

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

ESTADO ELECTRÓNICO 073

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	TIPO DE PROCESO	ACCIONANTE / DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	DECISION	FECHA
2023-0502-5	Auto ley 906	Concusion- Secuestro Simple Y Otro	Ferney Alonso Betancur Echeverri Y Otro	Fija fecha de audiencia	Abril 29 de 2024
2024-0651-1	Tutela 2Da Instancia	Andrea Cecilia Ramirez Restrepo- Agente Oficiosa- Emanuel Salazar Ramirez-Afectado	Nueva Eps	Confirma	Abril 26 de 2024
2024-0666-1	Tutela 2Da Instancia	Maria Odilia Arenas De Marin	Nueva Eps.	Confirma y aclara	Abril 26 de 2024
2024-0682-1	Tutela 2Da Instancia	Hector Exneider Montoya Villegas	Nueva Eps	Confirma	Abril 26 de 2024
2024-0722-3	Auto Interlocutorio	Fabricacion, Porte O Tenencia De Armas De Fuego	Celso Andrés Velásquez Olarte	Revoca	Abril 25 de 2024
2024-0764-1	Tutela 1Ra Instancia	Juzgado Quinto De Epms De Antioquia	Deiby Alejandro Hernandez Meneses	Niega	Abril 26 de 2024

FIJADO, HOY 30 DE ABRIL DE 2024, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veintinueve (29) de abril de dos mil veinticuatro

Sentencia segunda instancia Ley 906 de 2004

**Acusado: Ferney Alonso Betancur Echeverri
y Cristian Arley Acevedo**

**Delitos: Secuestro, falsedad ideológica
en documento público, peculado
por apropiación y concusión**

Radicado: 05-154-60-00000-2019-00062

(N.I.2023-0502-5)

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de dentro del proceso de la referencia para el día **JUEVES DOS (2) DE MAYO DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024), A LAS DIEZ Y TREINTA (10:30) HORAS.**

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia, quienes podrán manifestar si en lugar de la audiencia de lectura virtual prefieren el envío de la decisión, dándose por notificados por ese medio y corriendo los términos pertinentes desde esa fecha.

COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:
Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **21b9d48a212538b0f71c9bb4447f89f5b550b2e9c8719ed504d385aba140b77d**

Documento generado en 29/04/2024 03:08:58 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 090

PROCESO	: 05697 31 04 001 2024 00030 (2024-0651-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: ANDREA CECILIA SALAZAR RAMÍREZ
AFECTADO	: EMANUEL SALAZAR RAMÍREZ
ACCIONADO	: NUEVA EPS Y OTROS
PROVIDENCIA	: FALLO TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Apoderada Especial de la NUEVA EPS contra la sentencia del 19 de marzo de 2024, a través de la cual el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, decidió conceder el tratamiento integral al menor EMANUEL SALAZAR RAMÍREZ.

LA DEMANDA

Expuso el accionante que su hijo Emanuel Salazar Ramírez, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud Régimen Subsidiado en la Nueva EPS, quien cuenta con 7 años de edad y presenta múltiples caries y alteración en el proceso de erupción de piezas permanentes, que luego de ser valorado por el odontólogo general, lo remitió a valoración por especialista en Odontopediatra, quien observó "DETENCIÓN MIXTA TEMPRANA SANA, PRIMEROS MOLARES PERMANENTES PRESENTAN HMI ALTA SENSIBILIDAD, PRESENTA

LESIÓN DE CARIES DENTAL DEL 84 OCLUSAL-DISTAL-VESTIBULAR, SUPERNUMERARIO A NIVEL DEL 61 EL CUAL SE OBSERVA EN RADIOGRAMA PANORÁMICA QUE GENERA UN RIESGO DE IMPACTACIÓN PARA EL 21. ADEMÁS, PRESENTA SUPERFICIE IRREGULAR EN EL 26 POR LO TANTO SERÁ SELLADO CON RESINA”, y le ordenó los servicios denominados: “TOPICACION DE FLOUR 1, EXODONCIA DE DIENTE TEMPORAL UNIRRADICULAR 1, RADIOGRAFIAS INTRAORALES PERIAPICALES MOLARES 1, SUPERFICIE RESINA FOTOCURADO 1”.

Dijo que se presentó a la EPS a solicitar la autorización, y allí le informaron que esos servicios se los prestan en el hospital de primer nivel, y al solicitarlos en el hospital le informaron que no estaba en capacidad de atender al niño, porque el mismo debe ser atendido por Odontopediatra, sin que hasta la fecha su hijo haya podido acceder a los servicios. razón por la que considera que la Nueva EPS le está vulnerando los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas.

Acudió a la acción de tutela pretendiendo el amparo de los derechos fundamentales invocados como vulnerados y ordene a la Nueva EPS le autorice y haga efectivos los servicios que requiere su hijo con Odontopediatra, y se le garantice el tratamiento integral.

LAS RESPUESTAS

1.- La Nueva EPS informó el estado de afiliación del menor, y con respecto al servicio solicitado, manifestó que el menor cuenta con autorización No. 229496699 de “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ODONTOLOGIA”, direccionada a la IPS UNIDAD ESTOMATOLOGICA LAS VEGAS SEDE RIONEGRO, la cual está pendiente para programación y soporte.

Agregó que su materialización se encuentra supeditada a la autonomía con la que cuenta la IPS, la disponibilidad de los médicos, atenciones y demás tecnologías que ellos habilitan mediante contratación interna, lo cual influye en la programación y agendamiento de dichas prestaciones en salud, por tanto la programación de la cita está en cabeza de la IPS y a pesar de la garantía de lo pretendido que se genera por parte de la EPS mediante su contratación es a la IPS a quien se le debe solicitar el cumplimiento de atender al usuario.

Expresó que en relación con la solicitud de tratamiento integral el Preámbulo de la Ley 100 de 1993, define la Seguridad Social Integral como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.”

Afirmó que en el ámbito del Sistema de Seguridad Social en Salud, la integralidad es un principio general, obligación del estado colombiano y de las entidades encargadas de la prestación del servicio, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 y el artículo 3 de la Resolución 2366 de 2023, entendiéndose que corresponde a los servicios y tecnologías de salud que son suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, se entenderá, además, que ese comprende todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Indicó que la Nueva EPS tiene un modelo o de acceso a los servicios y la entrada a ellos es a través de los servicios de urgencias o a través de la IPS primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los servicios ambulatorios programados.

Refirió que la pretensión del tratamiento integral, debe mencionar que se entiende como el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, lo especificado en la Resolución 2366 de 2023 “por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC – Plan de Beneficios en Salud” que en su artículo 2 y 3.

Aseveró que, los servicios que son ordenados al usuario por parte de los médicos de la red de Nueva EPS, serán cubiertos de acuerdo a la normatividad vigente y a las necesidades médicas y la cobertura que establece el PBS; que exceder los lineamientos de la normatividad vigente no es conducente, ya que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y protegerlos a futuro, dado que con ello se desbordaría su alcance y además una condena en esos términos incurre en el error de obligar por prestaciones que aún no existen, toda vez que la obligación de prestar un servicio por parte de la EPS solo inicia una vez la dolencia en salud ocurre y por ello un fallo concreto no genera violación de derecho fundamental alguno. Que el Juez no está facultado para ordenar servicios que aún no han sido autorizados por el médico tratante que es quien tiene el criterio para establecer si se requiere o no determinado servicio de salud.

Solicitó se declare improcedente la acción de tutela, toda vez que no se ha demostrado vulneración por parte de Nueva EPS a los derechos

fundamentales de quien actúa como accionante; se niegue la petición en cuanto al tratamiento integral, porque no se puede cubrir atención integral y suministros de tratamientos y medicamentos a futuro sin ser ordenados por el médico tratante o profesional adscrito a su red de servicios, porque se desconoce a futuro qué pueda presentar el paciente, y por lo tanto, no puede cubrir servicios que se desconocen y que aún no se han ordenado.

Pidió que en virtud de la Resolución 1139 de 2022, por medio de la cual se establecieron disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC, se ordene a la ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de ese tipo de servicios.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia concedió el tratamiento integral solicitado por el accionante, con los siguientes argumentos:

“...De los documentos que soportan las pretensiones del accionante y que fueron anexados a la acción de tutela, se observa que el menor afectado presenta varios problemas dentales, motivo por el cual el odontólogo tratante le ordenó los servicios de: TOPICACION DE FLOUR 1, EXODONCIA DE DIENTE TEMPORALUNIRRADICULAR 1, RADIOGRAFIA INTRAORALES PERIAPICALES MOLARES 1, SUPERFICIE RESINA FOTOCURADO 1; según se observa en la historia clínica odontológica, se trata de un paquete preventivo Para definir el tratamiento, toda vez que el menor presenta OTRAS ENFERMEDADES ESPECIFICADAS DE LOS TEJIDOS DUROS DE LOS DIENTES.

Notificada la NUEVA EPS, en la respuesta informa que el menor cuenta con autorización No. 229496699 de CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ODONTOPIEDIATRIA, direccionada a la IPS UNIDAD ESTOMATOLOGICA LAS VEGAS SEDE RIONEGRO, y que la fecha de asignación para la consulta depende de la disponibilidad en la agenda médica de la IPS. No obstante, olvida la NUEVA EPS, que tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, toda persona tiene

derecho a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, y el cumplimiento de la obligación de prestar el servicio debe ser observada por las entidades que integran el Sistema, especialmente EPS e IPS, con la finalidad de ofrecer a sus usuarios atención en salud eficiente, oportuna y con calidad, y que no existan para ellos trabas que afecten el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud, máxime cuando se trata de menores de edad, a quienes la Constitución Política de Colombia le brinda una protección reforzada.

En efecto, cabe recordar lo señalado por la jurisprudencia constitucional en el sentido de reconocer que las afecciones de la salud, si bien puede que no representen un grave peligro para la vitalidad de la menor, si afectan su condición de vida.

Advierte el despacho que frente a los servicios odontológicos TOPICACION DE FLOUR 1, EXODONCIA DE DIENTE TEMPORALUNIRRADICULAR 1, RADIOGRAFIA INTRAORALES PERIAPICALES MOLARES 1, SUPERFICIE RESINA FOTOCURADO 1, que requiere el menor afiliado de acuerdo los documentos aportados, consisten en exámenes de diagnóstico, a fin de determinar a través de una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad su estado de salud y el tratamiento médico para el problema de salud oral que presenta, toda vez que, a partir de una delimitación concreta del tratamiento requerido, se pueden desplegar las actuaciones médicas tendientes a restablecer la salud oral del niño.

En relación con el derecho al diagnóstico, la Corte Constitucional ha señalado que el diagnóstico efectivo se encuentra compuesto por tres etapas a saber: identificación, valoración y prescripción. La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso, quienes, prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.

La Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos, en relación con el derecho a la salud de los niños y en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, ha afirmado que el derecho a la salud de los niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de ese sector poblacional deben ser cubiertas eficazmente.

De esta forma, no solo es deber del juez al momento de fallar una acción de tutela garantizar la protección del derecho fundamental de la salud de los menores, sino que en dicha tarea se debe vincular al legislador en su labor legislativa, al ejecutivo en su rol ejecutor y reglamentario, y a la sociedad en general, predicándose su especial compromiso con las EPS e instituciones prestadoras de servicios de salud.

Precisa esta judicatura que con base en la jurisprudencia constitucional los derechos de los niños, niñas y adolescentes están catalogados como fundamentales, así mismo la Constitución establece que prevalecen sobre los demás, y que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de asistirlos en caso de que estos así lo requieran. Lo anterior se traduce en el interés superior que se ha dado a los menores de edad.

En esa medida, sus derechos fundamentales consagrados en el artículo 44 de la Constitución, en especial la vida, la igualdad, la salud y la seguridad social deben ser amparados por este juzgado, debido a que como se ha

expuesto la vulneración de estos ha persistido, en la medida en que la NUEVA EPS no ha hecho efectivo el servicio de CONSULTA ESPECIALIZADA CON ODONTOPEDIATERIA que requiere el menor EMANUEL SALAZAR RAMIREZ, de manera oportuna para el manejo del problema de salud oral que presenta, ni hizo ningún pronunciamiento a los demás servicios, que según la historia clínica odontológica aportada con el escrito de tutela, requiere el infante.

Advierte el juzgado que la NUEVA EPS debe garantizar de manera oportuna, integral e inmediata las prestaciones de salud a que haya lugar y que fueren prescritas por el profesional tratante, para el manejo adecuado de las enfermedades que padece, para lo cual deberá autorizar sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio incluido o no en el PBS, que prescriba su médico tratante y que contribuyan al mejoramiento de su calidad de vida, en razón a que como se indicó en esta providencia, a los menores de edad se les debe suministrar una atención en salud que se caracterice por ser eficiente, de calidad e íntegra, para así asegurar un tratamiento óptimo para restablecer su salud. Sin perjuicio de lo anterior, el despacho llamará la atención a la NUEVA EPS para que en lo sucesivo brinde a todos sus afiliados un servicio de salud con calidad, máxime si la prestación se dirige a un sujeto de especial protección constitucional.

En lo referente a la solicitud elevada por la NUEVA EPS, que se le autorice para ejercer los respectivos recobros ante la ADRES para las tecnologías en salud no financiadas con los recursos de la UPC, advierte esta judicatura, que el Ministerio de Salud emitió normas que acabaron con los recobros, y dispuso entregar un presupuesto máximo a las entidades prestadoras del servicio de salud, el cual se transferirá mensualmente junto con la UPC, para el cubrimiento y la contratación de todos los servicios y medicamentos que requieran los ciudadanos, por ende la NUEVA EPS, debe tener en cuenta el presupuesto máximo fijado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 1139 de 2022...”

LA IMPUGNACIÓN

La apoderada especial de la NUEVA EPS manifestó que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter excepcional breve y sumario que permite la protección constitucional de derechos fundamentales, cuando quiera que esos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no se disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial, ésta resulta viable siempre que se origine en hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales.

Indicó que, con relación a la integralidad que es ordenada en el presente fallo de tutela, se debe tener en cuenta la Sentencia T-531 de 2009, MP Humberto Antonio Sierra Porto, en la que se afirma:

“El principio de integralidad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a) ; con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional.”

Afirmó que, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

Precisó que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante y la falta de atención respecto de ese punto puede derivar en que los jueces de tutela incurran en dictar órdenes indeterminadas, contrarias al ordenamiento jurídico cuyo cumplimiento pueda resultar problemático a la hora de disponer las acciones necesarias para brindar la atención a los(as) afiliados(as) y beneficiarios(as), por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud.

Advirtió que no resulta constitucional el amparo indeterminado de los

derechos fundamentales como el de la salud, no sólo porque de suyo implica la posibilidad de que no se atienda de manera adecuada la patología del accionante, sino porque los recursos de la salud son escasos y deben aplicarse a propósitos específicos y puntuales legalmente definidos dentro de un universo de necesidades ilimitadas de la población.

Mencionó que la sostenibilidad financiera, ha sido muy explícita la Corte al considerar que no se le puede imponer una carga a las entidades de salud que no están en el deber jurídico de soportar, porque entiende que hacerlo acarrearía con la quiebra de ellas de la misma forma que como con los recursos del Estado, por lo que, al fallar la acción de tutela de la referencia contra NUEVA EPS, el Despacho no concedió la petición encaminada a recobrar los gastos de servicios que requiera el actor y que se encuentren excluidos del Plan Básico de Salud, teniendo en cuenta que fue reconocido el tratamiento integral.

Refirió que Nueva EPS desde el mismo momento de la contestación de tutela, le solicitó al despacho conceder los reembolsos todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para a cobertura de ese tipo de servicios, para efectuarlo ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) entidad obligada para ello.

Solicitó que al fallar en segunda instancia se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) que garantice el reconocimiento del 100% a su representada del costo en que incurra por atenciones NOS PBS en

cumplimiento del fallo de primera instancia.

Pidió revocar la orden del suministro de tratamiento integral, toda vez que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad o de particulares, ya que, determinarlo de esa manera es presumir la mala actuación de esa institución por adelantado y no puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados.

Por último, expresó que subsidiariamente en caso de confirmar el fallo de primera instancia se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) que garantice el reconocimiento del 100% a su representada del costo en que incurra por atenciones NOS PBS en cumplimiento del fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES

La Honorable Corte Constitucional en abundante y reiterada jurisprudencia (ver entre otras, sentencias T-144 de 2008, T-760 de 2008 y T-415 de 2009) ha considerado el derecho a la salud un derecho fundamental susceptible de ser amparado por medio de la acción de tutela, comprendiendo, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Así es claro que la legislación y la jurisprudencia constitucional han precisado, en sus ámbitos de competencia, las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, para garantizar un sistema de salud que preste efectivamente, en condiciones de universalidad, eficiencia y

solidaridad, los servicios de salud que requieran las personas para alcanzar el nivel más alto de salud posible.

Esta garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que las que estos servicios deben ser prestados.

Y para tal desarrollo, la doctrina constitucional ha establecido unas reglas claras:

Primero, se establece que el ámbito protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, está determinado por aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas.

Segundo, se señaló que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

Tercero, se enfatizó que la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud que una persona requiera no puede ser obstaculizada por el hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud; incluso en aquellos casos en los cuales la persona no pueda asumir los costos que le corresponda

asumir.

Cuarto, se advierte que el Sistema de Salud prevé en ocasiones pagos moderadores a cargo de las personas que van a acceder a un determinado servicio de salud; pero éstos deben ser razonables y no pueden constituir barreras de acceso a los servicios de salud que se requieran, para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos.

Y quinto, se señala que el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad.

En cuanto al principio de integralidad, la Honorable Corte Constitucional precisó¹:

5.3. En ese sentido, la Corte ha dicho que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”*². Así mismo, el denominado derecho obliga a las EPS a no entorpecer la prestación de los servicios con procesos o trámites administrativos que generen limitaciones para que los pacientes reciban la asistencia necesaria para garantizar de forma plena el derecho a la salud³.

5.4. Teniendo en cuenta lo anterior, el juez constitucional deberá ordenar la prestación del servicio de salud de manera integral, es decir, con todo componente que considere necesario el médico tratante para el pleno restablecimiento de la salud en las personas, ante la negativa de las EPS de suministrar servicios de salud. Ello evita la interposición de acciones de tutela

¹ Ver Sentencia T-289 de 2013

² Ver sentencia T-970 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), cuya posición es reiterada en la sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

³ Ver sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

por cada servicio prescrito para una misma enfermedad.

Ahora, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objeto regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Así, el legislador creó dos regímenes de salud: el contributivo y el subsidiado.

Al régimen contributivo pertenecen las personas con un contrato de trabajo, los pensionados y jubilados, los trabajadores independientes y los servidores públicos con capacidad de pago. Quienes se afilian a este régimen deben cancelar una cotización mensual que se define de forma proporcional a sus ingresos y en contraprestación reciben la atención médica que se deriva del Plan Obligatorio de Salud.

Sobre los suministros de servicios no incluidos en el POS, en la sentencia T- 468 del 23 de julio de 2013, la Honorable Corte Constitucional señaló:

“En esta perspectiva el Sistema General de Seguridad Social en Salud creado en la ley 100 de 1993 estableció las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Beneficios (el POS) para todos los habitantes del territorio nacional (art. 162 L. 100 de 1993).⁴ Dicho Plan constituye un conjunto de prestaciones, que deben satisfacer y garantizar las entidades promotoras del servicio, en armonía con la definición del plan obligatorio hecha por la autoridad competente, que para el efecto es la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Actualmente, el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES establece la definición, aclaración y actualización integral del POS, para lo que es pertinente precisar que respecto al acceso a la prestación de los servicios, el Acuerdo 032 de 2012 del ente regulador mencionado, determinó que es el mismo para los dos regímenes existentes el contributivo y el subsidiado⁵.

3.2 La jurisprudencia constitucional, con base en la normatividad internacional, ha señalado que el derecho a la salud tiene cuatro dimensiones *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*⁶, de las

⁴ Sentencia T-730 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Sentencia T-020 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Al respecto consultar la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la

cuales se deriva que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios que se requieran incluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.⁷ Respecto a los servicios establecidos en el POS, la Corte ha señalado que *toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud. De manera que, 'no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.'*⁸

Por su parte, ha señalado que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando se cumplen las siguientes condiciones: *"(i) que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente; (iii) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y iv) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garante de la prestación está autorizada a cobrar."*⁹

(...)

3.5 De manera que toda persona tiene derecho a que se le preste y garantice su derecho fundamental a la salud, para lo cual las entidades prestadoras y los entes territoriales deben cumplir con sus obligaciones en el marco del servicio a la salud. Cuando los servicios no están previstos en el plan de beneficios, existen los mecanismos de recobro pertinentes previstos en el ordenamiento jurídico por lo que no se puede oponer el cobro de los mismos a la efectiva prestación del servicio de salud. Así mismo, los afiliados tienen derecho a que se les garantice el servicio cuando implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, y que incluso, tienen derecho a que se costee el traslado de un acompañante si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud".

En algunas ocasiones, los servicios que requieren los pacientes para

Observación General No 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, E/C.12/2000/4, CESCR.

⁷ T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

⁹ Sentencia T-355 de 2012 M.P. Luis Ernesto Varga Silva. Igualmente Cfr. T-834 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1022 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa se determinó que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (es decir que reúna los requisitos i, ii y iii) con necesidad (condición iv).

la recuperación de la salud o para llevar una vida digna a pesar de los padecimientos, incluye elementos que en estricto sentido no se catalogan como medicamentos, pero que igualmente la Honorable Corte Constitucional ha señalado que las entidades prestadoras de salud en determinados casos deben suministrarlos.

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de primera instancia le ordenó a la NUEVA EPS brindar el TRATAMIENTO INTEGRAL que requiera el menor EMANUEL SALAZAR RAMÍREZ, para la patología que padece el menor, lo cual según la historia clínica del 28 de febrero de 2024 se encuentra plasmado “K021 CARIES DE LA DENTINA” y “K038 OTRAS ENFERMEDADES ESPECIFICADAS DE LOS TEJIDOS DUROS DE LOS DIENTES”.

Conforme con la impugnación, se discute la concesión del tratamiento integral para la patología que actualmente presenta el menor SALAZAR RAMÍREZ, para lo cual la EPS refiere que dicha obligación no es procedente toda vez que se trata de un hecho futuro y se ordene el recobro al ADRES de los sobrecostos causados.

Observa la Sala que el Juez de instancia hizo un análisis indicando que la EPS era la entidad obligada a prestar el servicio requerido por al menor Emanuel Salazar Ramírez y dispuso la prestación del tratamiento integral que debe ser suministrado por la Nueva EPS, con el fin de proteger cualquier situación de desventaja o que ponga en riesgo innecesario al menor afectado, buscando con ello una integralidad en el tratamiento que requiere.

Es de anotar que, frente al tratamiento integral, no es cierto que la orden sea para hechos futuros e inciertos, pues está claro que la

afectada padece actualmente “K021 CARIES DE LA DENTINA” y “K038 OTRAS ENFERMEDADES ESPECIFICADAS DE LOS TEJIDOS DUROS DE LOS DIENTES”, que es un paciente menor de edad que es vital tener buena higiene oral para evitar inconvenientes futuros y no puede estar supeditado a tener que interponer una acción de tutela cada vez que un servicio médico le sea negado, es claro que el tratamiento integral se refiere a lo que devenga de la patología “K021 CARIES DE LA DENTINA” y “K038 OTRAS ENFERMEDADES ESPECIFICADAS DE LOS TEJIDOS DUROS DE LOS DIENTES” y no sobre otras patologías.

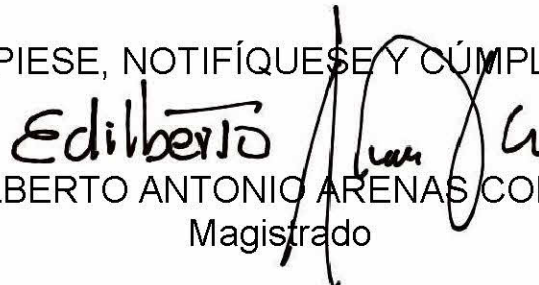
De lo expuesto, puede verse fácilmente que el A quo acertó en su decisión con relación a la prestación del servicio y el tratamiento integral, que dispone que en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud y de evitar una interrupción en la prestación del servicio, el paciente debe recibir todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico tratante, ordenándole a la EPS asumir la prestación del servicio que requiere, sin importar si trata de atenciones PBS o NO PBS.

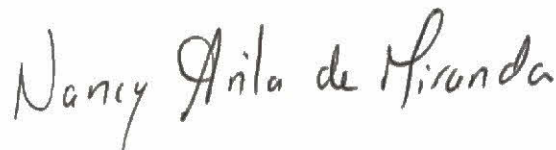
En cuanto al recobro frente a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social, es necesario indicar que se trata de un tema administrativo que desborda las facultades del Juez de Tutela, pues debe definirse conforme con las normas aplicables y ante las autoridades competentes, sin que tal situación esté relacionada con los derechos constitucionales fundamentales.

Bajo las anteriores precisiones, la Sala encuentra que el fallo de primera instancia se encuentra a tono con los mandatos legales y constitucionales por lo que está llamado a su confirmación.

Con fundamento en 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, **CONFIRMA** la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

Envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado


NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada


MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Aprobación de Proyecto por parte de la Magistrada Dra. Nancy Ávila de Miranda

Re: Rota Fallo Tutela 2ª Instancia Rad. 2024-0651-1, VENCE 30 ABRIL

Respondió el Jue 25/04/2024 1:04 PM.

Nancy Ávila De Miranda
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa

Iniciar respuesta con: [Muchas gracias.](#) [Recibido, gracias.](#) [Gracias.](#)

Buenas tardes. Apruebo proyecto tutela segunda instancia Rad. 2024-0651-1.

Obtener [Outlook para Android](#)

From: Edilberto Antonio Arenas Correa <earenasc@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Sent: Wednesday, April 24, 2024 4:06:54 PM
To: Nancy Avila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Subject: Rota Fallo Tutela 2ª Instancia Rad. 2024-0651-1, VENCE 30 ABRIL

Doctoras
NANCY AVILA DE MIRANDA
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistradas
Sala de Decisión Penal
Tribunal Superior de Antioquia

Aprobación de Proyecto por parte de la Magistrada Dra. María Stella Jara Gutiérrez

RE: Rota Fallo Tutela 2° Instancia Rad. 2024-0651-1, VENCE 30 ABRIL

Respondió el Vie 26/04/2024 10:01 AM.

Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa

T2024-0651 (SNT2) Confirma...
94 KB

Iniciar respuesta con: Muchas gracias. Recibido, gracias. Muchas gracias por su colaboración.

Cordial saludo,

Informo conformidad con el proyecto de la referencia por parte de la Dra. María Stella Jara Gutiérrez.

Amablemente,

Angélica Vanessa Mejía Serna
Auxiliar Judicial I

De: María Stella Jara Gutiérrez <mariasjg6519@gmail.com>
Enviado: viernes, 26 de abril de 2024 9:19 a. m.
Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Re: Rota Fallo Tutela 2° Instancia Rad. 2024-0651-1, VENCE 30 ABRIL

Buenos días, Dr. edilberto. De acuerdo con el proyecto tutela segunda 2024-0651-1

Cordialmente,

María Stella Jara Gutiérrez

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

CONSTANCIA

Medellín, el día veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala de Decisión Penal integrada por los Magistrados Edilberto Antonio Arenas Correa (**quien la preside**), Nancy Ávila de Miranda y María Stella Jara Gutiérrez, de manera virtual estudiaron el (los) proyecto(s) de la referencia, procediendo a emitir su aprobación de

manera unánime por medio del correo institucional.

PROCESO : 05697 31 04 001 2024 00030 (2024-0651-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : ANDREA CECILIA SALAZAR RAMÍREZ
AFECTADO : EMANUEL SALAZAR RAMÍREZ
ACCIONADO : NUEVA EPS Y OTROS
PROVIDENCIA : FALLO TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Procediendo a emitir su aprobación por medio del correo institucional y en la cual se resolvió lo siguiente:

“...CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia...”

Es de anotar que la aprobación del citado proyecto se realiza de manera virtual, como consta con las aprobaciones realizada por las Magistradas que forman la Sala con este Despacho, y debido a la falla que se presenta la página de la firma electrónica, que en este momento sigue sin funcionar, no permitiendo su acceso para lograr firmar el documento precedente; de ahí que se realice la firma de manera escaneada.

El Suscrito Magistrado


EILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 090

PROCESO	: 05034 31 04 001 2024 00019 (2024-0666-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: MARÍA ODILIA ARENAS DE MARÍN
ACCIONADO	: NUEVA EPS
PROVIDENCIA	: FALLO TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Apoderada Especial de la NUEVA EPS contra la sentencia del 07 de marzo de 2024, a través de la cual el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, decidió conceder el tratamiento integral a la señora MARÍA ODILIA ARENAS DE MARÍN.

LA DEMANDA

Expuso la accionante que reside en el municipio de Andes, en la finca la Margarita, vereda Media Luna, cuenta con 69 años de edad y se encuentra afiliada a la Nueva EPS en el régimen contributivo.

Indicó que presenta los diagnósticos “CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE DE ALTO GRADO E INMUNOHISTOQUIMICA ACORDE CON NEOPLASIA RE/RP POSITIVA-(tumor maligno de la mama) DIABETES MELLITUS – HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA- APNEA DEL SUEÑO – TRANSTORNO DEL APARATO LAGRIMAL NO ESPECIFICADO, OBESIDAD”, debido a dichos diagnósticos debe asistir cada 15 días o cada

mes a citas en la ciudad de Medellín, como son: “CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN MASTOLOGIA, EXAMENES COMPLETOS DE LABORATORIO (hemograma, recuento de eritrocitos, uroanálisis, glucosas en suero tiempos de protrombina, entre otros) AYUDAS DIAGNOSTICAS (radiografía de tórax- ecocardiograma transtorácico espirometría o curva de flujo) TOMOGRAFÍA AXIAL COMPUTADA- GAMAGRAFÍA OSEA- TAC DE TORAX Y ABDOMEN CONTRASTADO”, en cuanto a la diabetes tiene pendientes “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR NUTRICIÓN Y DIETETICA- CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR NEUMOLOGÍA – CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA”.

Afirmó no contar con los recursos económicos para sufragar el costo del transporte de ella y un acompañante requerido por su avanzada edad y sus quebrantos de salud, desde su lugar de residencia hasta la ciudad de Medellín u otros lugares donde sean autorizados los servicios y viceversa, por lo que requiere que la Nueva EPS le autorice el transporte de ida y regreso para cumplir con las consultas, exámenes, procedimientos que sean ordenados por los médicos tratantes, además requiere la manutención, ya que depende económicamente de su esposo que es adulto mayor y trabaja en el campo es agricultor gana semanalmente \$180.000 viven dentro de la misma finca donde pagan por arriendo y servicios \$400.000 y \$350.000 de alimentación y sus hijos le ayudan con la comida ya que tienen sus propias obligaciones.

Expresó que debido a su puntaje no puede estar en el régimen subsidiado ya que tienen un puntaje de B5 pobreza moderada, por lo que su hijo se encarga de los pagos, ya que debido a sus enfermedades debe estar afiliada al sistema de salud.

Solicitó se ordene a la Nueva EPS le cubra el servicio de transporte desde Andes hasta Medellín u otros municipios donde sean autorizados los

servicios médicos y de regreso a Andes para ella y un acompañante, incluyendo además el servicio de transporte dentro de la ciudad para desplazarse de un lugar a otro donde sean asignadas las atenciones por los diagnósticos “CARCINOMA DUCTUAL INFILTRANTE DE ALTO GRADO E INMUNOHISTOQUIMICA ACORDE CON NEOPLASIA RE/RP POSITIVA- (tumor maligno de la mama) DIABETES MELLITUS – HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA- APNEA DEL SUEÑO – TRANSTORNO DEL APARATO LAGRIMAL NO ESPECIFICADO, OBESIDAD – DISLIPIDEMIA”.

LAS RESPUESTAS

1.- La Nueva EPS informó que se encuentra en revisión del caso para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación, en caso se encuentre en curso alguna solicitud anterior ante su entidad, aclarando que los documentos y/u órdenes de acuerdo con la pertinencia médica allegados al trámite, también se encuentran siendo revisados a fin de que cumplan las políticas para su procesamiento, en ese sentido, una vez se emita el concepto lo remitirán al despacho por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes, de ser el caso.

Indicó que la conducta de Nueva EPS está guiada por el principio constitucional de la buena fe, el cual exige “a los particulares y a las autoridades ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.”

Aclaró que Nueva EPS no presta el servicio de salud directamente sino a través de sus IPS contratadas que se encargan directamente de programar las citas, cirugías y demás procedimientos de los usuarios de acuerdo con sus agendas y disponibilidad y que el funcionamiento de esas IPS es avalado por la Secretaria de Salud del municipio respectivo; que la EPS solo concreta convenios o contratos de prestación de servicios para garantizar a

través de esas los servicios de la población.

Afirmó que los servicios que garantiza Nueva EPS cubren: Promoción y prevención, información, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, suministro de medicamentos, citas médicas, hospitalización y atención de urgencias y para el acceso a los servicios el usuario debe presentar el documento de identidad, por lo que aquel y su grupo familiar serán atendidos en la red de prestación de servicios escogida al momento de realizada la afiliación conforme a su ubicación geográfica.

Informó, frente a la petición del transporte, que atendiendo a la condición de ser un servicio excluido del PBS, es obligatorio que el médico tratante proceda a ordenarlo a través de la plataforma MIPRES y de las pruebas aportadas al plenario, no evidenció la mencionada gestión por parte del médico, impidiendo a Nueva EPS darle continuidad a lo pretendido por la afiliada.

Precisó que el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Resolución 1885 de 2018 implementó la plataforma web (MIPRES) donde el profesional en salud debe formular los medicamentos, servicios y tecnologías que no se encuentren cubiertos en el Plan de Beneficios de Salud (PBS), esto con el fin de dar autonomía del ejercicio profesional, en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica y en ese orden de ideas, se considera que por las razones expuestas igualmente la acción de tutela se hace improcedente, porque no se encuentra dentro del escrito de tutela las condiciones señaladas conforme al Decreto 2591 de 1991.

Aseveró que el servicio requerido no es prestado en el municipio de residencia del usuario el cual es Andes - Antioquia y dicho municipio no se encuentra contemplado en los que reciben UPC diferencial y a los cuales la EPS si está en la obligación de costear el transporte del paciente, según lo estipulado en la resolución 2364 de 2023 y en cuanto a la orden de

suministrar viáticos para el usuario estos no son considerados servicios de salud y por tanto no se predicen a cargo de la EPS; hacen parte de servicios comprendidos dentro del marco de la asistencia social, que le corresponde en primer lugar a la Familia y en segundo lugar al Estado a través de los entes territoriales competentes (Departamentos y Municipios) atender.

Refirió que, para que proceda el reconocimiento del servicio de transporte y los viáticos a favor del acompañante, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional es necesario acreditar que el paciente: “ (i) dependa totalmente del tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y finalmente, (iii) que ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”, dentro del escrito y anexos de tutela no se encuentra acreditado o demostrado siquiera sumariamente que la accionante deba asistir a las citas programadas en compañía de otra persona, así como tampoco que su núcleo familiar no se encuentre en condiciones para sufragar los gastos que están siendo solicitados. Y es que el simple hecho de informar que el usuario tiene gastos no significa que se encuentre en situación de indefensión o que no pueda sufragar el costo de los transportes y viáticos que son solicitados, y los cuales insiste no son servicios o tecnologías de salud.

Mencionó que es claro que la responsabilidad no recae en nadie distinto que cada ser humano, puesto que independientemente de la enfermedad que desafortunadamente aqueja al usuario, éste tiene el deber de autocuidado y suministrarse lo necesario para viáticos, por lo que no encuentra fundamento alguno en solicitar que con cargo a los dineros del sistema se otorgue viáticos, alimentos y transporte a quien de por si debe buscar la manera de proveerse todo aquello necesario para satisfacer sus necesidades básicas y en este caso los familiares deben ser solidariamente responsables por el cuidado del usuario, ya que Nueva EPS, no es la obligada a suministrar viáticos, ya que no se encuentran estipulados en el PBS, los cuales pueden ser asumidos por los familiares que tienen a su

cargo el cuidado del paciente.

Sugirió que la orden de brindar un tratamiento integral, futuro e incierto está limitado a la prestación de tecnologías en salud que ordene el médico tratante. Por tecnologías en salud se entiende: “38. Tecnología en salud: Actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta esta atención.”, en ese sentido debe considerar que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud –SGSSS- no pueden utilizarse para financiar prestaciones suntuarias, cosméticas, experimentales, sin evidencia científica, o aquellas que se ofrezcan fuera del territorio nacional, y las que no sean propias del ámbito de la salud.

Resaltó que la pretensión de tutelar un servicio integral, indeterminado, futuro e incierto, en ningún caso significa que deben cubrirse por cuenta de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud servicios que la ley prohíbe se asuman con recursos de la salud, y si el Despacho considera procedente amparar la pretensión de la acción de tutela, deberá proferir una orden puntual en forma expresa en el fallo de tutela, teniendo en cuenta que con un tratamiento integral se tutelan hechos futuros e inciertos, exámenes que todavía no se han requerido, o tratamientos o medicamentos que no han sido ordenados y adicionalmente, con una orden judicial de este tipo se deja de lado que la situación económica, social y de entorno de la afiliada puede variar, y se desconocerían los lineamientos jurisprudenciales en los que únicamente se amparan procedimientos o medicamentos claramente probados que requiere la afiliada, ordenados por el médico, y en revisión de la evolución del estado patológico.

Solicitó dar por terminado el trámite de acción de tutela por improcedente, eximiendo a Nueva E.P.S. de toda responsabilidad, pues no cabe duda de que ha obrado en derecho dando cumplimiento a todas sus obligaciones y en ningún momento ha vulnerado o puesto en riesgo de vulneración algún

derecho fundamental del accionante, como tampoco tutelar la pretensión de autorización de transporte y viáticos, que solicita el accionante por improcedente teniendo en cuenta que no se evidencia solicitud médica especial de transporte referida por los galenos. Así como tampoco se demostró que la accionante dependa totalmente de un tercero para su desplazamiento, que requiera de atención permanente para garantizar su integridad física o que no tenga capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado.

Pidió oficiar al accionante para que manifieste que personas componen su núcleo familiar y los ingresos económicos de estos, además, de denegar las peticiones del accionante, en cuanto a la solicitud de integralidad, en este caso no es viable, ya que se desconoce a futuro que pueda presentar el paciente y, por lo tanto, no podemos cubrir servicios que se desconocen y aun no se han ordenado. de igual manera es aún incierto determinar si los tratamientos, medicamentos y demás prestaciones asistenciales que requiera en un futuro, se encuentren o no dentro del plan obligatorio de salud, más aún, no se pueden negar tratamientos que aún no se encuentran determinados.

Por último, adicionalmente, solicitó que en virtud de la Resolución 1139 de 2022, por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPS, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de ese tipo de servicios.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia concedió el tratamiento integral solicitado por el accionante, con los siguientes argumentos:

“...3.6. De los gastos de transporte, alojamiento y manutención para el

usuario y un acompañante, según la obtención de servicios por fuera de su sede.

Se contrae pues la presente controversia, a determinar si recae en cabeza de las entidades aseguradoras, la asunción de los rubros inherentes al transporte de los usuarios con miras a la obtención de servicios por fuera de su propia sede.

Al respecto, estima la Judicatura que, al radicar las prestaciones requeridas por el usuario en la respectiva entidad aseguradora, EPS, será sobre esta que recaerá el pago de los mencionados rubros.

En efecto, habida consideración de la precaria condición económica que se predica de parte de la afiliada, quien da cuenta de su imposibilidad para asumir por su propio peculio, los traslados que requiera en punto a la obtención de las atenciones médicas que su estado de salud demande, por fuera del municipio donde reside, es claro que la entidad aseguradora accionada, habrá de asumir tales conceptos, referentes al transporte de la usuaria, con miras a la obtención de estos servicios requeridos.

Así, acorde al precedente jurisprudencial establecido por la H. Corte Constitucional en la materia, la asunción del rubro inherente a los gastos de transporte, a fin que el paciente se halle en la efectiva posibilidad de acceder a las prestaciones requeridas, ha de radicar en el respectivo agente interviniente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien sea en el Régimen Contributivo o en el Régimen Subsidiado y luego de la pertinente ponderación a cargo del funcionario de tutela, en punto a determinar la viabilidad de impartir este tipo de ordenaciones en la sede constitucional.

Al respecto, se ha pronunciado el máximo órgano Constitucional en reiteración de jurisprudencia en torno a este mismo asunto y mediante Sentencia T-743 del 3 de octubre de 2011, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub:

(...)

En el presente evento resulta dicente que se trata de una usuaria que afronta múltiples diagnósticos, tales como 'TUMOR MALIGNO DE LA MAMA - CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE, DIABETES MELLITUS, HIPERTENSIÓN, APNEA DEL SUEÑO Y TRASTORNO APARATO LAGRIMAL', sin que se encuentre en posibilidad de valerse por sí misma para costear los gastos solicitados conforme se expuso en los hechos de la presente acción de tutela, lo que imposibilita a aquella o a su círculo familiar, para sufragar las atenciones que requiere, además que a la fecha, no ha podido acceder a tales requerimientos, obviamente, no por su propia voluntad, sino, se insiste, ante la imposibilidad de hacer frente a un rubro que se genera, a partir de la prestación de estas atenciones médicas requeridas, en lugar diferente a esta municipalidad de Andes donde la citada reside; razones estas, pues, suficientes para acceder al reconocimiento que se depreca.

Ahora, si bien por parte de la entidad accionada en la respuesta allegada a la presente acción constitucional, se precisó de la parte actora demostración en cuanto a su imposibilidad económica para asumir el gasto del transporte solicitado, tiene para referir este Juez constitucional que, en efecto, en los anexos aportados con el escrito de tutela, obra certificación en cuanto a la inclusión de la ciudadana MARÍA ODILIA ARENAS DE MARÍN en el Grupo B5 del Sistema de Beneficiarios –SISBEN-, lo que supone una catalogación, en términos de tal certificado, como población en condición de "pobreza moderada", lo cual lleva a concluir que no cuenta con unos ingresos fijos para determinar su capacidad económica, además, la entidad accionada no

se dio a controvertir probatoriamente dicho supuesto de hecho que, al constituir una negación indefinida de parte de la accionante, radica la carga de la prueba en la contraparte accionada.

Por tanto, con fundamento en las anteriores consideraciones, el amparo invocado se circunscribe al reconocimiento de los gastos que, por concepto de transporte y viáticos de la usuaria, con un acompañante, demande la prestación de la atención en salud que aquella requiere, claro está, en el evento en que dichas atenciones tengan lugar por fuera de esta municipalidad de Andes; obligación que corresponde asumir, conforme a lo expuesto, a la NUEVA EPS.

Es que además, es del caso resaltar al respecto que, el rubro de transporte constituye una partida correspondiente a las primas adicionales sobre las Unidades de Pago por Capitación –UPC- en que se sustentan los subsidios a la demanda, acorde a los procesos de contratación que tienen lugar entre los entes territoriales del orden municipal y las entidades aseguradoras en ambos regímenes, Contributivo y Subsidiado; de ahí que, compete en esa medida a las entidades aseguradoras asumir tales erogaciones, en torno de las cuales, procederá el respectivo recobro frente al ente territorial departamental, SECRETARÍA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE ANTIOQUIA -que no frente al ADRES-, en cuanto no se hubiere destinado para la localidad, el rubro referente a la U.P.C. diferencial, aunque como se verá, tal aspecto no es pasible de declaración en esta sede constitucional.

De ahí que, desde esta perspectiva, ha de accederse al amparo invocado por la parte actora, ante la ostensible inobservancia por parte de la NUEVA EPS, en cuanto a sus obligaciones legales y constitucionales, como entidad aseguradora en el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de cara a la consecuyente y palmaria trasgresión de las garantías fundamentales de la vida en condiciones dignas y seguridad social en salud en cabeza del paciente.

3.6.1. De la facultad de recobro.

Es del caso precisar que si bien, este Estrado asumía un criterio, según el cual, la actividad administrativa de recobro, era susceptible de pronunciamiento a cargo del Juez Constitucional, particularmente, con base en el precedente jurisprudencial emitido por la H. Corte Constitucional en la materia, no obstante, es claro que la ley trae implícito dicho trámite para que la entidad prestadora de salud proceda al recobro por concepto de las prestaciones en que incurra como consecuencia de la respectiva decisión y que excedan su competencia, según se trate de exclusiones del plan de salud¹, tal como se ha demarcado por parte del superior jerárquico, H. Tribunal Superior de Antioquia, en diferentes acciones constitucionales objeto de impugnación², por lo que no tiene asidero un pronunciamiento por el Juez de tutela en cuanto a que se otorgue dicha facultad de recobro, respecto de las atenciones que se encuentren por fuera del Plan de Beneficios en Salud –PBS-; ello por cuanto, tal y como ha quedado plasmado anteriormente, es la ley la que otorga tal facultad, por lo que resulta entonces un asunto ajeno al ámbito jurisdiccional.

Por lo demás, absolutamente inatendible el fundamento de contradicción propuesto por la EPS accionada, bajo el sofisma y la arbitraria intención de radicar en los usuarios cargas que no les son inherentes, a propósito del

¹ L. 1753/15, art. 73.

² Entre otras, Sentencia de Tutela de segunda instancia, H. Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal, Sede Constitucional, M.P. Dr. René Molina Cárdenas y bajo el número de radicación 2016-2336-5

aludido "MIPRES" y acorde a la misma preceptiva establecida al efecto en la Resolución 2438 de 2018, emanada de la Cartera Ministerial de Salud y Protección Social, la cual prevé en su artículo 4 que se establecen, precisamente, las responsabilidades inherentes a los agentes intervinientes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y pues, de manera obvia, acorde al numeral 3, literal b) de aquella regulación, es a la EPS a la que le asiste la responsabilidad en tal gestión, por lo que la EPS no puede simplemente excusar su propia negligencia, si es que no se ha dado a la obtención del mentado "MIPRES", por parte de otro de los actores allí regulados, cual se trataría del respectivo profesional de la salud.

De igual forma, aun cuando la entidad en ejercicio de su derecho de contradicción y de defensa, trae a colación la Resolución 2366 del pasado mes de diciembre, a propósito del antedicho aplicativo MIPRES, baste enfatizar en las asignaciones presupuestales de las que, por concepto de dispersión geográfica, son destinatarias las entidades aseguradoras en el esquema de salud, tal como establece el artículo 107 ibídem: "Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte (intramunicipal o intermunicipal) en un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención financiada con recursos de la UPC, no disponible en el área de residencia (rural/urbano) o en el municipio de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.". De ningún modo se trata de una simple atribución a cargar al usuario. Entera responsabilidad pues, en cuanto a la prestación endilgada, en cabeza de la NUEVA EPS, acorde al argumento que, en torno a las Unidades de Pago por Capitación, se abordó al final del acápite precedente.

3.6.2. De las órdenes a impartir.

En tales circunstancias y conforme a las anteriores consideraciones, se accederá al amparo invocado, a propósito de las garantías de la vida en condiciones dignas y seguridad social en materia de salud; y, en consecuencia, se ordenará a la entidad aseguradora accionada, NUEVA EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente decisión, proceda con las correspondientes gestiones de carácter administrativo, tendientes a sufragar los gastos derivados del transporte y viáticos de la usuaria MARÍA ODILIA ARENAS DE MARÍN, con un acompañante, en punto a hacer efectivo su acceso por fuera de esta municipalidad de Andes, Antioquia –Vereda Media Luna donde la accionante reside-, a la prestación de los servicios que le fueran prescritos y en relación con el cuadro patológico que presenta, asociado a los diagnósticos de 'TUMOR MALIGNO DE LA MAMA - CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE, DIABETES MELLITUS, HIPERTENSIÓN, APNEA DEL SUEÑO Y TRASTORNO APARATO LAGRIMAL', gestión que habrá de acreditarse ante esta misma instancia judicial, en los diez (10) días siguientes, so pena verse incurso el actuar del representante legal del ente asegurador demandado en causal de desacato, acorde a la preceptiva establecida en la materia, por los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991. Además, se ordenará a la NUEVA EPS que proceda con la debida autorización y efectiva prestación de los requerimientos médicos que en lo sucesivo le sean prescritos a la usuaria afectada, toda vez que conserven relación con el cuadro patológico que esta presenta, asociado a los diagnósticos de 'TUMOR MALIGNO DE LA MAMA - CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE, DIABETES MELLITUS, HIPERTENSIÓN, APNEA DEL SUEÑO Y TRASTORNO APARATO LAGRIMAL', y en cuanto perduren sus condiciones de afiliación a la referida entidad aseguradora.

No se atiende un parlamento como el invocado en su contradicción por el ente accionado, a propósito de implicar la ordenación de un tratamiento integral, la prestación de atenciones futuras e inciertas. Claramente, se trata de la cobertura inherente a un pronunciamiento de amparo, ante el flagrante incumplimiento de la entidad, en lo que a la prestación de los servicios debidos a la usuaria, en relación con los rubros inherentes a transporte y viáticos se refiere, por lo que habrá de garantizarse a través de este proveído, que se haga efectiva toda prestación inherente a las mismas patologías materia de tutela.

Por lo demás, se abstendrá el Estrado de emitir declaración en torno de la facultad de la EPS para repetir ante el ADRES o el ente territorial departamental, por concepto de las prestaciones en que incurra como consecuencia de la presente decisión y que excedan su competencia, según se trate de exclusiones del plan de salud, en vista que la entidad aseguradora cuenta con regulación legal al efecto y resulta un asunto ajeno al ámbito jurisdiccional...”

LA IMPUGNACIÓN

La apoderada especial de la NUEVA EPS manifestó que el Estado debe garantizar el derecho fundamental a la salud mediante la adopción de políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a los servicios de salud para todas las personas, y de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, el Ministerio de Salud y Protección Social en el marco de las facultades otorgadas en el artículo 15 de la Ley 1751 e igualmente, se encuentra expresamente excluido no solo del Plan Básico de Salud sino de aquellos que no pueden ser financiados con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que ni siquiera su formulación permite al profesional tratante registrarlo en la plataforma MIPRES.

Afirmó que no puede legítimamente la EPS asumir la responsabilidad de suministrar lo solicitado por la accionante, pues por expresa prohibición legal no puede ser asumido con cargo a los recursos de salud, so pena de incurrir en una desviación de recursos públicos, por ser de destinación específica, al ser utilizados en un servicio no cubierto y por ende expresamente prohibido ser asumido con recursos de la salud.

Expresó que el Preámbulo de la Ley 100 de 1993, define la Seguridad

Social Integral como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.”

Aclaró que Nueva EPS tiene un modelo de acceso a los servicios y la entrada a ellos es a través de los servicios de urgencias o a través de la IPS primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los servicios ambulatorios programados, y en consonancia con la pretensión del tratamiento integral, se debe mencionar que se entiende como el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, lo especificado en la Resolución No 2366 de 2023 “por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capacitación UPC - Plan de Beneficios en Salud” en su artículo 2 y 3, por lo que los servicios que son ordenados al usuario por parte de los médicos de la red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que habla la Resolución No 2366 de 2023, de acuerdo con lo establecido en el mismo acerca de los procedimientos y requisitos para ello, teniendo en cuenta pues, sin ser repetitivo, el derecho a la salud tiene una doble connotación: (i) es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable cuyo contenido y alcance ha sido definido por el legislador estatutario, y por la jurisprudencia constitucional, (ii) es un servicio público que, de acuerdo con el principio de integralidad debe ser prestado de “manera completa”, vale decir, con calidad y en forma eficiente atribuibles a asuntos de salud y oportuna.

Señaló que la Integralidad que solicita el usuario se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de Beneficios de Salud. Ahora bien, que exceder los

lineamientos de la normatividad vigente no es conducente, por lo que al evaluar la procedencia de conceder tratamiento integral que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente, es conveniente mencionar lo previsto en la Sentencia T-760 de 2008, la cual resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están a cargo del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

Refirió que, las exclusiones del Plan de Beneficios de Salud son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el Juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el Juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: “(i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente.”, por lo tanto, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta

positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares y determinarlo de esa manera es presumir la mala actuación de la institución por adelantado y, no puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados.

Mencionó que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y protegerlos a futuro, pues con ello se desbordaría su alcance y además una condena en esos términos incurre en el error de obligar por prestaciones que aún no existen puesto que la obligación de un servicio de la EPS solo inicia una vez la dolencia en salud ocurre y por ello un fallo concreto no genera violación de derecho fundamental alguno e igualmente, el juez no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud, la jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera enfática, que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente.

Adujo que con un tratamiento o servicio de meras expectativas o hipotéticos se tutelan hechos futuros e inciertos, que todavía no ha ordenado ningún médico ni respecto a ninguna patología en general, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y Protección Social y en calidad de aseguradora, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

Afirmó que, el Juez constitucional no es el competente para ordenar

tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por lo cual no es llamado a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Razón por la cual la actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento. Por ello, uno de los requisitos jurisprudenciales para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico es que éste haya sido ordenado por el médico tratante.

Precisó que en Colombia la práctica médica está normativizada y tiene establecido que el plan de manejo médico de un paciente ya sea farmacológico, quirúrgico, rehabilitación o cualquier intervención, lo define el equipo médico y la orden médica, es un requisito jurisprudencial y legal imposible de eludir ya que, es el único soporte que permite verificar el estado actual de salud del paciente, y a su vez debe estar soportado con el historial clínico que sustente la necesidad del mismo, y que una vez se agotaron todas las posibilidades de los insumos y servicios PBS, si no tiene la orden, debe tener MIPRES, por lo que, hablar de servicios médicos futuros e hipotéticos, sería tanto como hablar de tutelar derechos por violación o amenazas futuras e inciertas a los derechos fundamentales, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo, no se pueden hacer consideraciones sobre ellos ni, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso. Conforme lo anteriormente expuesto, se considera que en el presente caso no se aprecia una actuación u omisión de la Nueva EPS, de la que pueda derivarse prima face la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca la accionante.

Dijo que si bien es cierto el tema del recobro es un asunto de carácter económico que escapa de la órbita del Juez Constitucional, cuya función es la de proteger derechos fundamentales, y no debatir cuestiones que deben ser dilucidadas mediante un diligenciamiento administrativo interinstitucional, máxime que no emitir decisión sobre el mismo no descarta

dicha prerrogativa, pues la respectiva EPS puede hacer uso de la vía pertinente para obtener tal prestación, no lo es menos que, previendo las secuelas que surjan y en aras de que a la postre el derecho a la salud de las personas no se vea menoscabado por el déficit de dineros que debe el ADRES para con la obligación de girar recursos a las EPS – como es su deber ser-, los Jueces de Tutela, en seguimiento de abundantes precedentes de la Honorable Corte Constitucional, pueden emitir órdenes o autorizaciones del respectivo recobro a favor, y sin ser repetitivos, a favor de las Entidades Prestadoras de Salud, condicionadas eso si a que la entidad brinde servicios médicos que escapen a lo cubierto por el PBS o PBS-S y que legalmente no deben asumir.

Solicitó se revoque por improcedente la acción de tutela contra Nueva EPS S.A., y, respecto al tratamiento integral, se revoque también por improcedente, el cual hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera prescritos por los galenos tratantes y se anticipa una supuesta prescripción, cuando pueden resultar aun en servicios que no son competencia de la EPS, como los no financiados por los recursos de la UPC; no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares y determinarlo de esa manera, es presumir la mala actuación por adelantado, máxime que no han sido ordenados por la lex artis de los médicos.

Pidió que, de manera subsidiaria en caso de ser confirmada, con el debido respeto se solicita adicionar en la parte resolutive del fallo, en el sentido de facultar a la Nueva EPS S.A., según se colige del art. 5º de la Resolución 1139 de 2022 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, que sustituyó la Resolución 586 de 2021, se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo

asignado para la cobertura de ese tipo de insumos.

CONSIDERACIONES

La Honorable Corte Constitucional en abundante y reiterada jurisprudencia (ver entre otras, sentencias T-144 de 2008, T-760 de 2008 y T-415 de 2009) ha considerado el derecho a la salud un derecho fundamental susceptible de ser amparado por medio de la acción de tutela, comprendiendo, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Así es claro que la legislación y la jurisprudencia constitucional han precisado, en sus ámbitos de competencia, las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, para garantizar un sistema de salud que preste efectivamente, en condiciones de universalidad, eficiencia y solidaridad, los servicios de salud que requieran las personas para alcanzar el nivel más alto de salud posible.

Esta garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que las que estos servicios deben ser prestados.

Y para tal desarrollo, la doctrina constitucional ha establecido unas reglas claras:

Primero, se establece que el ámbito protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, está determinado por aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas.

Segundo, se señaló que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a

acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

Tercero, se enfatizó que la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud que una persona requiera no puede ser obstaculizada por el hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud; incluso en aquellos casos en los cuales la persona no pueda asumir los costos que le corresponda asumir.

Cuarto, se advierte que el Sistema de Salud prevé en ocasiones pagos moderadores a cargo de las personas que van a acceder a un determinado servicio de salud; pero éstos deben ser razonables y no pueden constituir barreras de acceso a los servicios de salud que se requieran, para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos.

Y quinto, se señala que el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad.

En cuanto al principio de integralidad, la Honorable Corte Constitucional precisó³:

5.3. En ese sentido, la Corte ha dicho que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”*⁴. Así mismo, el denominado derecho obliga a las EPS a no entorpecer la prestación de los servicios con procesos o trámites administrativos que generen limitaciones para que los pacientes reciban la asistencia necesaria para garantizar de forma plena el derecho a la salud⁵.

³ Ver Sentencia T-289 de 2013

⁴ Ver sentencia T-970 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), cuya posición es reiterada en la sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵ Ver sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

5.4. Teniendo en cuenta lo anterior, el juez constitucional deberá ordenar la prestación del servicio de salud de manera integral, es decir, con todo componente que considere necesario el médico tratante para el pleno restablecimiento de la salud en las personas, ante la negativa de las EPS de suministrar servicios de salud. Ello evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito para una misma enfermedad.

Ahora, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objeto regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Así, el legislador creó dos regímenes de salud: el contributivo y el subsidiado.

Al régimen contributivo pertenecen las personas con un contrato de trabajo, los pensionados y jubilados, los trabajadores independientes y los servidores públicos con capacidad de pago. Quienes se afilian a este régimen deben cancelar una cotización mensual que se define de forma proporcional a sus ingresos y en contraprestación reciben la atención médica que se deriva del Plan Obligatorio de Salud.

Sobre los suministros de servicios no incluidos en el POS, en la sentencia T-468 del 23 de julio de 2013, la Honorable Corte Constitucional señaló:

“En esta perspectiva el Sistema General de Seguridad Social en Salud creado en la ley 100 de 1993 estableció las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Beneficios (el POS) para todos los habitantes del territorio nacional (art. 162 L. 100 de 1993).⁶ Dicho Plan constituye un conjunto de prestaciones, que deben satisfacer y garantizar las entidades promotoras del servicio, en armonía con la definición del plan obligatorio hecha por la autoridad competente, que para el efecto es la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Actualmente, el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES establece la definición, aclaración y actualización integral del POS, para lo que es pertinente precisar que respecto al acceso a la prestación de los servicios, el Acuerdo 032 de 2012 del ente regulador mencionado, determinó que es el mismo para los dos regímenes existentes el contributivo y el subsidiado⁷.

3.2 La jurisprudencia constitucional, con base en la normatividad internacional, ha señalado que el derecho a la salud tiene cuatro dimensiones *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*⁸, de las cuales se deriva que toda persona

⁶ Sentencia T-730 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷ Sentencia T-020 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸ Al respecto consultar la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la Observación General No 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, E/C.12/2000/4, CESCR.

tiene derecho al acceso a los servicios que se requieran incluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.⁹ Respecto a los servicios establecidos en el POS, la Corte ha señalado que *toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud*. De manera que, *'no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.'*¹⁰

Por su parte, ha señalado que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando se cumplen las siguientes condiciones: *"(i) que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente; (iii) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y. iv) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garante de la prestación está autorizada a cobrar."*¹¹

(...)

3.5 De manera que toda persona tiene derecho a que se le preste y garantice su derecho fundamental a la salud, para lo cual las entidades prestadoras y los entes territoriales deben cumplir con sus obligaciones en el marco del servicio a la salud. Cuando los servicios no están previstos en el plan de beneficios, existen los mecanismos de recobro pertinentes previstos en el ordenamiento jurídico por lo que no se puede oponer el cobro de los mismos a la efectiva prestación del servicio de salud. Así mismo, los afiliados tienen derecho a que se les garantice el servicio cuando implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, y que incluso, tienen derecho a que se costee el traslado de un acompañante si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud".

En algunas ocasiones, los servicios que requieren los pacientes para la recuperación de la salud o para llevar una vida digna a pesar de los padecimientos, incluye elementos que en estricto sentido no se catalogan como medicamentos, pero que igualmente la Honorable Corte Constitucional ha señalado que las entidades prestadoras de salud en determinados casos deben suministrarlos.

⁹ T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹¹ Sentencia T-355 de 2012 M.P. Luis Ernesto Varga Silva. Igualmente Cfr. T-834 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1022 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa se determinó que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (es decir que reúna los requisitos i, ii y iii) con necesidad (condición iv).

Igualmente, en lo que tiene que ver con los gastos de transporte para el paciente, también hay doctrina constitucional (ver sentencia T- 206 de 2013):

4. Cobertura de transporte y alojamiento en virtud del principio de integralidad en salud.

4.1. Como se mencionó anteriormente¹², el artículo 48 constitucional le atribuye a la seguridad social una doble naturaleza; la primera, como servicio público de obligatoria prestación por el Estado y los particulares autorizados y, la segunda, como un derecho garantizado a todos los ciudadanos. Con fundamento en dicho mandato, el legislador desarrolló el Sistema General de Seguridad Social con la Ley 100 de 1993¹³.

Esta norma consagró, entre otros temas, la obligación de garantizar a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud¹⁴, que comprende un modelo integral de protección “*con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales*”¹⁵. Con base en tal normativa, el Gobierno Nacional se ha encargado de definir el conjunto de prestaciones concretas a cargo de las entidades que conforman el Sistema y de las cuales es posible exigir su efectivo cumplimiento.

4.1.1. De forma específica, el Acuerdo 029 de 2011 proferido por la Comisión de regulación en Salud -CRES-, señala en su artículo 42¹⁶ que el Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud, dentro del territorio nacional, para aquellos usuarios que requieran un servicio no disponible en la institución remitora.

Igualmente, dispone que se garantiza el servicio de transporte para el paciente que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo atendiendo: i. el estado de salud del paciente, ii. el concepto del médico tratante y iii. el lugar de remisión. En consecuencia, aunque el transporte debe ofrecerse en ambulancia, este no es el único modo de garantizarlo, ya que se permite la utilización de los *medios disponibles*.

4.1.2. Adicionalmente, el artículo 43 del acuerdo mencionado¹⁷ se ocupa del transporte del paciente ambulatorio y dispone que tal servicio debe ser cubierto con cargo a la prima adicional de las unidades de pago por capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.

De ahí que si un usuario del Sistema de Salud requiere ser remitido a un municipio diferente al de residencia con el fin de acceder a un servicio médico y al lugar de remisión se le reconoce una UPC adicional, el transporte está incluido en el POS y deberá ser cubierto por la EPS a la cual se encuentra afiliado.

¹² Acápites 3.1. de esta providencia.

¹³ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

¹⁴ Ley 100 de 1993, artículos 159 y 162.

¹⁵ Ley 100 de 1993, artículo 156.

¹⁶ ARTÍCULO 42. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

PARÁGRAFO. Si a criterio del médico tratante el paciente puede ser atendido por otro prestador, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del Plan Obligatorio de Salud. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria.

¹⁷ “ARTÍCULO 43. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.”

Ahora bien, de lo anterior se podría concluir que cuando el municipio remitente no cuenta con una UPC diferencial mayor, el transporte debe ser asumido por el afiliado o su familia. Sin embargo, la Resolución 5261 de 1994 consagró dos excepciones: por un lado, los casos de urgencia debidamente certificada y, por otro, los pacientes internados que requieran atención complementaria¹⁸.

4.2. Sobre este tema, la Corte Constitucional ha sostenido que, aunque el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no constituyen servicios médicos, hay ciertos casos en los cuales el acceso efectivo y real al servicio de salud depende de la ayuda para garantizar el desplazamiento al lugar donde será prestada la atención¹⁹.

Este tribunal ha considerado, a partir del principio de solidaridad sobre el que descansa el derecho a la seguridad social, que cuando un usuario del Sistema de Salud es remitido a un lugar diferente al de su residencia para recibir la atención médica prescrita por su galeno tratante, debido a que su EPS no cuenta con disponibilidad de servicios en el lugar de afiliación, los gastos que se originen por el transporte y la estadía deben ser asumidos por el paciente o su familia²⁰.

No obstante, se ha establecido como excepción a la anterior regla el caso de los usuarios que son remitidos a un municipio diferente al de su residencia, pero ni ellos ni su familia cuentan con la capacidad económica para asumir el costo del transporte. En tal sentido, se adoptaron los conceptos de accesibilidad económica y física para analizar la protección constitucional en términos de gastos de traslado, como se cita a renglón seguido:

“Este conflicto, que contraría la garantía de accesibilidad económica del derecho a la salud, es recurrente y no en pocas ocasiones ha sido resuelto por esta Corte en sede de tutela. Para ello, la corporación ha hecho referencia a múltiples fuentes, como son los elementos derecho internacional público, a propósito del contenido mínimo del derecho fundamental a la salud, y su relación con las disposiciones legales y reglamentarias sobre el derecho al transporte, como medio para acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad.

(...)

Específicamente, cuando una persona requiere un servicio de salud en un municipio diferente al de residencia, el cual supone gastos de transporte, para todos los casos, y gasto de estadía, en algunos de ellos, estamos frente a dos elementos esenciales del derecho a la salud: la accesibilidad física y la accesibilidad económica.

3.2.1.2. La Corte ha adoptado la accesibilidad física para significar que no en todos los casos de acceso a los servicios de salud, los usuarios van a poder acceder a ellos en su lugar de afiliación. Por lo tanto, la entidad de salud responsable, deberá remitir al usuario a una zona geográfica distinta en donde haya disponibilidad de especialistas, equipos médicos, medicamentos, etc.²¹

4.3. En consecuencia, la Corte ha establecido que procede su protección a través de la acción de tutela cuando la falta de autorización del transporte afecte gravemente el goce efectivo del derecho a la salud. Sobre el particular, la sentencia T-760 de 2008 conceptuó:

“La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación,²² ha señalado en varias ocasiones que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud

¹⁸ Artículo 2°.

¹⁹ Sentencia T-760 de 2008.

²⁰ Sentencia T-741 de 2007.

²¹ Sentencia T-838 de 2012.

²² En la sentencia T-350 de 2003, una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2° de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio del Sistema de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud), en tanto señala que ‘cuando en el municipio de residencia del

que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía para poder recibir la atención requerida.

(...) Pero no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario.”

Con posterioridad, en sentencia T-149 de 2011 se coligió:

“ (...) queda establecido que es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS. Esto dentro de la finalidad constitucional de que se remuevan las barreras y obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios de salud que requieren con necesidad.” (Negrilla fuera de texto original)

Así las cosas, se advirtió que el servicio de transporte se encuentra dentro del POS y en consecuencia debía ser asumido por la EPS en aquellos eventos en los que²³:

- i. Un paciente sea remitido en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no cuente con el servicio requerido.
- ii. Se necesite el traslado del paciente en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y según el criterio del médico tratante.
- iii. Un paciente ambulatorio deba acceder a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia y necesite ser transportado en un medio diferente a la ambulancia²⁴.

4.4. A partir de esta última situación, las subreglas jurisprudenciales en materia de gastos de transporte intermunicipal se circunscriben a los siguientes eventos²⁵:

- i. *El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente*²⁶.
- ii. *Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.*
- iii. *De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.*
- iv. *Si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.*

De forma puntual, en torno a la capacidad económica del paciente y su familia, este

paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...).

²³ Estas reglas que a continuación se transcriben se establecieron en sentencias anteriores a la T-760 de 2008 y en esta última se ordenó su inclusión en la correspondiente regulación, razón por la cual fueron plasmadas en los acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, aún cuando su desarrollo ha sido esencialmente por vía jurisprudencial.

²⁴ Es de anotar que la clase de transporte a utilizar deberá ser acorde al estado de salud del paciente y al concepto del médico tratante.

²⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-900/02. En esta decisión, se analizaron algunos casos, donde los usuarios, al ser remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, pretendían que las respectivas EPS asumieran el valor de su transporte, solicitud que fue desestimada por la Corte ante la falta de concurrencia de los requisitos de incapacidad económica del paciente y su familia y conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo. Esta regla jurisprudencial también fue utilizada en casos similares en las sentencias T-1079/01, T-197/03 y T-760/08, entre otras.

²⁶ Sentencia T-769 de 2012.

tribunal ha concluido:

Sumado a lo anterior, esta Corte ha reconocido que:

*“(…)…la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar”.*²⁷

De allí, se genera la obligación del actor y su núcleo familiar de poner en conocimiento de juez su precaria situación económica, invirtiéndose la carga de la prueba hacia la EPS quien deberá probar que el afiliado cuenta con la capacidad financiera requerida²⁸. En caso de guardar silencio, se tendrá por probada la afirmación de la accionante²⁹. (Negrillas y subraya la Sala).

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de primera instancia le ordenó a la NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación, proceda con las correspondientes gestiones de carácter administrativo, tendientes a sufragar los gastos derivados del transporte y viáticos de la usuaria MARÍA ODILIA ARENAS DE MARÍN, con un acompañante, en punto a hacer efectivo su acceso por fuera de esta municipalidad de Andes, Antioquia –Vereda Media Luna donde la accionante reside-, a la prestación de los servicios de salud que le fueran prescritos y en relación con el cuadro patológico que presenta, asociado a los diagnósticos de “TUMOR MALIGNO DE LA MAMA - CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE, DIABETES MELLITUS, HIPERTENSIÓN, APNEA DEL SUEÑO Y TRASTORNO APARATO LAGRIMAL” y adicionalmente, ordenó a

²⁷ Sentencias T-550 de 2009 y T-352 de 2010, entre otras.

²⁸ Sentencia T-022 de 2011: “(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”.

²⁹ Sentencia T-073 de 2012: “Esto quiere decir que al presentarse una acción de amparo para reclamar el cubrimiento de un servicio como el de transporte, corresponde en principio al accionante y su familia poner en conocimiento su situación económica. Sin embargo, ante la negación indefinida de no poder asumir los costos del servicio, se invierte la carga probatoria en cabeza de la EPS a la cual se reclama el servicio.

Elo debido a que las EPS tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados y por tanto están en la capacidad de controvertir o ratificar las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. En esa medida, su inactividad al respecto hace que las afirmaciones presentadas por La accionante se tengan como prueba suficiente.”. En el mismo sentido ver sentencias: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-861 de 2002, T-022 de 2011, T-091 de 2011, T-233 de 2011, T-481 de 2011 y T-523 de 2011, entre muchas otras.

la Nueva EPS que proceda con la autorización y efectiva prestación de las atenciones médicas que en lo sucesivo le fueren prescritas a la paciente MARÍA ODILIA ARENAS DE MARÍN, en cuanto tengan origen en la entidad patológica que ésta presenta, asociada al diagnóstico "TUMOR MALIGNO DE LA MAMA - CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE, DIABETES MELLITUS, HIPERTENSIÓN, APNEA DEL SUEÑO Y TRASTORNO APARATO LAGRIMAL" y permanezcan las condiciones de afiliación de la usuaria a la entidad aseguradora accionada.

Conforme con la impugnación, se discute la concesión de transporte, alimentación y alojamiento, a favor de la señora MARÍA ODILIA ARENAS DE MARÍN y su acompañante, para lo cual la EPS refiere que dicha obligación no es procedente toda vez que debe asumirlo el usuario o sus familiares atendiendo al principio de solidaridad. Así mismo, impugna el tratamiento integral, en tanto, no se pueden tutelar hechos futuros e inciertos.

Observa la Sala que el Juez de instancia hizo un análisis indicando que la EPS era la entidad obligada a prestar el servicio requerido por la usuaria MARÍA ODILIA ARENAS DE MARÍN, ello en atención a los hechos narrados en el escrito tutelar y la documentación allegada en donde se podía concluir que el servicio de transporte debe ser suministrado por la NUEVA EPS, debido a la falta de recursos por parte de la actora y su grupo familiar para cubrir el costo de un desplazamiento a otro lugar por fuera de su lugar de residencia y al constatar con los elementos allegados al expediente la ausencia de recursos, por lo que se invierte la carga de la prueba y le corresponde a la EPS desvirtuar dicha situación, considerando además que la afirmación de la paciente se entiende probada respecto de las personas afiliadas al sistema de Seguridad Social en Salud.

Ahora, habrá de indicarse que en este caso la Sala comparte el análisis realizado por el A quo en el sentido de indicar que si para la materialización de los servicios médicos requeridos por la señora MARÍA ODILIA ARENAS

DE MARÍN debe éste trasladarse a un lugar distinto de su lugar de domicilio, deberá suministrarse el transporte debido a que se afirmó que la usuaria y su grupo familiar no cuenta con recursos económicos suficientes para cubrir dichos gastos, ello verificado con la documentación anexa al trámite, situación que permite inferir de manera razonable que efectivamente requiere el cubrimiento del valor del servicio de transporte, así mismo, la entidad accionada no aportó prueba que desvirtuara que la afiliada o su grupo familiar cuenta con capacidad económica para asumir esos gastos, adicionalmente, en cuanto a los servicios de alojamiento y alimentación es claro que estos se deben asumir única y exclusivamente en el caso que la afectada y su acompañante deban pernoctar en un municipio diferente a su residencia por motivos de cumplir con las citas asignadas por la entidad prestadora de salud.

De lo expuesto, puede verse que el A quo acertó en su decisión con relación a la prestación del servicio de transporte, en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud y de evitar una interrupción en la prestación del servicio de salud, con la aclaración que respecto a los viáticos ordenados en el fallo de tutela solo serán asumidos por la EPS si a la señora María Odilia Arenas de Marín y su acompañante le toca pernoctar en lugar diferente a su residencia con ocasión a la programación de los exámenes o el cumplimiento de diferentes citas programadas por la EPS en horarios que le imposibilitan estar viniendo y yendo a su lugar de residencia.

Igualmente, el despacho dispuso la prestación del tratamiento integral que debe ser suministrado por la NUEVA EPS, con el fin de proteger cualquier situación de desventaja o que ponga en riesgo innecesario a la afectada, buscando con ello una integralidad en el tratamiento que requiere.

Conforme con la impugnación, también se discute la concesión del tratamiento integral para la patología que actualmente presenta la actora, para lo cual la EPS refiere que dicha obligación no es procedente toda vez que se trata de un hecho futuro.

Es de anotar que, frente al tratamiento integral, no es cierto que la orden sea para hechos futuros e inciertos, pues está claro que la afectada padece actualmente “TUMOR MALIGNO DE LA MAMA - CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE, DIABETES MELLITUS, HIPERTENSIÓN, APNEA DEL SUEÑO Y TRASTORNO APARATO LAGRIMAL”, que requiere de atención prioritaria y no puede estar supeditada a tener que interponer una acción de tutela cada vez que un servicio médico le sea negado.

De lo expuesto, puede verse fácilmente que el A quo acertó en su decisión con relación a la prestación del servicio y el tratamiento integral, que dispone que en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud y de evitar una interrupción en la prestación del servicio, la paciente debe recibir todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico tratante, ordenándole a la EPS asumir la prestación del servicio que requiere, sin importar si trata de atenciones PBS o NO PBS.

En cuanto al recobro solicitado, es claro que es un asunto estrictamente administrativo que desborda la facultad del Juez Constitucional al amparar los derechos fundamentales invocados por el accionante, por lo cual, la EPS deberá acudir ante la entidad competente y con el procedimiento señalado en el orden jurídico para tal fin.

Bajo las anteriores precisiones, la Sala encuentra que el fallo de primera instancia se encuentra a tono con los mandatos legales y constitucionales por lo que está llamado a su confirmación.


Con fundamento en 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, CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia, con la **ACLARACIÓN** que los viáticos ordenados en el fallo de tutela solo serán asumidos por la EPS a la señora María Odilia Arenas de Marín y acompañante si le toca pernoctar en lugar diferente a su residencia con ocasión a la programación de los

exámenes o el cumplimiento de diferentes citas programadas por la EPS en horarios que le imposibilitan estar viniendo y yendo a su lugar de residencia.

Envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado




NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada


MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Aprobación de Proyecto por parte de la Magistrada Dra. Nancy Ávila de Miranda

Re: Rota Fallo Tutela 2ª Instancia Rad. 2024-0666-1, VENCE 3 MAYO

Respondió el Jue 25/04/2024 3:26 PM.

 Nancy Ávila De Miranda
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa Responder Responder a todos Reenviar Jue 25/04/2024 3:15 PM

Iniciar respuesta con: [Muchas gracias.](#) [Recibido, gracias.](#) [Gracias.](#)

Buenas tardes. Apruebo proyecto tutela segunda instancia Rad. 2024-0666-1.

Obtener [Outlook para Android](#)

From: Edilberto Antonio Arenas Correa <earenasc@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Sent: Thursday, April 25, 2024 11:33:54 AM
To: Nancy Ávila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Subject: Rota Fallo Tutela 2ª Instancia Rad. 2024-0666-1, VENCE 3 MAYO

Doctoras
NANCY AVILA DE MIRANDA
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistradas
Sala de Decisión Penal
Tribunal Superior de Antioquia

Aprobación de Proyecto por parte de la Magistrada Dra. María Stella Jara Gutiérrez

RE: Rota Fallo Tutela 2ª Instancia Rad. 2024-0666-1, VENCE 3 MAYO

Respondió el Vie 26/04/2024 10:06 AM.

Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa

T2024-0666 (SNT2) Confirma...
141 KB

Iniciar respuesta con:

Cordial saludo,

Informo conformidad con el proyecto de la referencia por parte de la Dra. María Stella Jara Gutiérrez, con una precisión al respecto.

Amablemente,

Angélica Vanessa Mejía Serna
Auxiliar Judicial I

De: María Stella Jara Gutiérrez <mariasjg6519@gmail.com>
Enviado: viernes, 26 de abril de 2024 9:31 a. m.
Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Re: Rota Fallo Tutela 2ª Instancia Rad. 2024-0666-1, VENCE 3 MAYO

Buenos días, Dr. edilberto. De acuerdo con el proyecto. Respetuosamente advierto que en uno de los últimos párrafos, el del resuelve, falta como una expresión para darle mayor claridad a lo expresado. En amarillo va señalado esa parte.

Cordialmente,

María Stella Jara Gutiérrez

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

CONSTANCIA

Medellín, el día veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala de Decisión Penal integrada por los Magistrados Edilberto Antonio Arenas Correa (**quien la preside**), Nancy Ávila de Miranda y María Stella Jara Gutiérrez, de manera virtual estudiaron el (los) proyecto(s) de la referencia, procediendo a emitir su aprobación de manera unánime por medio del correo institucional.

PROCESO : 05034 31 04 001 2024 00019 (2024-0666-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE : MARÍA ODILIA ARENAS DE MARÍN
ACCIONADO : NUEVA EPS
PROVIDENCIA : FALLO TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Procediendo a emitir su aprobación por medio del correo institucional y en la cual se resolvió lo siguiente:

“...CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia, con la **ACLARACIÓN** que los viáticos ordenados en el fallo de tutela solo serán asumidos por la EPS a la señora María Odilia Arenas de Marín y acompañante si le toca pernoctar en lugar diferente a su residencia con ocasión a la programación de los exámenes o el cumplimiento de diferentes citas programadas por la EPS en horarios que le imposibilitan estar viniendo y yendo a su lugar de residencia....”

Es de anotar que la aprobación del citado proyecto se realiza de manera virtual, como consta con las aprobaciones realizada por las Magistradas que forman la Sala con este Despacho, y debido a la falla que se presenta la página de la firma electrónica, que en este momento sigue sin funcionar, no permitiendo su acceso para lograr firmar el documento precedente; de ahí que se realice la firma de manera escaneada.

El Suscrito Magistrado


EILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 091

PROCESO	: 05761 31 89 001 2024 00033 (2024-0682-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: HÉCTOR EXNEIDER MONTOYA VILLEGAS
ACCIONADO	: NUEVA EPS
PROVIDENCIA	: FALLO TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Apoderada Especial de la NUEVA EPS contra la sentencia del 20 de marzo de 2024, a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia, decidió conceder el tratamiento integral al señor HÉCTOR EXNEIDER MONTOYA VILLEGAS.

LA DEMANDA

Manifestó el accionante que se encuentra afiliado en el régimen contributivo como beneficiario en la Nueva EPS, que desde hace varios años viene atravesando graves dificultades de salud, debido a múltiples patologías que lo aquejan, entre otras denominadas por los médicos especialistas tratantes como: "TRASTORNO MIXTO Y DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA), OTROS CONTROLES GENERALES DE SALUD DE RUTINA DE OTRAS SUBPOBLACIONES DEFINIDAS", por ello el medico tratante le ordenó los medicamentos "DIVALPROATO SÓDICO 250 MG EO. A, ÁCIDO VALPROICO 250 MG (TABLETA DE LIBERACIÓN SOSTENIDA ER), FLUOXETINA 20 MG, TABLETA, LEVOMEPRMAXINA 25 MG (TABLETA), LOSARTAN 50 MG

TABLETA, ESOMEPRASOL 20 MG CAPSULA, ESCITAPRAM 10 MG TABLETA, QUETIAPINA 200 MG (TABLETA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA (H), TABLETA DE LIBERACIÓN PROLONGADA, FUMARATO FERROSO + ÁCIDO ASCOREICO ORAL + ÁCIDO FÓLICO”.

Expresó que esas enfermedades actualmente le están afectando la calidad de nivel de vida, pues siente problemas psicológicos, teme perder el control y cometer algún delito, adujo que se encuentra descompensado por la falta del suministro de los medicamentos, por cuanto desde el mes de enero de 2023, la EPS no los ha suministrado y eso le ayuda para controlar sus padecimientos, especialmente los que controlan su problema de salud.

Adujo que, no ha sido posible que la EPS le haga entrega de los medicamentos, cada que los va a reclamar en la farmacia que expide y los entrega, le indican que no los hay, que vuelva otro día, pasan los días y nada que le hacen entrega de los medicamentos.

Arguyó que ahora está viviendo en Sopetrán, Antioquia, y no tiene con que subir a la ciudad de Medellín para que le hagan entrega de los medicamentos y que es la EPS quien tiene la obligación de asegurar a los pacientes la continuidad en la prestación de los servicios médicos para no interrumpirles el tratamiento médico, a fin de no vulnerarles sus derechos fundamentales.

Solicitó tutelar los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social, igualdad y la vida digna y ordenar a Nueva EPS, autorice y garantice de forma completa e integral la entrega de todos los medicamentos denominados “DIVALPROATO SÓDICO 250 MG EO. A, ÁCIDO VALPROICO 250 MG (TABLETA DE LIBERACIÓN SOSTENIDA ER), FLUOXETINA 20 MG, TABLETA, LEVOMEPRMAXINA 25 MG (TABLETA), LOSARTAN 50 MG TABLETA, ESOMEPRASOL 20 MG CAPSULA, ESCITAPRAM

10 MG TABLETA, QUETIAPINA 200 MG (TABLETA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA (H), TABLETA DE LIBERACIÓN PROLONGADA, FUMARATO FERROSO+ÁCIDO ASCOREICO ORAL+ÁCIDO FÓLICO” y garantice el tratamiento integral con ocasión de los diagnósticos denominados: “ARTROSIS DEGENERATIVA, TRASTORNO MIXTO Y DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA), OTROS CONTROLES GENERALES DE SALUD DE RUTINA DE OTRAS SUBPOBLACIONES DEFINIDAS” tal cual le fue prescrito desde hace varios días por el médico tratante.

LAS RESPUESTAS

1.- La Nueva EPS informó que, frente a la solicitud de entrega de medicamentos, la entidad se encuentra en revisión del caso para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación, en caso se encuentre en curso alguna solicitud anterior ante la entidad, además que los documentos y/u órdenes de acuerdo con la pertinencia médica allegados al trámite, también se encuentran siendo revisados a fin de que cumplan las políticas para su procesamiento, en ese sentido, una vez se emita el concepto lo estarán remitiendo al despacho por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes, de ser el caso.

Manifestó que, de las labores adelantadas por Nueva EPS se desprende lo siguiente: “LOSARTAN 50 mg (TABLETA) “SERVICIO REGISTRA DESABASTECIDO, PENDIENTE SOPORTE DE DESABASTECIMIENTO, PARA DAR GESTIÓN A ALTERNATIVA TERAPEÚTICA.”, el medicamento se encuentra desabastecido, entendiéndose entonces que, la entidad no ha negado la prestación del servicio, sino que se ha visto imposibilitada para continuar garantizando el servicio de salud.

Expresó que la orden de brindar un tratamiento integral, futuro e incierto está limitado a la prestación de tecnologías en salud que ordene el médico tratante y por tecnologías en salud se entiende: “38. Tecnología en salud: Actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta esta atención.”, en ese sentido se debe considerar que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud –SGSSS- no pueden utilizarse para financiar prestaciones suntuarias, cosméticas, experimentales, sin evidencia científica, o aquellas que se ofrezcan fuera del territorio nacional, y las que no sean propias del ámbito de la salud.

Aludió que, la pretensión de tutelar un servicio integral, indeterminado, futuro e incierto, en ningún caso significa que deben cubrirse por cuenta de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud servicios que la ley prohíbe se asuman con recursos de la salud, y si el Despacho considera procedente amparar la pretensión de la acción de tutela, deberá proferir una orden puntual en forma expresa en el fallo de tutela.

Solicitó declarar improcedente la presente acción de tutela toda vez que no se ha demostrado vulneración por parte de Nueva EPS a los derechos fundamentales del accionante y denegar las peticiones del accionante, en cuanto a la solicitud de integralidad, en ese caso no es viable, por cuanto acorde con las disposiciones de la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T – 531 de 2009, Sobre la Limitación de la Integralidad en el Servicio de Salud.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia concedió el tratamiento integral solicitado por la accionante, con los siguientes argumentos:

“...Esta agencia judicial en el caso objeto de análisis, debe establecer si NUEVA EPS, está vulnerando el derecho Fundamental a la salud y la vida en condiciones dignas al accionante HÉCTOR EXNEIDER MONTOYA VILLEGAS, al no garantizar de forma completa e integral la entrega de todos los medicamentos denominados “DIVALPROATO SÓDICO 250 MG EO. A, ÁCIDO VALPROICO 250 MG (TABLETA DE LIBERACIÓN SOSTENIDA ER), FLUOXETINA 20 MG, TABLETA, LEVOMEPRMAXINA 25 MG (TABLETA), LOSARTAN 50 MG TABLETA, ESOMEPRASOL 20 MG CAPSULA, ESCITAPRAM 10 MG TABLETA, QUETIAPINA 200 MG (TABLETA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA (H), TABLETA DE LIBERACIÓN PROLONGADA, FUMARATO FERROSO+ÁCIDO ASCOREICO ORAL+ÁCIDO FÓLICO” ordenados por el médico tratante desde el 13 de diciembre de 2023.

De conformidad con el acervo probatorio recaudado, el accionante aporta copia de la cedula de ciudadanía con el fin de garantizar que es quien presenta la acción de tutela, copia de la historia clínica de VIVA 1A IPS, de la cual se desprende que el accionante es un paciente de 54 años, depresivo, con ultima hospitalización hace 2 años y se encuentra direccionado para especialista en Psiquiatría con cita pendiente y de la cual se desprende el diagnostico consistente en “Z108 OTROS CONTROLES GENERALES DE SALUD DE RUTINA DE OTRAS SUBPOBLACIONES DEFINIDAS, F412 TRASTORNO MIXTO Y DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, 110X HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)”, con el fin de certificar que la EPS conoce de la orden de medicamentos que tiene pendiente el accionante.

En el caso sub judice se encuentra acreditado que el señor HÉCTOR EXNEIDER MONTOYA VILLEGAS, tiene un diagnóstico de “Z108 OTROS CONTROLES GENERALES DE SALUD DE RUTINA DE OTRAS SUBPOBLACIONES DEFINIDAS, F412 TRASTORNO MIXTO Y DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, 110X HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)”, tal como se certifica en la orden de servicios aportada por el accionante y expedida por VIVA 1A IPS, igualmente que se encuentra pendiente de la entrega de los medicamentos de control para su enfermedad, y que a la fecha, no han sido entregados por NUEVA EPS.

Ahora bien, de la respuesta ofrecida por NUEVA EPS el 26 de febrero de 2024, se desprende que, “Nueva EPS se encuentra en revisión del caso para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación, en caso se encuentre en curso alguna solicitud anterior ante nuestra entidad. Se debe aclarar también que los documentos y/u órdenes de acuerdo con la pertinencia médica allegados al presente trámite, también se encuentran siendo revisados a fin de que cumplan las políticas para su procesamiento, en este sentido, una vez se emita el concepto lo estaremos remitiendo a su despacho por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes, de ser el caso”, sin embargo, a la fecha de proferir el presente fallo, no se había allegado respuesta complementaria que permitiera corroborar la gestión realizada por la EPS accionada con el fin de realizar la entrega de

todos los medicamentos ordenados por el médico tratante desde el 13 de diciembre de 2023 al accionante.

Ahora bien, mediante certificación allegada a través del correo electrónico del Despacho el día de hoy 20 de marzo de 2024 a las 3:35 pm, la Personería del Municipio de Sopetrán, en cabeza del Dr. Robinsón Alejandro Varela Présiga, informa que Nueva EPS realizó la entrega de los medicamentos al accionante de manera satisfactoria, según información dada por la hermana del accionante.

Aprecia el despacho que, de la información suministrada por el Representante del Ministerio Público Dr. Robinsón Alejandro Varela Présiga Personero de Sopetrán, se puede concluir que NUEVA EPS accionada en la presente acción constitucional procedió a dar cumplimiento a lo requerido por el accionante HÉCTOR EXNEIDER MONTOYA VILLEGAS durante el trámite de la tutela, vislumbrándose así que se han realizado todas las actuaciones tendientes para la efectiva asignación de la cita.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO.
REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

“La carencia actual de objeto por hecho superado tiene lugar cuando, entre la interposición de la acción de tutela y la decisión del juez constitucional, desaparece la afectación al derecho fundamental alegada y se satisfacen las pretensiones del accionante, debido a “una conducta desplegada por el agente transgresor”.

Cuando se demuestra esta situación, el juez de tutela no está obligado a proferir un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, de considerarlo necesario, puede consignar observaciones sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, bien sea para condenar su ocurrencia, advertir sobre su falta de conformidad constitucional o conminar al accionado para evitar su repetición.

En estas circunstancias, el juez constitucional debe declarar la improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto, pues, de lo contrario, sus decisiones y órdenes carecerían de sentido, ante “la superación de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo o ante la satisfacción de las pretensiones del actor”. Sentencia T-054 de 2020.

“En reiteradas ocasiones, esta corporación ha señalado que la carencia actual de objeto se configura cuando la orden del juez constitucional no tendría efecto alguno o “caería al vacío”, y que dicho fenómeno puede presentarse bajo las categorías de hecho superado, daño consumado o el acaecimiento de alguna otra circunstancia que conduzca a que la vulneración alegada ya no tenga lugar siempre que esta no tenga origen en la actuación de la entidad accionada (situación sobreviniente).

En relación con la primera categoría (carencia actual de objeto por hecho superado, en adelante, “hecho superado”), el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 determina lo siguiente: “Artículo 26.- (...) Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”.

La Corte ha interpretado la disposición precitada en el sentido de que el hecho superado, tiene lugar cuando desaparece la vulneración o amenaza al derecho fundamental invocado. Concretamente, la hipótesis del hecho superado se configura “cuando entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que, por razones ajenas a la intervención del juez constitucional, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de

los derechos fundamentales del peticionario” (resaltado fuera del texto).

En tal sentido, esta corporación ha señalado los aspectos que deben verificarse a fin de examinar y establecer la configuración del hecho superado desde el punto de vista fáctico. Estos aspectos son los siguientes: “(i) que efectivamente se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela; (ii) y que la entidad demandada haya actuado (o cesado en su accionar) a motu proprio, es decir, voluntariamente”.

Así pues, al constatar dichos aspectos y encontrarse ante un hecho superado, la sentencia SU-522 de 2019 sistematizó la jurisprudencia respecto de los deberes que se desprenden para el juez de tutela en estos escenarios, indicando que “no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo”. Sin embargo, agregó que, si bien en estos casos la Corte no se encuentra obligada a emitir un pronunciamiento de fondo, puede pronunciarse sobre el caso para realizar observaciones sobre los hechos que dieron origen a la interposición de la tutela, si así lo considera, entre otros. No obstante, la Corte ha dejado claro que, en cualquier caso, la sentencia que declare el hecho superado debe acreditar su configuración”. Sent. T- 086 de 2020.

Ahora bien, en relación al tratamiento integral, la Corte Constitucional en sentencia C-099 de 2023 reitero las reglas sobre tratamiento integral, señalando que el tratamiento integral implica una atención en salud de forma “ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”, y que la prestación del servicio debe cumplir con todas las órdenes expedidas por parte de los médicos tratantes en las condiciones estipuladas.

Sostiene que para que la autoridad judicial ordene el tratamiento integral debe comprobar que: (i) la EPS fue negligente respecto a sus obligaciones con el paciente; (ii) la existencia de órdenes médicas con especificaciones tales como, diagnósticos, insumos o servicios requeridos; (iii) la calidad de sujeto de especial protección constitucional del accionante o su estado extremadamente grave de salud, prohibiendo que el juez de tutela emita pronunciamiento sobre hechos futuros e inciertos, por lo que las prescripciones médicas deben ser claras.

Se acredita la existencia de una prescripción médica aportada y expedida desde el 13 de diciembre de 2023 por la Dra. Luisa Fernanda Garcés Médica General adscrito a VIVA 1A IPS, por lo que se comprueba la existencia de una orden médica y la negligencia respecto de la entrega de los medicamentos, dado que a la fecha de la interposición de la tutela no se había realizado la entrega de los mismos a la parte accionante, aunado al diagnóstico clínico que presenta el tutelante “Z108 OTROS CONTROLES GENERALES DE SALUD DE RUTINA DE OTRAS SUBPOBLACIONES DEFINIDAS, F412 TRASTORNO MIXTO Y DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, 110X HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)”, ya que se trata de un diagnóstico grave de salud, el cual debe ser controlado de manera adecuada y eficiente con los medicamentos ordenados por el médico tratante, por lo que efectivamente se acredita que es procedente ordenar el tratamiento integral frente al diagnóstico específico.

Así las cosas, se le ordenará a NUEVA EPS brindarle al señor HÉCTOR EXNEIDER MONTOYA VILLEGAS identificado con la cedula de ciudadanía Nro. 71.707.384, el tratamiento integral para la recuperación de su salud en lo que tiene que ver con la patología de “Z108 OTROS CONTROLES GENERALES DE SALUD DE RUTINA DE OTRAS SUBPOBLACIONES DEFINIDAS, F412 TRASTORNO MIXTO Y DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, 110X HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)”, conforme lo expuesto por la accionante y el cual no fue desvirtuado por la entidad accionada NUEVA EPS

durante el término de traslado...”

LA IMPUGNACIÓN

La apoderada especial de la NUEVA EPS manifestó que el Juez de primera instancia decidió declarar la configuración de un hecho superado, por lo tanto, no existió o se superó la presunta vulneración a los derechos fundamentales invocados, razón por la cual no estima procedente la orden frente a un tratamiento integral.

Indicó que la Corte Constitucional ha explicado que la decisión de tutela carece de objeto cuando la protección inmediata cesa la amenaza a los derechos fundamentales de quien invoca su protección, ya sea porque la situación que propiciaba dicha amenaza desapareció o fue superada.

Señaló que el hecho superado “se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela”¹. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por la parte accionada y cuando se presenta el fenómeno del hecho superado, en términos de decisiones judiciales, la obligación del juez de tutela no es la de pronunciarse de fondo sino cuando estime necesario, “hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y conminar a que

¹ Sentencia SU-540 de 2007.

se adopten las medidas necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”², motivo por el cual resulta inconstitucional otorgar una orden de tratamiento integral cuando el objeto que motivó la acción de tutela se satisfizo al presunto afectado.

Consideró que si el A quo declara el hecho superado, tal decisión implica la declaración de improcedencia de la acción, ya que no puede ser acompañada por la orden de tratamiento integral, pues ello en sí mismo es contradictorio; en tal sentido debe revocarse la orden del mencionado tratamiento integral.

Expresó que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter excepcional breve y sumario que permite la protección constitucional de derechos fundamentales, cuando quiera que esos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial, ésta resultara viable siempre que se origine en hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales; por lo que, la tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado, de lo cual se sigue que el juez de tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran amenazados

Afirmó que, con relación a la integralidad que es ordenada en el fallo de tutela, es preciso tener en cuenta la Sentencia T-531 de 2009, MP Humberto Antonio Sierra Porto, en la que se afirma:

² Sentencia T-890 de 2013.

“El principio de integralidad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a) ; con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional.

(...) En los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.”

Aseveró que el reconocer el tratamiento integral a través de una sentencia de tutela es tanto como desconocer que existe una Ley que garantiza el acceso a un plan de beneficios en salud y el fallo de tutela está diseñado para proteger derechos cuando esos estén siendo vulnerados y amenazados y no puede presumir que ante un eventual atraso ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello, adicionalmente, los servicios de salud que son ordenados al usuario por parte de los Médicos de la Red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que habla la Resolución No 2366 de 2023, de acuerdo con lo establecido en el mismo acerca de los procedimientos y requisitos para ello.

Refirió que el asunto no se observa ningún soporte probatorio donde evidencie que el accionante requiera otro tipo de medicamentos o procedimientos a los solicitados, por lo que no es posible que el Juez

Constitucional imparta una orden futura e incierta que indetermine el alcance del fallo de tutela. Paralelo a ello, los recursos del Sistema de Salud son finitos, tal como lo define la Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008, recursos que deben ser destinados exclusivamente a la prestación de tales servicios debidamente determinados y señalados por el médico tratante del paciente, por lo tanto, se reitera, no puede ordenarse la autorización de servicios eventuales, lo que puede generar una demanda desmedida por parte del actor.

Solicitó revocar la orden del suministro de un tratamiento integral, toda vez que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares y determinarlo de esa manera es presumir la mala actuación de esa institución por adelantado, no puede presumir el fallador que en el momento en que la usuaria requiera servicios no le serán autorizados.

CONSIDERACIONES

La Honorable Corte Constitucional en abundante y reiterada jurisprudencia (ver entre otras, sentencias T-144 de 2008, T-760 de 2008 y T-415 de 2009) ha considerado el derecho a la salud un derecho fundamental susceptible de ser amparado por medio de la acción de tutela, comprendiendo, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Así es claro que la legislación y la jurisprudencia constitucional han precisado, en sus ámbitos de competencia, las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, para garantizar un sistema de salud

que preste efectivamente, en condiciones de universalidad, eficiencia y solidaridad, los servicios de salud que requieran las personas para alcanzar el nivel más alto de salud posible.

Esta garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que las que estos servicios deben ser prestados.

Y para tal desarrollo, la doctrina constitucional ha establecido unas reglas claras:

Primero, se establece que el ámbito protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, está determinado por aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas.

Segundo, se señaló que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

Tercero, se enfatizó que la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud que una persona requiera no puede ser obstaculizada por el hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud; incluso en aquellos casos en los cuales la persona no pueda asumir los costos que le corresponda

asumir.

Cuarto, se advierte que el Sistema de Salud prevé en ocasiones pagos moderadores a cargo de las personas que van a acceder a un determinado servicio de salud; pero éstos deben ser razonables y no pueden constituir barreras de acceso a los servicios de salud que se requieran, para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos.

Y quinto, se señala que el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad.

En cuanto al principio de integralidad, la Honorable Corte Constitucional precisó³:

5.3. En ese sentido, la Corte ha dicho que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”*⁴. Así mismo, el denominado derecho obliga a las EPS a no entorpecer la prestación de los servicios con procesos o trámites administrativos que generen limitaciones para que los pacientes reciban la asistencia necesaria para garantizar de forma plena el derecho a la salud⁵.

5.4. Teniendo en cuenta lo anterior, el juez constitucional deberá ordenar la prestación del servicio de salud de manera integral, es decir, con todo componente que considere necesario el médico tratante para el pleno restablecimiento de la salud en las personas, ante la negativa de las EPS de suministrar servicios de salud. Ello evita la interposición de acciones de tutela

³ Ver Sentencia T-289 de 2013

⁴ Ver sentencia T-970 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), cuya posición es reiterada en la sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵ Ver sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

por cada servicio prescrito para una misma enfermedad.

Ahora, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objeto regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Así, el legislador creó dos regímenes de salud: el contributivo y el subsidiado.

Al régimen contributivo pertenecen las personas con un contrato de trabajo, los pensionados y jubilados, los trabajadores independientes y los servidores públicos con capacidad de pago. Quienes se afilian a este régimen deben cancelar una cotización mensual que se define de forma proporcional a sus ingresos y en contraprestación reciben la atención médica que se deriva del Plan Obligatorio de Salud.

Sobre los suministros de servicios no incluidos en el POS, en la sentencia T- 468 del 23 de julio de 2013, la Honorable Corte Constitucional señaló:

“En esta perspectiva el Sistema General de Seguridad Social en Salud creado en la ley 100 de 1993 estableció las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Beneficios (el POS) para todos los habitantes del territorio nacional (art. 162 L. 100 de 1993).⁶ Dicho Plan constituye un conjunto de prestaciones, que deben satisfacer y garantizar las entidades promotoras del servicio, en armonía con la definición del plan obligatorio hecha por la autoridad competente, que para el efecto es la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Actualmente, el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES establece la definición, aclaración y actualización integral del POS, para lo que es pertinente precisar que respecto al acceso a la prestación de los servicios, el Acuerdo 032 de 2012 del ente regulador mencionado, determinó que es el mismo para los dos regímenes existentes el contributivo y el subsidiado⁷.

3.2 La jurisprudencia constitucional, con base en la normatividad internacional, ha señalado que el derecho a la salud tiene cuatro dimensiones *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*⁸, de las

⁶ Sentencia T-730 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷ Sentencia T-020 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸ Al respecto consultar la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la Observación General No 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, E/C.12/2000/4, CESCR.

cuales se deriva que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios que se requieran incluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.⁹ Respecto a los servicios establecidos en el POS, la Corte ha señalado que *toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud. De manera que, 'no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.'*¹⁰

Por su parte, ha señalado que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando se cumplen las siguientes condiciones: *"(i) que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente; (iii) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y. iv) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garante de la prestación está autorizada a cobrar."*¹¹

(...)

3.5 De manera que toda persona tiene derecho a que se le preste y garantice su derecho fundamental a la salud, para lo cual las entidades prestadoras y los entes territoriales deben cumplir con sus obligaciones en el marco del servicio a la salud. Cuando los servicios no están previstos en el plan de beneficios, existen los mecanismos de recobro pertinentes previstos en el ordenamiento jurídico por lo que no se puede oponer el cobro de los mismos a la efectiva prestación del servicio de salud. Así mismo, los afiliados tienen derecho a que se les garantice el servicio cuando implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, y que incluso, tienen derecho a que se costee el traslado de un acompañante si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud".

En algunas ocasiones, los servicios que requieren los pacientes para la recuperación de la salud o para llevar una vida digna a pesar de los

⁹ T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹¹ Sentencia T-355 de 2012 M.P. Luis Ernesto Varga Silva. Igualmente Cfr. T-834 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1022 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa se determinó que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (es decir que reúna los requisitos i, ii y iii) con necesidad (condición iv).

padecimientos, incluye elementos que en estricto sentido no se catalogan como medicamentos, pero que igualmente la Honorable Corte Constitucional ha señalado que las entidades prestadoras de salud en determinados casos deben suministrarlos.

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de primera instancia le ordenó a la NUEVA EPS brindar el TRATAMIENTO INTEGRAL que requiera el señor HÉCTOR EXNEIDER MONTOYA VILLEGAS, para las patologías “Z108 OTROS CONTROLES GENERALES DE SALUD DE RUTINA DE OTRAS SUBPOBLACIONES DEFINIDAS, F412 TRASTORNO MIXTO Y DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, 110X HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)”, las cuales están respaldadas con las historias clínicas aportadas por el accionante dentro del escrito de tutela.

Conforme con la impugnación, se discute la concesión del tratamiento integral para la patología que actualmente presenta el señor HÉCTOR EXNEIDER MONTOYA VILLEGAS, para lo cual la EPS refiere que dicha obligación no es procedente toda vez que se trata de un hecho futuro e incierto.

Observa la Sala que el Juez de instancia hizo un análisis indicando que la EPS era la entidad obligada a prestar los servicios requeridos por el señor HÉCTOR EXNEIDER MONTOYA VILLEGAS y dispuso la prestación del tratamiento integral que debe ser suministrado por la NUEVA EPS, con el fin de proteger cualquier situación de desventaja o que ponga en riesgo innecesario al afectado, buscando con ello una integralidad en el tratamiento que requiere y que debe ser continuo por los diagnósticos plasmados en las historias clínicas aportadas.

Es de anotar que, frente al tratamiento integral, no es verdad que la

orden sea para hechos futuros e inciertos, pues está claro que la accionante padece actualmente “Z108 OTROS CONTROLES GENERALES DE SALUD DE RUTINA DE OTRAS SUBPOBLACIONES DEFINIDAS, F412 TRASTORNO MIXTO Y DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, 110X HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)”, que es un paciente que requiere de atención y no puede estar supeditado a tener que interponer una acción de tutela cada vez que un servicio médico le sea negado, es claro que el tratamiento integral se refiere a lo que devenga de las patologías “Z108 OTROS CONTROLES GENERALES DE SALUD DE RUTINA DE OTRAS SUBPOBLACIONES DEFINIDAS, F412 TRASTORNO MIXTO Y DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, 110X HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)” y no sobre otras patologías.

De lo expuesto, puede verse fácilmente que el A quo acertó en su decisión con relación a la prestación de los servicios y el tratamiento integral, que dispone que en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud y de evitar una interrupción en la prestación del servicio, el paciente debe recibir todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico tratante, ordenándole a la EPS asumir la prestación del servicio que requiere, sin importar si trata de atenciones PBS o NO PBS, observe que si bien la entidad accionada autorizó la orden impartida por el médico tratante tardó más de tres meses para su autorización y entrega, ya que la cita inicial fue el 13/12/2023 y posteriormente tuvo otra cita 28/02/2024 y solo con la interposición de la acción de tutela fue autorizada y entregados los medicamentos, situación que complica y alarga el tratamiento requerido por el usuario y a su vez perjudicando su estado de salud, es por ello que es primordial la orden de tratamiento integral para poder brindarle continuidad al tratamiento ordenado al señor Montoya Villegas y así evitar futuras demoras o negaciones por trámites

administrativos o económicos.

Bajo las anteriores precisiones, la Sala encuentra que el fallo de primera instancia se encuentra a tono con los mandatos legales y constitucionales por lo que está llamado a su confirmación.

Con fundamento en 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, **CONFIRMA** la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

Envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado



NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada


MARÍA STÉLLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Aprobación de Proyecto por parte de la Magistrada Dra. Nancy Ávila de Miranda

Re: Rota Fallo tutela 2ª Instancia Rad. **2024-0682-1**, VENCE 3 MAYO

Nancy Avila De Miranda
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa

Responder Responder a todos Reenviar

Vie 26/04/2024 2:44 PM

Iniciar respuesta con: Muchas gracias. Recibido, gracias. Gracias.

Buenas tardes. Apruebo proyecto tutela segunda instancia Rad. **2024-0682-1**.

Obtener [Outlook para Android](#)

From: Edilberto Antonio Arenas Correa <earenasc@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Sent: Friday, April 26, 2024 9:56:29 AM
To: Nancy Avila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Subject: Rota Fallo tutela 2ª Instancia Rad. **2024-0682-1**, VENCE 3 MAYO

Doctoras
NANCY AVILA DE MIRANDA
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistradas
Sala de Decisión Penal
Tribunal Superior de Antioquia

Siguiendo el ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, emitido por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en su artículo 2º, que consagra:

Aprobación de Proyecto por parte de la Magistrada Dra. María Stella Jara Gutiérrez

RE: Rota Fallo tutela 2ª Instancia Rad. 2024-0682-1, VENCE 3 MAYO

Respondió el Vie 26/04/2024 1:40 PM.

Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa

T2024-0682-1 (SNT2) Confir...
100 KB

Iniciar respuesta con: Muchas gracias. Recibido, gracias. Muchas gracias por su colaboración.

Cordial saludo,

Informo conformidad con el proyecto de la referencia por parte de la Dra. María Stella Jara Gutiérrez.

Amablemente,

Angélica Vanessa Mejía Serna
Auxiliar Judicial I

De: María Stella Jara Gutiérrez <mariasjg6519@gmail.com>
Enviado: viernes, 26 de abril de 2024 12:41 p. m.
Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Re: Rota Fallo tutela 2ª Instancia Rad. 2024-0682-1, VENCE 3 MAYO

Buenas tardes, Dr. edilberto. De acuerdo con el proyecto.

El vie, 26 abr 2024 a las 9:59, Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín (<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>) escribió:
Cordial saludo,
Dra. María Stella Jara Gutiérrez

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

CONSTANCIA

Medellín, el día veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala de Decisión Penal integrada por los Magistrados Edilberto Antonio Arenas Correa (**quien la preside**), Nancy Ávila de Miranda y María Stella Jara Gutiérrez, de manera virtual estudiaron el (los) proyecto(s) de la referencia, procediendo a emitir su aprobación de manera unánime por medio del correo institucional.

PROCESO : 05761 31 89 001 2024 00033 (2024-0682-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : HÉCTOR EXNEIDER MONTOYA VILLEGAS
ACCIONADO : NUEVA EPS
PROVIDENCIA : FALLO TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Procediendo a emitir su aprobación por medio del correo institucional y en la cual se resolvió lo siguiente:

“...CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia...”

Es de anotar que la aprobación del citado proyecto se realiza de manera virtual, como consta con las aprobaciones realizada por las Magistradas que forman la Sala con este Despacho, y debido a la falla que se presenta la página de la firma electrónica, que en este momento sigue sin funcionar, no permitiendo su acceso para lograr firmar el documento precedente; de ahí que se realice la firma de manera escaneada.

El Suscrito Magistrado


EILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Magistrada Ponente: María Stella Jara Gutiérrez

Radicado: 05887-6000-355-2023-00176 (2024-0722-3)
Referencia: Apelación auto imprueba preacuerdo
Procedente: Juzgado Penal del Circuito de Yarumal
Procesado: CELSO ANDRÉS VELÁSQUEZ OLARTE
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones en concurso con extorsión agravada en grado tentativa
Decisión: Revoca
Aprobada: Acta No. 158, abril 25 de 2024

Medellín, veinticinco (25) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

I. ASUNTO

1. Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, el representante del Ministerio Público y la defensa en contra del auto proferido el 15 de abril de 2024, por cuyo medio el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, resolvió improbar el preacuerdo celebrado entre las partes.

II. HECHOS

2. El 11 de diciembre de 2023, aproximadamente a las 9:50 p.m., en la carrera 10 con calle 9 del municipio de Angostura, Antioquia, CELSO ANDRÉS VELÁSQUEZ OLARTE abordó a Luis Alberto Ramírez Balaguera, identificándose como miembro de las Autodefensas Gaitanistas de

Colombia, y lo constriñó bajo amenaza de muerte para hacer entrega de la suma de \$200.000,00.

3. Ante la negativa del interpelado, se alertó a la Policía Nacional de lo ocurrido, quienes encontraron en los bolsillos delanteros del pantalón de VELÁSQUEZ OLARTE cinco cartuchos calibre 38mm Special, marca Indumil, para arma de fuego de defensa personal tipo revólver, y dos cartuchos calibre 9mm de diferentes lotes para arma de fuego de defensa personal tipo pistola, en buen estado de conservación y funcionamiento, sin que portara permiso para el porte de esta munición.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

4. Por los anteriores hechos, el 13 de diciembre de 2023 se celebró audiencia preliminar bajo la dirección del Juzgado Promiscuo Municipal de Angostura, Antioquia, en donde se legalizó la captura en situación de flagrancia de CELSO ANDRÉS VELÁSQUEZ OLARTE, al tiempo que la Fiscalía le formuló imputación, en calidad de autor, a título de dolo de los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en concurso heterogéneo con extorsión agravada en grado de tentativa, de conformidad con los artículos 365, 244, 245 numeral 3º, y 27 de la Ley 599 de 2000, cargos que no aceptó. En la misma calenda se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

5. El 9 de febrero de la presente anualidad, la Vista Fiscal radicó acta de preacuerdo, mediante el cual se otorgaba, para efectos punitivos, la pena equivalente al cómplice, consistente en cincuenta y cuatro (54) meses de prisión frente al punible contra la seguridad pública, más seis meses por el delito concursal de extorsión agravada en grado de tentativa, para una sanción corporal definitiva de sesenta (60) meses, aclarando que no hubo incremento patrimonial alguno.

6. Asignada la competencia al Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, el 15 de abril siguiente se verbalizó el preacuerdo, precisando que la víctima fue informada del mismo, sin que manifestara oposición y que la pena preacordada de multa¹ sería de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2000 SMLMV), equivalente a la sanción pecuniaria por el delito contra el patrimonio económico.

7. La defensa expuso su conformidad con la negociación, así como el ofendido Luis Alberto Ramírez Balaguera. Acto seguido, el despacho cognoscente le explicó el alcance y consecuencias jurídicas del preacuerdo al imputado, quien a su turno expresó que lo comprendía y había sido debidamente asesorado del mismo². Por su parte, el representante del Ministerio Público encontró ajustada a derecho dicha negociación.

8. Con todo, el juzgado de primera instancia consideró que no podía soslayarse que CELSO ANDRÉS VELÁSQUEZ OLARTE fue capturado en situación de flagrancia, por lo que solamente procedería una rebaja del 12,5%, con mayor razón cuando ya se superó la audiencia de imputación como tal para obtener esa disminución. Adicionalmente, destacó que el delito de extorsión se encuentra excluido de beneficios por vía de preacuerdo, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, por lo que no era posible la disminución de la multa planteada. En consecuencia, no impartió aprobación al preacuerdo.

9. Frente a esta determinación, la Fiscalía, defensa y representante del Ministerio Público interpusieron recurso de apelación, los cuales estudia ahora la Sala.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

10. **Fiscalía.** Solicitó revocar la decisión del *a quo*, en el entendido que el preacuerdo no versó en la simple aceptación de cargos formulados, sino que se degradó su grado de participación para efectos punitivos,

¹ Récord 1 de audiencia del 15 de abril de 2024, minuto 15:30.

² Ib. min. 22:01 a 23:31.

imponiéndosele la pena del cómplice sobre la sanción del ilícito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, al ser el delito más grave. Hizo énfasis en que el reato de extorsión no fue objeto de beneficio alguno, comoquiera que la disminución de la multa correspondió al grado de tentativa en que ocurrió la conducta.

11. **Defensor.** Secundó los argumentos de la agencia fiscal, pues la rebaja punitiva versó sobre el dispositivo amplificador del tipo de la complicidad. Por otro lado, coadyuvó lo manifestado en punto de la ausencia de rebaja por la extorsión, dado que el beneficio se aplicó al delito contra la seguridad pública por ser el más gravoso. Por ende, petitionó revocar el auto del juez de primera instancia.

12. **Ministerio Público.** Estimó que la modalidad de preacuerdos degradados no equivale a una simple aceptación de cargos y, en todo caso, solo pueden ser improbados cuando se vulneren derechos fundamentales o el debido proceso. En ese sentido, el *a quo* incurrió en un yerro en la interpretación de la negociación al aseverar que hubo una rebaja ostensible, además de obviar la ausencia de disminución alguna por negociación sobre el delito de extorsión. De tal suerte, solicitó revocar la decisión adoptada.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

13. **Competencia.** Por virtud de los artículos 34 numeral 1° y 178 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para conocer del presente asunto.

14. **Problema jurídico.** Corresponde a la Sala determinar si es procedente la aplicación del párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el canon 57 de la Ley 1453 de 2011, en los casos en los que, habiendo sido el imputado capturado en flagrancia, la negociación versó sobre los términos de la imputación, conforme al precepto 350 del Estatuto Adjetivo Penal, y adicionalmente, si se incluyó beneficio alguno

por el delito de extorsión agravada tentada, en contravención de la prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

15. Los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso. Los preacuerdos son mecanismos para la terminación anticipada del proceso y constituyen auténticas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas. Son una vía judicial enfocada a la simplificación de los procesos mediante la supresión parcial o total del debate probatorio y argumentativo como producto del consenso entre las partes del proceso³. Así, la figura del preacuerdo constituye una de las principales manifestaciones de justicia premial, de conformidad con el artículo 350 de la ley 906 de 2004.

16. Encuentran su consagración en los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y establece como finalidad de los preacuerdos la humanización de la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, e impone al ente acusador la obligación de observar las directivas y pautas fijadas por la Fiscalía General de la Nación con el fin de aprestar la administración de justicia.

17. Entonces, la fiscalía como titular de la acción penal ostenta la facultad de que tratan los artículos 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, de efectuar preacuerdos con el procesado, pero no es absoluta ni puede contrariar la ley sustantiva, en cuanto se trata de una discrecionalidad reglada.

18. De otro lado, en términos del inciso cuarto del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, los preacuerdos son vinculantes para el juez, excepto cuando se vulneren garantías fundamentales, único evento en el que tiene la facultad de improbarlos.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

19. Desde los albores de la vigencia del sistema penal acusatorio la Corte Constitucional ha reiterado que la aplicación de los preacuerdos no puede desconocer o quebrantar las garantías fundamentales de las partes e intervinientes, como la víctima⁴, en el mismo sentido, se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵.

20. En relación con el tema esbozado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia llevó a cabo un estudio de la sentencia SU – 479 de 2019, emitida por la Corte Constitucional en punto de los preacuerdos y como consecuencia de ello estableció unas reglas aplicables al verificar la legalidad de la negociación. Sobre la materia indicó⁶:

“Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales. Tercero. En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad (...).”

⁴ Ver sentencias C-1260 de 2005, C-516 de 2007 y C-059 de 2010, entre otras.

⁵ Sentencia del 15 de octubre de 2014, Radicado: 42.184, SP13939-2014; sentencia del 25 de mayo de 2016, Radicado: 43.837, SP6808-2016.

⁶ Sentencia del 24 de junio de 2020, SP2073-2020, Radicación: 52.227.

21. La postura jurisprudencial de antaño, de acuerdo con la cual para improbar los preacuerdos se tenía como fundamento exclusivo el momento procesal en que se realizaban⁷, en aplicación de la normatividad que regula la rebaja punitiva en el allanamiento a los cargos⁸, fue reexaminada por la Corte y como consecuencia de ello moduló la interpretación de la jurisprudencia teniendo en cuenta las diferentes modalidades de negociación.

22. Así, indicó, cuando se trata de la variación o readecuación típica con fines estrictamente punitivos, como la eliminación de un agravante o si se degrada la forma de participación, por ejemplo de autor a cómplice, no hay lugar a aplicar la normatividad que regula las rebajas punitivas contenida en los artículos 351 y 352, en cuanto se relaciona solamente al momento procesal en que se cumple la aceptación de cargos e incumbe al juez de conocimiento determinar si el beneficio concedido en el preacuerdo resulta desproporcionado.

23. Debido a lo cual, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la rebaja punitiva acordada partirá de los hechos jurídicamente relevantes y dependerá de la ponderación en cada caso concreto de varios parámetros, como el momento en que se realiza la negociación, es decir, si es pronta o tardía, el daño causado, su reparación, el arrepentimiento del acusado y la colaboración en el esclarecimiento de los hechos, entre otros, aspectos orientadores que hagan razonable los términos del acuerdo presentado y su consecuente aprobación.

24. Otro tema relacionado con las terminaciones anticipadas del proceso, también ya decantado, es el concerniente a la potestad que ostenta el funcionario judicial para la dosificación de la pena en materia de preacuerdos, cuestión que no merece dificultad cuando de allanamiento a cargos se trata, pues en todos los casos el fallador para efectos de determinar la pena a imponer debe acudir a los artículos 60 y 61 del código penal.

⁷ Auto del 30 de enero de 2022, radicado 50001 60 00 000 2021 00131 01.

⁸ De acuerdo con los artículos 351 y 352 de la ley 906 de 2004.

25. En materia de preacuerdos: (i) la pena puede ser objeto de convenio entre las partes, tal como lo prevé el artículo 351 en su inciso segundo del código de procedimiento penal de 2004, cuando indica que, también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. En estos eventos el juez, tras considerar legal la pena acordada y aprobado el preacuerdo debe imponer esa sanción, la negociada, pues le resultaría vinculante.

26. (ii) En otras ocasiones la forma de preacuerdo establecida por las partes no implica una definición de la pena, entonces el juez en su rol debe asumir tal función y determinar la pena a imponer para dicho evento. Es decir, si la negociación no comprende un arreglo sobre la pena a imponer, deberá dosificar la pena para lo cual deberá aplicar el procedimiento que para individualizar la pena establece los artículos 60 y 61 del código penal.

27. De otra parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que cuando se varía la calificación jurídica con el único objetivo de disminuir la pena, **no se debe tener en cuenta la proporción de rebaja prevista en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en caso de flagrancia**. Sobre el particular, la citada Corporación en la sentencia SP16933 de 2016 con radicado 46732 expresó:

«Lo anterior significa que, pese a que el imputado haya sido capturado en flagrancia, si éste celebra con la Fiscalía un preacuerdo de la naturaleza recién mencionada –no sobre los hechos imputados y sus consecuencias-, sino sobre los términos de la imputación, no está sometido al referido descuento de una cuarta parte sobre el porcentaje autorizado por la ley, según se trate de cada una de las fases en que puede llegarse al acuerdo, sino a la rebaja que resulte de la negociación de dicha imputación jurídica, en cualquiera de sus vertientes -la eliminación de «alguna causal de agravación punitiva» o de «algún cargo específico» (artículo 350, inciso segundo, numeral primero), la tipificación de la conducta «de una forma específica con miras a disminuir la pena» (artículo 350, inciso segundo, numeral segundo)-»

28. Criterio también analizado por la Alta Corporación en sentencia SP-2168-2016⁹ con radicado 45.736 así:

"Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que «obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales».

Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima..."¹⁰(Subrayas fuera del texto original).

Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado.

La amplitud del ámbito propicio a una negociación podría explicarse en que lo pretendido por parte del imputado o acusado es una reducción de las condignas sanciones o consecuencias de su delito y como son múltiples los fenómenos condicionantes de las mismas, se torna complejo el tratamiento de este tema, aunque suele superarse tal obstáculo recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva.

⁹ Radicado 45.736.

¹⁰ Sentencia del 20 de octubre de 2010, radicación No. 33478. En igual sentido, sentencias del 10 de mayo de 2006 y 22 de junio de 2006, bajo los radicados No. 25389 y No. 24817, respectivamente.

Ello es así, en razón a que uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el nuevo sistema procesal, sin descuidar el respeto absoluto por la defensa y el debido proceso, fue el de procurar otorgar celeridad al proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto, que obedece a los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2° de la Constitución Política.

5.3 Lo que parece incomodar al Tribunal es que, no obstante, la captura en flagrancia de los procesados se haya preacordado degradar su forma de participación y la consecuente imposición de una pena que conlleva una rebaja en monto superior al previsto en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, según la modificación introducida por el 57 de la Ley 1453 de 2011.

Tal entendimiento es equivocado y si bien en algunas decisiones de tutela adoptadas por esta Corporación¹¹, se ha llegado a similar conclusión, consistente en que en casos de flagrancia la mengua a convenir no puede ser superior a la contemplada en la última norma citada, es esta la oportunidad para hacer las precisiones correspondientes.

Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, Título II, Capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 ibidem. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el párrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011.

Así se desprende con nitidez de la sentencia adoptada en sede de control abstracto por la Corte Constitucional CC C-645/12, en la que se declaró exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley indicada «en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe

¹¹ STP17226-2014, STP3646-2015 y STP10043-2015, radicados 76549, 78742 y 80476.

extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.

En las conclusiones de esa decisión, se consignó:

La Corte Constitucional entonces declarará exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución del beneficio punitivo en una cuarta (1/4) parte allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos donde se permite la discrecionalidad por parte de los operadores judiciales.

Al respecto, es imperativo resaltar que la aplicación en sentido amplio de la norma demandada, respete los parámetros originalmente establecidos en la Ley 906 de 2004, cuando la terminación anticipada del proceso ocurra en una etapa distinta a la formulación de la imputación, y reconozca el margen que le es propio tanto a la Fiscalía para poder negociar, como al juez para fijar discrecional pero razonadamente la pena acorde con la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado.

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

*Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste– una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del párrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. **Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena***

será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia...” (Negrillas fuera del texto).

29. Finalmente, vale decir que en reciente decisión de tutela del Alto Tribunal de lo Penal, si bien no se abordó este caso en particular, sí se estableció que la suscripción de un preacuerdo que incluye un dispositivo amplificador o degrada la forma de participación, debe mantener la pena negociada, incluso si el descuento conferido es superior al máximo permitido en la fase procesal, pues *“dicha rebaja no es ilegal, debido a que corresponde a la autorizada por ley dada la modalidad de preacuerdo”*¹².

30. **Caso en concreto.** Realizadas las anteriores precisiones, se tiene que el legislador habilitó la realización de negociaciones desde la formulación de cargos hasta antes de presentarse el escrito de acusación, cuando recaiga sobre los términos de la imputación, en la cual el imputado se declara culpable del delito endilgado a cambio de, entre otras, tipificar la conducta de forma específica con miras a disminuir la pena (artículo 350 Ley 906 de 2004).

31. En el presente asunto, la Vista Fiscal celebró preacuerdo escrito con CELSO ANDRÉS VELÁSQUEZ OLARTE y su defensor, sustentándolo en audiencia del pasado 15 de abril de 2024, en el que el imputado aceptaba su responsabilidad como autor de los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en concurso heterogéneo con extorsión agravada en grado de tentativa y, a cambio, únicamente para efectos punitivos, se le reconocería la rebaja del 50% equivalente a la complicidad, solo frente al primero de los punibles.

32. Surgió, sin embargo, el interrogante respecto a si debía darse aplicación o no al parágrafo del canon 301 del estatuto procesal penal, adicionado por el precepto 57 de la Ley 1453 de 2011, según el cual:

¹² STP4560-2024, 12 mar. 2024, rad. 136006.

«la persona que incurra en las causales anteriores [es decir, las que configuran situaciones de flagrancia] sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004».

33. Para dar respuesta a ello, basta remitirse a los derroteros jurisprudenciales considerados en líneas anteriores, por lo que se advierte sin discusión alguna que el *A quo* erró al improbar el preacuerdo celebrado entre las partes, máxime cuando se verificó que el procesado comprendió sus consecuencias jurídicas y manifestó no haber sido coaccionado, contando con la asistencia de su abogado defensor, a más que se estableció la existencia de prueba mínima de los ilícitos y el aval de la víctima.

34. Y es que de ninguna manera la rebaja pactada es desproporcional, según se extrae del mismo artículo 350 *ibidem*, el cual habilita una disminución hasta de la mitad de la pena imponible, concordante con la postura del Alto Tribunal Penal:

*(...) por ello, razonadamente el legislador entendió que la rebaja punitiva, acorde con la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinda el imputado que de manera consensuada acepta cargos antes de ser presentado el escrito de acusación, debe ser hasta de la mitad de la pena imponible (artículo 351 CPP), mientras que aquel que lo hace con posterioridad a dicho acto procesal, se hace merecedor tan solo a una tercera parte (artículo 352 *ibidem*). (Texto original en negrilla)¹³*

35. Así las cosas, resulta desacertada la decisión de primera instancia, en atención a que la negociación celebrada entre la fiscalía y la defensa se llevó a cabo respecto de la tipicidad, degradando la forma de participación de autor a cómplice. Por lo tanto, tratándose de preacuerdos con variación típica con fines estrictamente punitivos, verbigracia cuando se elimina un agravante o se degrada la forma de participación, no aplican, con el fin de determinar la rebaja punitiva contenida en el acuerdo, los artículos 351 y 352, e incumbe al juez establecer si el beneficio concedido en el preacuerdo resulta desproporcionado, juicio de razonabilidad que se

¹³ AP2781-2020, 21 oct. 2020, rad. 58316, citando a su vez CSJ AP, 16 ago. 2017. Rad. 46507.

concreta en los hechos jurídicamente relevantes y pende de la ponderación de circunstancias como el momento procesal en que se efectúa la negociación, el daño ocasionado, su resarcimiento, el arrepentimiento del acusado y la colaboración en el esclarecimiento de los hechos, lo cual hacen moderado los términos del acuerdo presentado.

36. Por otra parte, tampoco le asiste razón al *A quo* en cuanto a que se soslayó la exclusión de beneficios y subrogados del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, pues claramente el preacuerdo escrito y verbalizado se centra en la rebaja del 50% del delito base, que para el caso en concreto es el atentatorio contra la seguridad pública. A él se sumaron seis meses por el punible concursal, esto es, la extorsión agravada en grado de tentativa, sin que el ente acusador haya aplicado rebaja alguna a ese monto.

37. Respecto a la pena de multa, véase que el artículo 244 del Código Penal oscila esta sanción en 800 a 1800 SMLMV, pero dado su agravante del artículo 245 numeral 3º *ejusdem*, la multa incrementa de 4000 a 9000 SMLMV. Con todo, los hechos jurídicamente relevantes y su correspondiente imputación contemplan que el comportamiento extorsivo no se consumó, lo que equivale a una tentativa. Por lo tanto, la sanción de multa específicamente fluctuará entre los 2000 y 6750 SMLMV, no por cuenta de rebaja punitiva con miras a un preacuerdo, sino porque así lo establece el legislador para esta situación fáctica (art. 27 ib).

38. Por lo tanto, se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar, se impartirá aprobación al preacuerdo celebrado entre las partes, devolviendo la actuación al despacho cognoscente para continuar con el respectivo trámite, no sin antes hacer un llamado al juez *A quo* para que en futuras oportunidades realice un cuestionamiento más exhaustivo sobre la decisión de aceptación de cargos de los procesados, en estricto cumplimiento del artículo 131 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el auto proferido el 15 de abril de 2024, por cuyo medio el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, improbo el preacuerdo celebrado por las partes; en su lugar, se imparte aprobación a la negociación.

SEGUNDO.- DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para que se continúe con el trámite pertinente.

Se informa que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase,

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado
Salva voto

(firma electrónica)
JOHN JARIO ORTIZ ALZATE
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Salvamento De Voto

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: **0df999a634a78f70cf30d6fd0526d29341250d8607bd761da41f9f93cd95a3d5**

Documento generado en 29/04/2024 10:29:06 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa procederé a enunciar las razones que me llevan apartarme de la decisión de mis compañeros de Sala de revocar la decisión de primera instancia y aprobar el acuerdo:

- 1- El párrafo del artículo 301 del C.P.P. está vigente. Tal artículo remite la restricción de la rebaja de pena en casos de flagrancia al artículo 351 del C.P.P. La disposición del 301 no remite a *una o alguna* de las modalidades de terminación anticipada del proceso contenidas en el artículo 351, su restricción *cobija todas* las modalidades allí previstas.
- 2- A pesar de que en dos decisiones del año 2016¹ la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia realizó una interpretación, en el sentido de que la restricción del artículo 301 solo estaba dirigida a los allanamientos y a los preacuerdos en que la rebaja se determinara por el momento procesal, estas decisiones no explicaron de forma detallada del porqué el intérprete puede realizar una distinción no prevista por el legislador.
- 3- Tal interpretación, no ha sido consistente por parte del Alto Tribunal en lo penal, dado que, posteriormente, en la decisión 47675 de 2019

¹ 46732 de 2016 y 45736 de 2016

explicó de forma explícita, que la concesión de la rebaja de hasta un 50% de la pena no era posible dado que desconocía la restricción del párrafo del artículo 301, tratándose de un acuerdo que varió la forma de participación de autor a cómplice sin base fáctica.

4- Así lo propuso la Corte en la última decisión que se cita:

“(…) lo que le permite a la Sala proceder al examen de los cargos formulados en la demanda de casación, previa las siguientes aclaraciones.

La captura en flagrancia limitaba las rebajas punitivas en los términos del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 —modificado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011—, toda vez que luego de ingresar en compañía de dos sujetos más a hurtar en un local comercial, lugar en el cual hirieron gravemente a uno de los dependientes, RINCÓN BERNAL fue aprehendido en la Avenida la Esperanza con carrera 87, en el vehículo taxi de placas VDK-867 que se movilizaba, hallando en su poder un revólver marca Smith & Wesson, la fiscalía en el preacuerdo le atribuyó jurídicamente una participación accesoria como cómplice.

A pesar del yerro de la Fiscalía **por no haber tenido en cuenta la flagrancia en la celebración del preacuerdo**, lo cierto es que tal circunstancia no es un problema de estricta tipicidad de las conductas ejecutadas y por las que se juzga al procesado.

De otra parte, adicional a lo señalado anteriormente, la legalidad y eficacia del preacuerdo no se puede desconocer en esta sede ni admitirse su cuestionamiento porque **la Fiscalía no tuvo en cuenta para el preacuerdo la captura de flagrancia**, pues quienes tenían interés jurídico en reclamar no lo hicieron en su oportunidad, además, como el procesado y su defensor son los únicos recurrentes, **no es**

admisible desconocer la prohibición de la *no reformatio in peius*, garantía constitucional en favor del procesado que en este caso resulta inquebrantable y que la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido en forma pacífica y uniforme" (negritas no originales).

- 5- La sentencia C-645 de 2012² hace relación a que el legislador consideró necesario que, en los casos de flagrancia, la rebaja por razón de la aceptación de cargos vía preacuerdos, no tengan el mismo ámbito de rebaja de pena respecto de aquellos que no fueron capturados en esa situación, dado que el esfuerzo investigativo se reduce ampliamente y el aporte realizado por quien acuerda es considerado mínimo. Esta razón ofrecida por el legislador es invariable en relación con cualquier tipo de preacuerdo de los consagrados en el artículo 351. De tal forma que la interpretación de la que me aparto crea una especie de privilegio injustificado a quien siendo capturado en flagrancia opta por la vía de acudir a cierto tipo de adecuación típica, frente a aquel que en las mismas condiciones decide acordar por la rebaja prevista en la ley. El resultado es la escogencia estratégica de una interpretación normativa, alejada de los criterios que inspiraron la figura en el legislador, con el fin de obtener mayores beneficios estando en la misma situación fáctica de flagrancia, que ameritó la restricción normativa.

En estos términos dejó planteado mi desacuerdo con el proyecto aprobado.

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

² El alcance que le dio la Sala Penal de la CSJ al párrafo del artículo 301 en la decisión 45736 de 2016 fue interpretativo y no tomada directamente de la decisión de la Constitucional 2016 de la sentencia C-645 de 2012

Firmado Por:
Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **b03e866c35e53f043b3c5f36c96a221341c1146d175468aacd7a31e504d1dfa0**

Documento generado en 25/04/2024 02:26:23 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 091

PROCESO : **05000-22-04-000-2024-00253 (2024-0764-1)**
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : DEIBY ALEJANDRO HERNÁNDEZ MENESES
ACCIONADO : JUZGADO QUINTO DE EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA Y
OTROS
PROVIDENCIA : FALLO PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor DEIBY ALEJANDRO HERNÁNDEZ MENESES en contra del JUZGADO QUINTO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA.

Se vinculó de manera oficiosa al CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, el JUZGADO CUARTO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA y al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE CIUDAD BOLÍVAR, ANTIOQUIA.

LA DEMANDA

Indicó el accionante que hace más de dos meses solicitó su libertad condicional y a la presentación de la acción de tutela no ha recibido

respuesta alguna.

LAS RESPUESTAS

1.- El Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Ciudad Bolívar, Antioquia, indicó que el 16 de febrero de 2024 envió solicitud de libertad condicional al correo del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y de igual manera al correo de memoriales ejecución de penas de Antioquia, así mismo le fue entregado al condenado una constancia del envío de la solicitud.

Solicitó se desvincule de la acción de tutela.

2.- El Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia expresó que esa oficina judicial al citado le vigila la sentencia que le fue impuesta por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de Medellín con Funciones de Conocimiento, bajo el CUI 05001 60 00000 2022 01079, donde fue condenado a la sanción principal de 25 meses y 6 días de prisión, al ser hallado responsable de la conducta punible de extorsión agravada tentada, proceso instruido por la Fiscalía 175 Local; en el laudo, le negaron la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el beneficio de la prisión domiciliaria.

Indicó que a esa agencia judicial por reasignación correspondió vigilar esa causa del señor Hernández Meneses, por lo que el 23 de abril de 2024 a través del auto 0219, le negó el subrogado de la libertad condicional por expresa prohibición legal del artículo 26 Ley 1121 de 2006, mismo que está en proceso de notificación una vez cumpla con la comisión solicitada al Establecimiento Penitenciario de Mediana

Seguridad y Carcelario de Bolívar – Antioquia.

Solicitó declarar la carencia de objeto por hecho superado.

3.- El Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia indicó que una vez revisado el sistema de gestión siglo XXI, al señor Hernández Meneses le aparece el proceso identificado con CUI 05001 60 00000 2022 01079 02 y NI 2024A5-0126 que está siendo vigilado la sentencia por el Juzgado 05 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por haber sido sentenciado el 06 de septiembre de 2023, por el Juzgado 34 Penal Municipal de Conocimiento de Medellín - Antioquia por el delito tentativa de extorsión agravada, a una pena de 25 meses y 6 días de prisión, con interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la condena y sin derecho a la suspensión condicional de la pena, ni la prisión domiciliaria y por ese proceso se encuentra actualmente detenido.

Señaló que el proceso se radico el 29 de enero de la presente anualidad al Juzgado 3 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y el 16 de febrero de 2024, el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Ciudad Bolívar, allegó solicitud de libertad condicional, la cual ese Centro de Servicios radicó y envió en el reparto del 19 de febrero.

Afirmó que, para el 11 de marzo de la presente anualidad, y merced al acuerdo CSJANT24-23 del 31 de enero de 2024, mediante el cual redistribuye los procesos que pasaran al recientemente creado Juzgado 5 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de

Antioquia, ordenó el enviar del proceso por competencia a ese despacho, para cambio de ponente, orden que se hizo efectiva el 22 de marzo de 2024.

Manifestó que el Señor Deiby Alejandro, allegó recordatorio de la solicitud de libertad condicional, el 26 de marzo de la presente anualidad, la cual es enviada a despacho el 26 de marzo, días que corresponden al martes santo.

Dijo que el 9 de abril de 2024, el Juzgado 5 de EPMS de Antioquia, avocó conocimiento de la vigilancia de la pena por reasignación y mediante interlocutorio 0219 del 23 de abril de 2024, negó la solicitud de libertad condicional al señor Deiby Alejandro Hernández Meneses.

Expresó que ese Centro de Servicios ha actuado ceñido a sus funciones y sin violentar ningún tipo de derecho al señor sentenciado, solicitó ser desvinculados de la acción constitucional.

LAS PRUEBAS

1.- El Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Ciudad Bolívar, Antioquia anexó copia del envío al correo electrónico memorialespmsant@cendoj.ramajudicial.gov.co con fecha 16/02/2024 con el asunto "SOLICITUD DE LIBERTAD CONDICIONAL PPL HERNANDES MENESES DEIBY ALEJANDRO EPMSC CIUDAD BOLIVAR", copia de la solicitud.

2.- El Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia adjuntó copia del auto N° 0219 del 23 de abril de 2024 donde niega la libertad condicional, copia oficio 0303 del 23 de abril de

2024 dirigido al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y
carcelario Bolívar Antioquia.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces para obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, cuando existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

Así que, en términos generales, la acción de tutela ha sido concebida única y exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para las cuales el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

En orden a resolver la presente acción, la Sala reitera una vez más que la tutela, por su carácter residual y subsidiario, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, no es procedente cuando se cuente con otro mecanismo de defensa judicial.

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar

*lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución 'está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.'*¹

Frente a la mora judicial, ya la H. Corte Suprema de Justicia², hizo un análisis jurisprudencial respecto del pronunciamiento emitido por el máximo órgano Constitucional, en donde se estableció que:

"Otro tanto ha manifestado la Corte Constitucional sobre el asunto en comento, puesto que, entre otros pronunciamientos, ha precisado que 'respecto de la mora judicial, tal como la ha entendido esta Corte, viola el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia cuando la dilación en el trámite de una actuación es originada no en la complejidad del asunto o en la existencia de problemas estructurales de exceso de carga laboral de los funcionarios, si no en la falta de diligencia y en la omisión sistemática de sus deberes por parte de los mismos. Por lo anterior, la Sala procederá a estudiar cuál ha sido la posición de la Corte al respecto.

*"6.- En sentencia T-1154 de 2004, la Corte indicó que de los postulados constitucionales se sigue **el deber de todas las autoridades públicas de adelantar actuaciones y resolver de manera diligente y oportuna los asuntos sometidos a ella.** En ese sentido, la dilación injustificada y la inobservancia de los términos judiciales pueden conllevar la vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En este caso, la Sala señaló, que si el ciudadano no cuenta con un medio de defensa eficaz a su alcance, y está frente a la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente para proteger sus derechos fundamentales. Finalizó argumentando que 'De lo anterior se infiere que a fin de que proceda la acción de tutela, es indispensable que determinada dilación o mora judicial sean injustificadas, pues el mero incumplimiento de los términos dentro de un proceso, no constituye per se una violación al debido proceso [Ver sentencia T-604 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz], salvo que el peticionario se encuentre ante un perjuicio irremediable. Así entonces, la mora judicial sólo se justifica si la autoridad correspondiente, a pesar de actuar con diligencia y celeridad, se encuentra ante situaciones 'imprevisibles e ineludibles', tal como, el exceso de trabajo, que no le permitan cumplir con los términos señalados por la ley. De lo expuesto se concluye que constituye una violación de los derechos*

¹ Σεντενχια T-625 δε 2000.

² Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. No Exp. T. No. 11001 02 03 000 2011 01853 -00 del 20 de septiembre de 2011.

fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, aquella denegación o inobservancia de los términos procesales que se presenten sin causa que las justifiquen o razón que las fundamenten.

“De igual manera, en sentencia T-258 de 2004, la Corte señaló que prima facie, dada la subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, no puede el Juez constitucional inmiscuirse en el trámite de un proceso adoptando decisiones o modificando las ya existentes en el curso del mismo. Lo anterior vulneraría, de conformidad con el fallo, los principios de autonomía e independencia de las funciones consagradas en los artículos 228 y 230 superiores. No obstante lo anterior, indicó la providencia que es procedente la solicitud de amparo cuando la demora en la resolución del caso no tiene justificación, el peticionario no cuenta con otro medio de defensa eficaz y, además, el mismo está ante la inminencia de un perjuicio irremediable. Concluyó entonces la Sala que la acción de tutela no procede automáticamente ante el incumplimiento de los plazos legales por parte de los funcionarios, sino que debe acreditarse también que tal demora es consecuencia directa de la falta de diligencia de la autoridad pública.”

“En sentencia T-1226 de 2001, se reiteró que la mora judicial en hipótesis como la excesiva carga de trabajo está justificada y, en consecuencia, no configura denegación del derecho al acceso a la administración de justicia. De conformidad con esta decisión, al analizar la procedibilidad de la acción de tutela por mora judicial, el juez constitucional debe determinar las circunstancias que afectan al funcionario o despacho que tiene a su cargo el trámite del proceso. [...]” (Sentencia T-357 de 10 de mayo de 2007, subrayado fuera del texto).

En el presente caso, el señor DEIBY ALEJANDRO HERNÁNDEZ MENESES considera que se le están vulnerando los derechos fundamentales, por cuanto no se ha dado respuesta de fondo a la solicitud de libertad condicional.

Al respecto se advierte que el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia indicó que mediante el auto 0219 del 23 de abril de 2024, negó la libertad condicional al accionante por prohibición legal, mismo que está en proceso de notificación una vez se cumpla con la comisión solicitada al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Bolívar –Antioquia.

Como bien puede observarse, frente a la petición que estaba pendiente ante el Juzgado Ejecutor que reclama el accionante, el

Juzgado se ha pronunciado mediante el auto interlocutorio N° 0219 del 23 de abril de 2024, donde negó la libertad condicional al actor, decisión que fue enviada al correo electrónico jurídica.epcbolivar.noroeste@inpec.gov.co entidad en la cual se encuentra privado de la libertad; adicionalmente, se evidencia en la carpeta digital que dicha notificación fue entregada satisfactoriamente el 24 de abril de 2024, por lo que hoy en día la entidad accionada ha resuelto lo peticionado, por lo que no se podría decir que la entidad accionada esté vulnerando algún derecho fundamental del accionante.

Es claro y la propia jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la petición de amparo ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir objeto jurídico sobre el cual proveer. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

En este orden de ideas, en sentencia T-352 de 2006, la Corte Constitucional recordó que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

Así las cosas, al observar la Sala que la entidad accionada ya emitió la respuesta a la solicitud requerida por el actor, no le queda más

remedio que declarar que se está ante un hecho superado, y en tal sentido, negar las pretensiones de éste por carencia de objeto actual.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la pretensión de tutela elevada por el señor DEIBY ALEJANDRO HERNÁNDEZ MENESES en contra de las ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADAS, **pues se está ante un hecho superado**, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de no presentarse ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado



NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Aprobación de Proyecto por parte de la Magistrada Dra. Nancy Ávila de Miranda

Re: Rota Fallo Tutela 1ª Instancia Rad. **2024-0764-1**, VENCE 03 MAYO

Respondió el Vie 26/04/2024 12:11 PM.

Nancy Ávila De Miranda
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa

Iniciar respuesta con: [Muchas gracias.](#) [Recibido, gracias.](#) [Gracias.](#)

Buenas tardes. Apruebo proyecto tutela primera instancia Rad. **2024-0764-1**.

Obtener [Outlook para Android](#)

From: Edilberto Antonio Arenas Correa <earenasc@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Sent: Thursday, April 25, 2024 4:05:49 PM
To: Nancy Ávila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Subject: RV: Rota Fallo Tutela 1ª Instancia Rad. **2024-0764-1**, VENCE 03 MAYO

Doctoras
NANCY AVILA DE MIRANDA
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistradas
Sala de Decisión Penal
Tribunal Superior de Antioquia

Siguiendo el ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, emitido por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en su artículo 2°, que consagra:
"Artículo 2. ()"

Aprobación de Proyecto por parte de la Magistrada Dra. María Stella Jara Gutiérrez

RE: Rota Fallo Tutela 1ª Instancia Rad. **2024-0764-1**, VENCE 03 MAYO

Respondió el Vie 26/04/2024 1:40 PM.

D Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa

T2024-0764(SNT1) Petición a...
83 KB

Iniciar respuesta con: [Muchas gracias.](#) [Recibido, gracias.](#) [Muchas gracias por su colaboración.](#)

Cordial saludo,

Informo conformidad con el proyecto de la referencia por parte de la Dra. María Stella Jara Gutiérrez.

Amablemente,

Angélica Vanessa Mejía Serna
Auxiliar Judicial I

De: María Stella Jara Gutiérrez <mariasj6519@gmail.com>
Enviado: viernes, 26 de abril de 2024 12:35 p. m.
Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín (<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>)
Asunto: Re: Rota Fallo Tutela 1ª Instancia Rad. **2024-0764-1**, VENCE 03 MAYO

Dr. Edilberto, buenas tardes. De acuerdo con el proyecto.

El jue, 25 abr 2024 a las 16:58, Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Medellín (<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>) escribió:

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

CONSTANCIA

Medellín, el día veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala de Decisión Penal integrada por los Magistrados Edilberto Antonio Arenas Correa (**quien la preside**), Nancy Ávila de Miranda y María Stella Jara Gutiérrez, de manera virtual estudiaron el (los) proyecto(s) de la referencia, procediendo a emitir su aprobación de manera unánime por medio del correo institucional.

PROCESO : 05000-22-04-000-2024-00253 (2024-0764-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : DEIBY ALEJANDRO HERNÁNDEZ MENESES
ACCIONADO : JUZGADO QUINTO DE EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA Y
OTROS
PROVIDENCIA : FALLO PRIMERA INSTANCIA

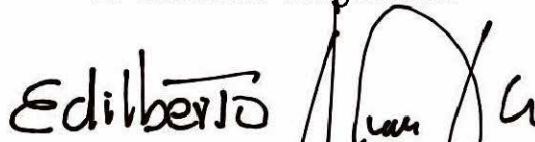
Procediendo a emitir su aprobación por medio del correo institucional y en la cual se resolvió lo siguiente:

“...PRIMERO: NEGAR la pretensión de tutela elevada por el señor DEIBY ALEJANDRO HERNÁNDEZ MENESES en contra de las ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADAS, **pues se está ante un hecho superado**, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de no presentarse ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.”

Es de anotar que la aprobación del citado proyecto se realiza de manera virtual, como consta con las aprobaciones realizada por las Magistradas que forman la Sala con este Despacho, y debido a la falla que se presenta la página de la firma electrónica, que en este momento sigue sin funcionar, no permitiendo su acceso para lograr firmar el documento precedente; de ahí que se realice la firma de manera escaneada.

El Suscrito Magistrado



EILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado