia.

¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del señor OWAR LUIS PEÑA MONTALVO, con ocasión de la no autorización del pago de los gastos de transporte y demás viáticos necesarios para que se traslade a la ciudad de Bogotá, para asistir a su cita de valoración de pérdida de capacidad laboral con la Junta Nacional de Calificación de Invalidez?

Para dar respuesta a los motivos de inconformidad expuestos por la apoderada judicial de AFP PROTECCION, se realizan las siguientes consideraciones, teniendo como soporte la jurisprudencia constitucional y disposiciones de ley.

En tratándose del cubrimiento de gastos de transporte para paciente y/o acompañante, en su amplia Jurisprudencia la Corte Constitucional ha establecido que el servicio de transporte puede ser alegado vía tutela en caso de que se cumplan los siguientes requisitos:

(i) Que la atención requerida por el paciente se realice en un lugar diferente al del domicilio del paciente (ii) que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su movilización; (iii) que se compruebe que los derechos a la salud, integridad o a la vida del paciente se verán afectados en caso de que no se realice el traslado por este medio; (iv) que el paciente requiera de atención permanente para garantizar su integridad física; y (v) que ni el paciente ni su núcleo familiar cuenten con

los recursos para cubrir los gastos que implica el transporte médico especializado."

Por lo cual el Juez constitucional concederá la prestación del servicio de transporte una vez se compruebe el cumplimiento de los requisitos esbozados con anterioridad.

La Alta Corporación en sentencia T-002 de 2007 se refirió a la procedencia del reconocimiento de los gastos de transporte de paciente en los siguientes términos:

"En lo que tiene que ver con la actuación de las juntas regional y nacional de calificación de invalidez, el Decreto 2463 de 2001, "por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez", consagra en el capítulo III (arts. 22 a 40) el procedimiento que deben observar esos organismos para tramitar las solicitudes de calificación de invalidez, con reglas atinentes a la competencia de las juntas de calificación de invalidez; en su artículo 37 está lo relacionado al pago de gastos de traslado, valoraciones por especialistas y exámenes complementarios:

"Todos los gastos que se requieran para el traslado del afiliado, pensionado por invalidez o beneficiario sujeto de la decisión, estarán a cargo de la entidad administradora, entidad de previsión social, compañía de seguros, empleador, o solicitante correspondiente.

Los medios de transporte seleccionados para el traslado deberán ser los adecuados al estado de salud de la persona a calificar y no podrán afectar dignidad humana.

Salvo lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, el costo de los exámenes complementarios y la valoración por especialistas, cuando sean solicitados por la junta de calificación de invalidez, estarán a cargo de la entidad administradora correspondiente.

El interesado tiene los derechos propios de todo interviniente en una actuación administrativa, particularmente la oportunidad de controvertir la calificación o valoración médica relativa a la disminución de su capacidad laboral, que determina que se le considere o no como inválido y, como consecuencia, se le reconozca o no la respectiva pensión de

invalidez. Este derecho está garantizado por los artículos 11, 33 a 35 y 40 del mencionado Decreto 2463 de 2001.

La Corte Constitucional ha señalado algunas reglas jurisprudenciales aplicables para la asunción de los costos del transporte de pacientes, criterios que comparten la misma justificación de los utilizados para la inaplicación de las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud^[1]. Se parte de considerar que, de manera general, la preceptiva se aplica íntegramente y el transporte sería asumido por el afectado o, en razón del principio de solidaridad consagrado en el artículo 95-2 de la Carta, por su familia.

No obstante, tal responsabilidad puede ser trasladada a las entidades promotoras, sólo en los eventos concretos donde se acredite que: (i) ni el paciente, ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión, que debe emerger de lo ordenado por el médico tratante o de asuntos administrativos, y de la imposibilidad de atención local, se agrava el riesgo contra la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”

En el mismo sentido, mediante sentencia T-062 de 2017, la Corte Constitucional precisó:

El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional, al igual que por el ordenamiento jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, pues, en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental.²

Así, la Resolución No. 5592 de 2015, “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”, establece, en su artículo 126, que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre de los pacientes, cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el

² A respecto ver Sentencia T-760 de 2008 y T-352 de 2010, entre otras.

afiliado debería recibir el servicio, incluyendo, a su vez, el transporte para atención domiciliaria. Por lo tanto, en principio, son estos eventos los que deben ser cubiertos por las EPS.

No obstante, esta Corporación ha sostenido, como se observó en párrafos anteriores y lo ha reiterado en sus pronunciamientos, que el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna y eficiente, libre de barreras u obstáculos de acceso, por tanto, en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución y, tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, es la EPS la llamada a cubrir el servicio, en la medida en que se pueden generar graves perjuicios en relación con la garantía del derecho fundamental a la salud.

Ante estos eventos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez de tutela debe entrar a analizar la situación fáctica que se le presenta, pues se deben acreditar las reglas establecidas por este Tribunal, como requisito para amparar el derecho y trasladar la obligación a la EPS de asumir los gastos derivados del servicio de transporte,^{3a} a saber:

“que (i) ni el paciente ni sus familiares **cercanos** tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”⁴ (resaltado fuera del texto original).

Ahora bien, en cuanto a la capacidad económica del afiliado esta Corte ha señalado que cuando este afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, lo cual puede ser comprobado por cualquier medio, incluyendo los testimonios, se invierte la carga de la prueba. Por consiguiente, es la EPS la que debe entrar a desvirtuar tal situación, en la medida en que cuenta con las herramientas para determinar si es verdadera o no.⁵

Por otro lado, relacionado también con el tema del transporte, se encuentra que pueden presentarse casos en que el paciente necesita de alguien que lo acompañe a recibir el servicio, como es el caso de personas de edad avanzada o que el tratamiento requerido causa un gran impacto en la condición de salud de la persona. En ese orden, “si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”⁶ (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el

³ Sentencia T-039 de 2013.

⁴ Sentencia T-154 de 2014.

⁵ Ver Sentencia T-048 de 2012, entre otras.

⁶ Sentencia T-154 de 2014.

traslado⁷ la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante.

Así las cosas, como se observó previamente, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el POS, existen otros eventos en que, a pesar de encontrarse excluidos, el traslado se torna de vital importancia para poder garantizar la salud de la persona, por consiguiente, el juez de tutela debe analizar la situación y reiterar que, de evidenciarse la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, resulta obligatorio para la EPS, cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de evitar imponer barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud.

De otro lado, el Decreto 1352 de 2013 en su artículo 34 en cuanto al pago de gastos de traslado, valoraciones por especialistas y exámenes complementarios señala lo siguiente:

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

- 1. Por la Administradora de Riesgos Laborales, la Administradora del Sistema General de Pensiones, de acuerdo si la calificación en primera oportunidad fue de origen común o laboral.*
- 2. Por el paciente, en el evento que solicite la revisión de la pensión de invalidez cuando ésta haya sido suspendida según lo previsto en el artículo 44 de la Ley 100 de 1993 o las normas que las modifique, adicione o sustituyan.*
- 3. El empleador cuando llegue a las Juntas de Calificación de Invalidez a través del inspector de trabajo.”*

Descendiendo al caso concreto se advierte que la presente acción de tutela fue instaurada por la accionante, con la pretensión le sean amparados los derechos fundamentales a la salud y seguridad social,

⁷ Sentencia T-459 de 2007

que consideró vulnerados por los accionados, en razón a su negativa de autorizar los viáticos para asistir a la ciudad de Bogotá a la valoración médica que fue citada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Se tiene que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez citó a la accionante para que asistiera a la ciudad de Bogotá el 7 de julio de 2020 con el fin de que se realizara la valoración y resolver el recurso de apelación que interpusiera contra el dictamen 082325-2019 del 23 de agosto de 2019, rendido por la Junta Regional de Antioquia, en el que se calificó la enfermedad del señor OWAR LUIS PEÑA MONTALVO como de origen mixto, cita a la cual no pudo asistir porque tanto la ARL como la AFP PROTECCIÓN le negaron los viáticos. .

Ahora, con fundamento en lo expuesto y atendiendo a lo probado en la actuación constitucional, se tiene que mediante comunicación telefónica que se tuvo con el accionante el día 24 de julio de los corrientes por parte de esta Corporación, éste manifestó que efectivamente la AFP PROTECCION le había dado cabal cumplimiento al fallo de tutela de primera instancia.

Señaló el actor que el día 7 de julio del año que transcurre, a través de una cita virtual, fue evaluado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de la ciudad de Bogotá, ello por cuanto debido a la emergencia sanitaria por el COVID-19, no era posible viajar a dicha ciudad; resaltó que le realizaron la valoración y evaluación conforme a la documentación que anexo a la Junta. Reveló que está a la espera del dictamen definitivo que expida la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por lo que estima que la entidad demandada cumplió con lo ordenado en el fallo de tutela.

De acuerdo con la anterior información suministrada por el accionante, se observa que la presente actuación constitucional carece de objeto por cuanto la pretensión constitucional se reducía a la evaluación y valoración por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de la ciudad de Bogotá, la cual se llevó a cabo el pasado 7 de julio del corriente año. Situación que torna improcedente la presente acción de tutela.

En relación a la configuración de este suceso Jurídico, ha señalado la jurisprudencia constitucional, en presencia de estos eventos lo siguiente:

“El objetivo de la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, al Decreto 2591 de 1.991 y a la doctrina constitucional, es la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental, presuntamente vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley.

En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce.

No obstante lo anterior, si la situación de hecho que origina la violación o la amenaza ya ha sido superada en el sentido de que la pretensión erigida en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, la acción de tutela pierde eficacia y por lo tanto razón de ser.⁸”
(s.n.)

En ese orden de ideas, teniendo de presente lo esbozado por el accionante, se hace necesario por parte de esta Corporación **REVOCAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, el 30 de junio de 2020, al carecer de objeto la presente acción de tutela al haber operado un hecho superado, en el sentido que al accionante le prestaron los servicios que fueron objeto de pretensión en la presente acción constitucional.

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

En consecuencia, se **DECLARARÁ IMPROCEDENTE** el amparo de los derechos fundamentales del accionante, toda vez que la presente acción constitucional carece de objeto, tal y como se esbozó en precedencia.

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

6. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, el 30 de junio de 2020, al carecer de objeto la presente acción de tutela al haber operado un hecho superado, en el sentido que el accionante fue evaluado y valorado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de la ciudad de Bogotá el día 7 de julio de 2020.

En consecuencia, se **DECLARA IMPROCEDENTE** el amparo de los derechos fundamentales impetrados por el señor OWAR LUIS PEÑA MONTALVO, toda vez que la presente acción constitucional carece de objeto, tal y como se esbozó en la parte motiva de la presente providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**