

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 158

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2022-1115-1	Tutela 2ª instancia	RAMIRO ANTONIO BUSTAMANTE BERRÍO	NUEVA EPS Y OTRO	Confirma fallo de 1ª instancia	Septiembre 06 de 2022
2022-1262-1	Consulta a desacato	MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ POSADA	NUEVA EPS Y OTRO	confirma sanción impuesta	Septiembre 06 de 2022
2022-1214-1	Tutela 1ª instancia	JUAN MARIO TOBÓN VILLA	FISCALÍA 58 SECCIONAL DE RIONEGRO Y OTROS	Niega por hecho superado	Septiembre 06 de 2022
2020-1125-1	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTRO	HÉCTOR ALONSO ARANGO LONDOÑO Y OTRO	Fija fecha de publicidad de providencia	Septiembre 06 de 2022
2022-1278-1	Decisión de Plano	LESIONES PERSONALES	NAUFAL BENITO VALOYES HURTADO	Resuelve conflicto de competencia	Septiembre 06 de 2022
2019-0605-4	Sentencia 2ª instancia	TRAFICO DE MIGRANTES Y OTRO	JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ Y OTROS	Confirma sentencia de 1ª instancia	Septiembre 06 de 2022
2022-0890-6	Acción de Revisión	LUIS ALBERTO PRISCO AGUDELO	JUZGADO SEGUNDO ADJUNTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA	Abre periodo probatorio	Septiembre 06 de 2022

FIJADO, HOY 07 DE SEPTIEMBRE DE 2022, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cinco (05) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 182

PROCESO	: 05809-31-89-001-2022-00054 (2022-1115-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: RAMIRO ANTONIO BUSTAMANTE BERRÍO
AFECTADA	: ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS
ACCIONADO	: NUEVA EPS
PROVIDENCIA	: FALLO SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Apoderada Especial de la NUEVA EPS contra la sentencia del 29 de julio de 2022, a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí (Antioquia) decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por el señor RAMIRO ANTONIO BUSTAMANTE BEERÍO en favor de su hija menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, los cuales venían siendo vulnerados por parte de la entidad accionada.

LA DEMANDA

El accionante argumentó que su hija se encuentra afiliada a la NUEVA EPS en el régimen contributivo en calidad de beneficiaria, que es una paciente que presenta los diagnósticos de PARÁLISIS CEREBRAL ESPECÍFICA (G800), ENCEFALOPATIA NO ESPECIFICADA (G934), EPILEPSIA TIPO NO ESPECIFICADO (G409), GASTROSTOMIA (Z931), DESNUTRICIÓN PROTEICOCALÓRICA NO ESPECIFICADA (E46X), ATENCION DE GASTROSTOMIA (Z931) Y TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION (F412).

Indicó que, debido a los diagnósticos que presenta la menor paciente, el médico tratante le ha ordenado los servicios médicos asistenciales y el suministro de medicamentos, tales como: 1) cada seis meses requiere cambio de BOLSA O SONDA PARA ALIMENTACIÓN POR GASTROSTOMÍA. 2) Medicamentos denominados: ACETAMINOFEN 500MG+CAFEINA 65MG TABLETA EN CANTIDAD E 270, PREGABALINA 20MG/ML SOLUCION ORAL FRA 105 ML/AMB/REG Cantidad: 3; ACETAMINOFEN TABLETA DE 500 MG EN CANTIDAD DE 180, LEVETIRACEPAM SL ORAL 100 MGS/300 M-SLN ORAL, TOMAR 10 CENTIMETRO CUBICO CADA 12 HORAS POR 180 MAS; VIA ORAL, CANTIDAD 2; RISPERIDONA 1 MG/CC-SLN ORAL TOMAR 1 CENTIMETRO CUBICO, CADA 12 HORAS POR 180 DIAS, VIA ORAL, CANTIDAD 3.

Solicitó que se ordene el SERVICIO DE TRANSPORTE EN VEHÍCULO ESPECIAL para la menor paciente y su acompañante desde el Municipio de Titiribí hacia Medellín y viceversa, teniendo en cuenta su patología y certificado de discapacidad por lo que es necesario que se desplace con acompañante y en vehículo especial.

Adujo que los medicamentos prescritos a la menor y relacionados, no son suministrados por la EPS accionada, situación está que agrava cada día más el delicado estado de salud de su hija, pues esos son de vital importancia para lograr así darle una mejor calidad de vida.

Mencionó que se ordene a la NUEVA EPS de manera urgente y prioritaria los servicios médicos, medicamentos y otras prestaciones asistenciales tales como: 1) cada seis meses requiere cambio de BOLSA O SONDA PARA ALIMENTACIÓN POR GASTROSTOMÍA; 2) Medicamentos denominados ACETAMINOFEN 500MG+CAFEINA 65 MG TABLETA EN CANTIDAD DE 270, PREGABALINA 20MG/ML SOLUCION ORAL FRA 105 ML/AMB/REG Cantidad: 3; ACETAMINOFEN TABLETA DE 500 MG EN CANTIDAD DE 180, LEVETIRACEPAM SL ORAL 100 MGS/300 M-SLN

ORAL, TOMAR 10 CENTIMETRO CUBICO CADA 12 HORAS POR 180 MAS; VIA ORAL, CANTIDAD 2; RISPERIDONA 1 MG/CC-SLN ORAL TOMAR 1 CENTIMETRO CUBICO, CADA 12 HORAS POR 180 DIAS, VIA ORAL, CANTIDAD 3.

Expresó que igualmente, se ordene el SERVICIO DE TRANSPORTE EN VEHÍCULO ESPECIAL para la paciente y su acompañante desde el municipio de Titiribí hacia Medellín y viceversa, teniendo en cuenta su patología y certificado de discapacidad por lo que es necesario que se desplace con acompañante y en vehículo especial.

Por último, solicitó que se conceda el TRATAMIENTO MÉDICO INTEGRAL necesario y que se desprenda de su patología como exámenes, diagnósticos, procedimientos médicos y especialistas con el objeto de no presentar tutela cada evento relacionado con los siguientes diagnósticos: PARALISIS CEREBRAL ESPECIFICA (G800), ENCEFALOPATIA NO ESPECIFICADA (G934), EPILEPSIA TIPO NO ESPECIFICADO (G409), GASTROSTOMIA (Z931), DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA NO ESPECIFICADA (E46X), ATENCIÓN DE GASTROSTOMIA (Z931) Y TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION (F412).

LA RESPUESTA

1.- La NUEVA EPS por medio del apoderado judicial informó que frente a la solicitud de autorización de servicios médicos, la Nueva EPS se encuentra en revisión del caso con el área encargada para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación, en caso se encuentre en curso alguna solicitud anterior ante nuestra entidad. Aclara 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.

Indicó que la NUEVA EPS no le ha negado ningún servicio al usuario por

cuanto no se aporta una prueba donde allí se demuestre alguna negativa, motivo por el cual no es posible que se conceptúe a futuro servicios que aún no se han solicitado y que en ningún momento la EPS ha negado, entendiéndose además que según las funciones propias de las EPS los servicios solicitados deben ser sometidos a procesos de validación por pertinencia médica, siendo esta, un proceso que van en cumplimiento normativo. Finalmente, la conducta de NUEVA EPS está guiada por el principio constitucional DE LA BUENA FE, en ese sentido las actuaciones desplegadas por NUEVA EPS se han ajustado al marco de la normatividad vigente, procediendo adelantar las acciones positivas necesarias para atender la patología del usuario.

Expresó que el accionante solicita que se ordene el reconocimiento de transporte para la afiliada y un acompañante, para asistir a las consultas programadas, por lo que es necesario informar 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. De las pruebas aportadas al plenario, no se evidencia la mencionada gestión por parte del médico, impidiendo a NUEVA EPS darle continuidad a lo pretendido el afiliado. En aras de ilustrar sobre lo anterior, se trae a continuación la siguiente explicación: El transporte de pacientes que requieran de la atención de servicios de salud que no se prestan con cargo a la UPC y que son servicios excluidos de la financiación a cargo de la unidad de pago por capitación (UPC), según la Resolución 2292 de 2021, deben ser ordenados por el médico tratante a través de la plataforma MIPRES.

Adujo que la Nueva EPS, no puede acceder a que se autorice viáticos para un acompañante cuando no acredita los presupuestos que la Corte Constitucional estableció para su reconocimiento y los ha reiterado en su jurisprudencia, como son: "(i) El paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento; (ii) Requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores

cotidianas; y, (iii) Ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”

Aseveró que para que proceda el reconocimiento del servicio de transporte 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”.

Informó que el 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.

Concluyó que las acciones de NUEVA EPS están enmarcadas en la ley, y, por lo tanto, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

Por último, solicitó dar por terminado el presente 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.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia declaró hecho superado, con los siguientes argumentos:

“...Respecto al transporte de la paciente y su acompañante. En el presente caso, al Despacho procede analizar el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional para ordenar a la NUEVA EPS que asuma los costos de transporte para que la menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, y un acompañante, pueda acudir a la ciudad de Medellín cumplir con las citas médicas periódicas necesarias para el cambio de BOLSA O ZONDA PARA ALIMENTACIÓN POR GASTROSTOMÍA, según prescripción del médico tratante, garantizando el tratamiento y control de las patologías que afronta la paciente. Lo anterior, teniendo en cuenta que la EPS aún no ha autorizado el servicio de salud complementario inherente al transporte en vehículo especial tipo ambulancia que requiere la menor accionante, toda vez que por su parálisis total requiere ser trasladada acostada, en adecuadas condiciones de dignidad y seguridad.

La prueba allegada al expediente, da cuenta que la menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, es una paciente que padece múltiples enfermedades, entre ellas PARALISIS CEREBRAL ESPECIFICA (G 800), ENCEFALOPATIA NO ESPECIFICADA (G 934), y en razón a sus patologías diagnosticadas debe estar en constantes citas médicas de control, seguimiento y ayudas diagnósticas, no puede movilizarse ni desplazarse por sí sola para atender sus citas médicas, procedimientos y exámenes médicos en la ciudad de Medellín, dadas sus limitaciones físicas y mentales relacionadas con sus antecedentes médicos. Por tales circunstancias particulares, la paciente requiere que algún miembro de su familia le cuide, acompañe y apoye en todas y cada una de las situaciones de su vida.

Igualmente, está debidamente acreditado en el expediente que la menor y su grupo familiar enfrentan una barrera de tipo económico para asumir directamente los costos de transporte en vehículo especial para su desplazamiento, en virtud a sus múltiples enfermedades; ello, por cuanto sus padres no tienen suficientes recursos económicos para pagar una ambulancia, lo cual ha conllevado a que la menor en veces no haya podido asistir a citas médicas y exámenes autorizados y programados la ciudad de Medellín, como se evidencia de la Historia Clínica aportada al proceso, por no contar con los recursos económicos para acudir a las mismas, tal y como lo explicó su progenitor en la declaración rendida en el trámite de esta acción.

(...)

De lo anterior, da cuenta el accionante RAMIRO ANTONIO BUSTAMANTE BERRIO, padre de la menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, quien en declaración jurada rendida en este Despacho manifestó que trabaja como celador y devenga solo el salario mínimo nada más, dinero que invierte en la alimentación de su familia, y pagar deudas de la casa, así como para la compra de pañales, algunos medicamentos e insumos que se van acabando y que los va necesitando su hija Alis Yudery.

(...)

Lo anterior, en razón a que la menor Alis Yudery y sus padres no cuentan con los recursos suficientes para pagar el transporte en vehículo especial para su traslado, y el tratamiento que se le viene realizando se torna indispensable para garantizar el derecho a la salud y la vida en condiciones dignas de la accionante, pues de no recibir la atención adecuada para el tratamiento de su enfermedad, se pone en riesgo la salud y la vida de la paciente, vulnerándose de este modo sus derechos fundamentales.

(...)

Por consiguiente, la autorización del servicio de transporte especial solicitado por el accionante RAMIRO ANTONIO BUSTAMANTE en favor de su hija ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS es indispensable para garantizar sus derechos a la salud y a la vida de la paciente, toda vez que en este municipio de Titiribí no se cuenta con prestadores de servicios médicos (IPS) que cumplan con los requerimientos técnicos que demanda el tratamiento que requiere la accionante. Además, de lo anterior, el servicio de transporte no se encuentra excluido del Plan de Beneficios en Salud, y por ende debe entenderse incluido. Aunado a lo anterior, en las condiciones particulares de discapacidad de la paciente, se cumplen los

requisitos establecidos jurisprudencialmente para acceder al servicio de transporte especial para ella y un acompañante.

(...)

Respecto al transporte de la acompañante, considera el Despacho que la paciente es una persona en estado de vulnerabilidad, por su minoría de edad y su estado de discapacidad, y que debido a sus patologías no puede movilizarse ni desplazarse por sí sola para atender sus citas y tratamientos en la ciudad de Medellín, dada sus limitaciones físicas relacionadas con sus antecedentes de: "...PARALISIS CEREBRAL ESPECIFICA (G 800), ENCEFALOPATIA NO ESPECIFICADA (G 934), EPILEPSIA, TIPO NO ESPECIFICADO...", patologías que requieren de la ayuda de un miembro de su familia que esté al cuidado y acompañamiento en todos sus desplazamientos de la menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, para asistir al tratamiento periódico de cambio o "BOLSA o ZONDA PARA ALIMENTACIÓN POR GASTROSTOMÍA", así como a las citas médicas, exámenes y procedimientos que le sean ordenados por su médico tratante.

En conclusión, de conformidad con los hechos y la verificación de las pruebas obrantes en el expediente, el Despacho considera que en el caso bajo examen se hace necesario disponer que la NUEVA EPS suministre el servicio de transporte terrestre intermunicipal especial en vehículo ambulancia para el transporte de la paciente ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, ya que por su parálisis total requiere ser trasladada acostada y en adecuadas condiciones de dignidad y seguridad; debidamente acompañada por su familiar o cuidador.

(...)

Suministro de Medicamentos. Con la demanda de tutela se acredita la formulación de medicamentos prescritos por el médico tratante a la menor paciente ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, para el tratamiento de sus patologías, tales como: ACETAMINOFEN 500MG+CAFEINA 65 MG TABLETA EN CANTIDAD E 270, PREGABALINA 20MG/ML SOLUCION ORAL FRA 105 ML /AMB /REG Cantidad: 3; ACETAMINOFEN TABLETA DE 500 MG EN CANTIDAD DE 180, LEVETIRACEPAM SL ORAL 100 MGS /300 M - SLN ORAL, TOMAR 10 CENTIMETROS CUBICO CADA 12 HORAS POR 180 MAS; VIA ORAL, CANTIDAD 2; RISPERIDONA 1 MG/CC - SLN ORAL TOMAR 1 CENTIMETROS CUBICO, CADA 12 HORAS POR 180 DIAS, VIA ORAL, CANTIDAD 3. sin que a la fecha se le hubieren autorizado y suministrado por parte de la NUEVA EPS.

(...)

En el caso concreto, la NUEVA EPS S.A. es la que está obligada como entidad prestadora del servicio en adelantar las gestiones en el menor tiempo posible para que a la usuaria se le autoricen y presten los servicios médicos prescritos por el médico tratante, asegurándole el suministro integral de los medicamentos que requiere para el manejo y control de las patologías ya referidas.

(...)

Por tal razón, la omisión en dicho trámite administrativo no le es imputable ni exigible a la paciente, sino que está a cargo del médico tratante. Al negarse por parte de la NUEVA EPS la autorización en el suministro de los elementos necesarios para el control de sus enfermedades que viene reclamando la accionante, no solo se atenta contra los derechos fundamentales de ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, sino que podría agravar su estado de salud y, eventualmente, llevar la enfermedad a límites inmanejables, comprometiendo la integridad personal e, incluso, la vida de la afectada.

En este caso específico, los medicamentos requeridos por la menor accionante son imprescindibles para garantizar su salud, vida y dignidad humana; por las cantidades prescritas para el tratamiento de la paciente, se hacen significativamente costosos, en tanto está suficientemente acreditado que la accionante no cuenta con recursos económicos para su adquisición, precariedad económica que no fue desvirtuada por la entidad accionada; además, dichos medicamentos fueron prescritos por médicos adscritos a la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE TITIRIBI y a la Clínica SOMER S.A., entidades con las cuales la NUEVA EPS S.A. tiene contrato vigente. Recuérdese, además, que el Hospital de Titiribí es la IPS de atención básica de la afiliada para la prestación de los servicios médicos.

(...)

Como en el expediente no está acreditada la efectiva prestación de los servicios médicos que requiere la accionante, esto es, el suministro efectivo de los medicamentos y el servicio de transporte especial (en vehículo ambulancia) que reclama por vía de tutela, este Juez Constitucional deberá amparar los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y la seguridad social en salud de la menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, pues es claro para el Despacho que dicha negación en la prestación de los servicios médicos asistenciales por parte de la entidad encargada del aseguramiento en salud de la citada menor, es vulneradora de sus derechos fundamentales.

Respecto al tratamiento integral. La NUEVA EPS deberá garantizar el tratamiento integral para el control y manejo de las patologías que sufre la menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, las cuales dieron origen a este mecanismo de amparo constitucional.

(...)

Bajo esa perspectiva, dado que con el tratamiento integral se logra garantizar la atención eficiente, adecuada y oportuna de las patologías que puedan presentar los pacientes diagnosticados por el respectivo médico tratante, el amparo por vía de tutela se torna procedente.

Así las cosas, cabe concluir que el tratamiento integral en materia de salud, comporta una gran importancia en cuanto a la garantía efectiva de este derecho fundamental, en la medida en que no se reduce a la prestación de medicamentos o de procedimientos de manera aislada, sino que abarca todas aquellas prestaciones que se consideran necesarias para conjurar las afecciones que puede sufrir una persona, ya sean de carácter físico, funcional, psicológico emocional e inclusive social, derivando en la imposibilidad de imponer obstáculos para obtener un adecuado acceso al servicio, reforzándose aún más dicho entendimiento cuando se trata de sujetos que merecen un especial amparo constitucional...”

(...)

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine...”

(...)

Se hace procedente esta pretensión, pues no sólo el médico tratante en forma concreta prescribió los servicios que requiere la menor accionante, sino que las mismas patologías diagnosticadas permiten circunscribir la atención de carácter integral única y exclusivamente a los eventos médicos que dependan o estén en conexidad con los diagnósticos de “PARALISIS CEREBRAL ESPECIFICA (G 800), ENCEFALOPATIA NO ESPECIFICADA (G 934), EPILEPSIA, TIPO NO ESPECIFICADO (G409), GASTROSTOMIA (Z931), DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA NO ESPECIFICADA (E46X), ATENCION DE GASTROSTOMIA (Z931) Y TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION (F412).

(...)

Teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, el tratamiento integral en materia de salud debe garantizarse a la menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, incluyendo todas aquellas prestaciones que el médico tratante considere necesarias para tratar y mitigar las dolencias que generan las afecciones que reporta la paciente. En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el principio de integralidad en salud, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios asistenciales y complementarios que el paciente requiera para el cuidado y control de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad (cfr.

sentencia T-010 de 2019 Corte Const.).

Por lo demás, una de las finalidades legítimas para esta orden integral, es la de evitar que el afiliado acuda a este mecanismo preferente y sumario por cada negativa de un servicio médico relacionado con sus diagnósticos médicos, recordando que aún no se le ha prestado los servicios médicos asistenciales y complementarios que está reclamando la menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, lo cual hace perentoria y necesaria la concesión del tratamiento integral, para lograr que le sea suministrada de manera completa la atención médica que requiere la paciente. Por todo lo expuesto, se ordenará a la NUEVA EPS disponer lo necesario para brindar TRATAMIENTO INTEGRAL a la menor paciente respecto a los diagnósticos puestos en consideración en esa acción de amparo.

Derecho al recobro. Finalmente, con relación a la pretensión de la NUEVA EPS de recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad en Salud (ADRES), los gastos en que incurra en la prestación de los servicios de salud a la menor accionante, se debe señalar que, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud -EPS- tienen el deber legal de establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad dispuesta por las instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS-.

(...)

Por tales razones, no es viable en razón de la tutela tratar asuntos económicos, pues la finalidad de la misma se restringe únicamente para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas. De tal forma, que los gastos necesarios por la prestación de los servicios médicos que requiere el accionante, serán cubiertos por la NUEVA EPS S.A...”

IMPUGNACIÓN

La Apoderada Especial de la NUEVA EPS manifestó que frente a la orden de suministro de transporte la Resolución 2292 de 2021 en su artículo 107 señala que el transporte de paciente en ambulancia solo procede en los siguientes eventos movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en ambulancia.

Dijo que la cobertura del transporte de paciente ambulatorio hace parte del servicios y tecnologías con cargo a la UPC en los eventos: Cuando la atención requerida por el usuario no se encuentra disponible en su lugar de residencia, será financiado en los municipios o corregimientos con prima adicional para zonal especiales como lo establece la Resolución 2381 de 2021 o cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto al de residencia para recibir servicio contemplado en el artículo 10 de la presente resolución y en el presente caso la accionante no cumple con los presupuestos para ser autorizado el servicio de transporte con cargo a la UPC, ya que el usuario reside en el municipio de Titiribí el cual no se

encuentra en el listado de Zonas especiales con prima adicional

Informó que el Juzgado ordenó el servicio de Transporte para el tratamiento de su patología, servicios que no encuentra en lo estipulado en el artículo 10 de la Resolución 2292 de 2021 por lo tanto no hace parte de los servicios y/o tecnologías financiadas con cargo a la UPS; por lo que, es obligatorio que el médico tratante proceda a ordenarlo a través de la plataforma MIPRES requisito que no quedó probado en el trámite constitucional, impidiendo a NUEVA EPS darle continuidad a lo pretendido por el afiliado, por lo que el médico tratante entregará al usuario la fórmula médica y el plan de manejo con número de prescripción generado por la plataforma MIPRES, para el correspondiente suministro.

Aseveró que la presente acción de tutela se hace improcedente, porque no se encuentra dentro del escrito de tutela las condiciones señaladas conforme al Decreto 2591 de 1991.

Adujo que el municipio de residencia del accionante no se encuentra dentro de aquellos contemplados por la ley, los gastos que corresponden al desplazamiento de los afiliados hasta otros municipios no pueden ser trasladados con cargo a las Entidades Promotoras de Salud, puesto que una decisión en este sentido atentaría contra el principio de solidaridad sobre el cual debe regirse todo el sistema. Destacó que, si bien el servicio de transporte en sí mismo considerado no es un servicio de salud, si es un elemento esencial del atributo de accesibilidad de conformidad con lo señalado por la Ley Estatutaria que regula el derecho a la salud (Ley 1751 de 2015) y la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional en esa materia.

Afirmó que no se acreditó o demostró siquiera sumariamente en el escrito de la tutela que la parte accionante o su núcleo familiar no se encuentren en condiciones para sufragar los gastos que están siendo solicitados. Y es que el simple hecho de informar que el usuario o su familiar tienen 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 se insiste no son servicios o tecnologías de salud.

Informó 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 2481 de 2020, 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.

Solicitó 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.

Aseveró 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. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados.

Aseguró que no se aprecia una actuación u omisión de la Nueva EPS, de la que pueda derivarse prima facie la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca el accionante. Por lo que, solicitó se revisen los términos en que fue redactado el fallo de primera instancia y en consecuencia el mismo se revoque la orden de transporte el servicio solicitado no hace parte de servicios médicos financiados por el Sistema de Seguridad Social en salud

Por último, 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 o de particulares. Y además, adicionar en la parte resolutive del fallo en el sentido de facultar a la NUEVA EPS S.A. y en virtud de la Resolución 205 de 2020 (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 UPC), 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 al fallo de tutela

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 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

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).

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 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*

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 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).

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 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.

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 anteriormente¹⁰, 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 1993¹¹.

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).

¹⁰ Acápites 3.1. de esta providencia.

¹¹ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

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 Salud¹², que comprende un modelo integral de protección “con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales”¹³. 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 42¹⁴ 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 mencionado¹⁵ 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.

Ahora bien, de lo anterior se podría concluir que cuando el municipio remitido 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 complementaria¹⁶.

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 atención¹⁷.

¹²Ley 100 de 1993, artículos 159 y 162.

¹³Ley 100 de 1993, artículo 156.

¹⁴ 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.

¹⁵ “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.”

¹⁶ Artículo 2°.

¹⁷ Sentencia T-760 de 2008.

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 familia¹⁸.

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.”¹⁹

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,²⁰ ha señalado en varias ocasiones que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud 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

¹⁸ Sentencia T-741 de 2007.

¹⁹ Sentencia T-838 de 2012.

²⁰ En la sentencia T-350 de 2003, una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2º 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 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. (...)’.

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 que²¹:

- 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 ambulancia²².

4.4. A partir de esta última situación, las subreglas jurisprudenciales en materia de gastos de **transporte** intermunicipal se circunscriben a los siguientes eventos²³:

- i. *El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente*²⁴.
- 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 tribunal ha concluido:

Sumado a lo anterior, esta Corte ha reconocido que:

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ Sentencia T-769 de 2012.

*“(…)…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”.*²⁵

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 requerida²⁶. En caso de guardar silencio, se tendrá por probada la afirmación de la accionante²⁷. (Subraya la Sala).

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de primera instancia le ordenó a la NUEVA EPS disponer lo necesario para la autorización de los gastos de transporte para el accionante y su acompañante y alimentación y hospedaje, en caso de que la estadía en el municipio donde se realiza la atención requiera más de un día de duración y le concedió el tratamiento integral respecto de las atenciones que se deriven de la patología que padece la afectada.

Conforme con la impugnación, se discute la concesión de transporte, a favor de la menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS 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 respecto de la patología de PARALISIS CEREBRAL ESPECIFICA (G800),

²⁵ Sentencias T-550 de 2009 y T-352 de 2010, entre otras.

²⁶ 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”.

²⁷ 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.

Ello 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.

ENCEFALOPATIA NO ESPECIFICADA (G934), EPILEPSIA TIPO NO ESPECIFICADO (G409), GASTROSTOMIA (Z931), DESNUTRICIÓN PROTEICOALORICA NO ESPECIFICADA (E46X), ATENCION DE GASTROSTOMIA (Z931) Y TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION (F412), 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 ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, 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 menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS debe ésta 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 menor o su grupo familiar cuenta con capacidad económica para asumir esos gastos.

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.

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 menor, buscando con ello una integralidad en el tratamiento que requiere.

Conforme con la impugnación, también se discute la concesión del tratamiento integral para las patologías que actualmente presenta la menor ALIS YUDERY BUSTAMANTE GRANADOS, 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 el afectado padece actualmente “PARALISIS CEREBRAL ESPECIFICA (G800), ENCEFALOPATIA NO ESPECIFICADA (G934), EPILEPSIA TIPO NO ESPECIFICADO (G409), GASTROSTOMIA (Z931), DESNUTRICIÓN PROTEICOALORICA NO ESPECIFICADA (E46X), ATENCION DE GASTROSTOMIA (Z931) Y TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION (F412)”, sumado a que es un menor de edad que es una paciente que requiere de atención prioritaria y no puede estar supeditado 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.

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

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 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: **f234bdabb973a627bbf1059d04ed2827009ac61d173dd6b6ee0f1d445a50d40c**

Documento generado en 06/09/2022 03:24:25 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, seis (06) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 183

PROCESO : 05045 31 01 001 2018 00351 (2022-1262-1)
ASUNTO : CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE: MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ POSADA
INCIDENTADA : NUEVA EPS
PROVIDENCIA : CONFIRMA SANCIÓN

VISTOS

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó– Antioquia-, el día 25 de agosto de 2022, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela del 09 de noviembre de 2018 al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA, Representante Legal, al Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ, Representante Legal Regional Nor-Occidente y al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia emitida el día 09 de noviembre de 2018, ese Despacho protegió los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la vida en condiciones

dignas que le asisten a la ciudadana María del Carmen Martínez Posada; y ordenó a Nueva EPS cumpliera la orden, a saber:

“...SEGUNDO: Se ordena al Representante Legal del Nueva EPS, doctor Fernando Adolfo Echavarría Díez, que dentro de la cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, efectúe todas las gestiones necesarias para que autorice y realice la cita en 3 meses con ncx, por el diagnóstico M545, y control por Psiquiatría en 4 meses con ncx, por el diagnósticos F323 episodio depresivo grave con síntomas psicóticos, Z637 problemas relacionaos con otros hechos estresantes que afectan la familia y al hogar.

Si para la materialización del tratamiento debe trasladarse a un municipio distinto al del lugar de domicilio de la actora, suministre a ésta los viáticos de transporte intermunicipal idóneos que indique el médico tratante, las veces que sea necesario, por los diagnósticos que dieron origen a esta acción constitucional.”

La señora María del Carmen Martínez Posada presentó ante ese Juzgado solicitud de apertura de incidente de desacato, el 18 de agosto del año en curso se ordenó admitir el trámite incidental y ordenó correr traslado al presidente, al gerente regional noroccidente y al vicepresidente de salud y superior jerárquico del gerente y directamente responsable del cumplimiento de fallos de tutela, todos de la Nueva EPS, para que dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto admisorio del incidente, aportaran las pruebas que tuvieran en su poder o solicitaran las que estimaran pertinentes; acto de comunicación que se surtió en la fecha del 18 de agosto mediante el correo electrónico institucional de dicha entidad, Secretaria General secretaria.general@nuevaeps.com.co; y a la fecha la accionada no se ha pronunciado.

LA DECISIÓN CONSULTADA

Mediante auto del 25 de agosto de 2022, se resolvió el incidente de desacato, imponiendo sanción de arresto de tres (03) días y multa

equivalente a tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, como Representante Legal, al Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ Representante Legal Regional y al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS, notificándole lo resuelto el 26 de agosto de 2022 al correo secretaria.general@nuevaeps.com.co, siendo remitido el expediente a esta Sala a efectos de desatar la consulta.

Se procedió a realizar llamada al abonado celular 3218660791, perteneciente a la señora María del Carmen Martínez Posada, quien informó que hasta el momento no le han autorizado ninguna de las citas ni servicios necesitados.

CONSIDERACIONES

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

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, resulta razonable señalar que, al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta,

el objeto se encuentra centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en tal sentido, aclarando eso sí, que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*¹.

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

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

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

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

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

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

“(…)SEGUNDO: Se ordena al Representante Legal del Nueva EPS, doctor Fernando Adolfo Echavarría Díez, que dentro de la cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, efectúe todas las gestiones necesarias para que autorice y realice la cita en 3 meses con ncx, por el diagnóstico M545, y control por Psiquiatría en 4 meses con ncx, por el diagnósticos F323 episodio depresivo grave con síntomas psicóticos, Z637 problemas relacionaos con otros hechos estresantes que afectan la familia y al hogar.

Si para la materialización del tratamiento debe trasladarse a un municipio distinto al del lugar de domicilio de la actora, suministre a ésta los viáticos de transporte intermunicipal idóneos que indique el médico tratante, las veces que sea necesario, por los diagnósticos que dieron origen a esta acción constitucional(…)”.

La entidad accionada si bien se le notificó la sanción impuesta al Representante Legal, Representante Legal Regional y al Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS, se pronunciaron respecto a la sanción solicitando la nulidad de la misma en favor del Representante Legal Dr. José Fernando Cardona Uribe, por no ser el encargado de cumplir con el fallo de tutela y quienes están llamados a responder son el gerente regional noroccidente el Dr. Fernando Adolfo Echavarría Díez y el vicepresidente de salud el Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome.

Significa entonces que el doctor FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ, Representante Legal Regional de la NUEVA EPS, está en desacato a la orden judicial y se ha sustraído sin causa alguna del cumplimiento de la decisión, conducta que puede estimarse dolosa, dado que fue notificado de cada una de las actuaciones dentro de este trámite y hasta el momento no ha presentado una explicación razonable que indique la imposibilidad de la entidad accionada de dar cumplimiento al fallo de tutela en su totalidad, debiéndose resaltar

también que la orden impartida por el Juez de tutela, data del 09 de noviembre de 2018, concluyéndose que tuvo bastante tiempo la accionada para dar trámite a una actuación que le es propia.

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que la ley ofrece dos vías que, aunque diferentes, son complementarias y están orientadas a obtener el restablecimiento del derecho conculcado o la respuesta ante su amenaza. De esta manera, la persona que estima incumplido el fallo respectivo, puede solicitar a la autoridad judicial que lo profirió, cualquiera de estas opciones o las dos.

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

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

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

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

⁵ Sentencia T-421 de 2003

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

En el presente caso, al constatar la carencia de pruebas suficientes en el plenario, que den cuenta del cumplimiento al fallo de tutela, puede afirmarse sin lugar a dudas que se está desconociendo la orden constitucional emitida el 09 de noviembre de 2018, y no hay justificación válida para no haberla acatado, lo que implica que la sanción por desacato proferida el 25 de agosto de 2022 deba ser confirmada, respecto del Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ Representante Legal Regional Nor-occidente de la NUEVA EPS, dado que subsisten los motivos que dieron lugar a su proferimiento y se pudo confirmar con el incidentista la falta de cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela, la entidad tampoco acreditó que ya hubiese dado cumplimiento con la orden dada en la tutela.

Por esta razón, dado que el Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ Representante Legal Regional Nor-occidente de la NUEVA EPS no allegó pruebas que justifiquen válidamente el incumplimiento al fallo de tutela, ni mucho menos han acreditado el cumplimiento en su totalidad, puede hablarse de una conducta dolosa encaminada a sustraerse de manera deliberada de cumplir la decisión, por lo que no le queda más a esta Judicatura que confirmar la sanción impuesta respecto de él.

Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen para que realice las actuaciones tendientes al

cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela y para que se haga efectiva la respectiva sanción.

De otro lado, es de anotar que la entidad, informó que Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA Representante Legal Nivel Nacional de la NUEVA EPS, por ser el superior jerárquico del Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS y éste a su vez es el superior jerárquico del Gerente Regional, Doctor Fernando Adolfo Echavarría Díez y el precedente jurisprudencial establecido por la H. Corte Constitucional en la materia, entre otras, en Sentencia T-766 de 1998: “(...) la responsabilidad de quien ha dado lugar a ese incumplimiento debe ser deducida en concreto, en cabeza de la persona a quien está dirigido el mandato judicial, lo que significa que ésta debe gozar de la oportunidad de defenderse dentro del incidente y estar rodeada de todas las garantías procesales”.

Si bien la persona que conforme la información brindada por la entidad, debe cumplir sin demora la orden dada en la sentencia de tutela objeto de este trámite, es el señor Fernando Adolfo Echavarría Díez, también es cierto que el trámite de desacato puede dirigirse contra la persona directamente obligada y contra el superior jerárquico conforme lo establece el artículo 27 del decreto 2591 de 1991.

Consecuente con lo anterior, en lo que tiene que ver con el superior jerárquico de la persona directamente obligada a cumplir, es claro que, para deducírsele responsabilidad, tiene que conocer la existencia de la acción de tutela y su incumplimiento por parte del inferior directamente obligado.

Sin embargo, en el presente caso se observa en el expediente que no hubo requerimiento previo a los superiores del responsable, y se debió dirigir dicho requerimiento al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA Representante Legal Nivel Nacional de la NUEVA EPS, por ser el superior jerárquico de las otras partes y el doctor ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, vicepresidente de salud de la NUEVA EPS como el superior jerárquico inmediato del llamado a responder por el cumplimiento del fallo, pero no se realizó el requerimiento previo al inicio del trámite incidental al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA y el doctor ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, con lo cual no se cumple con lo establecido en el inciso 2 del artículo 27 del decreto 2591 de 1991, en donde se ha plasmado dicha obligación de la siguiente manera:

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

Por lo anterior, el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA y el doctor ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, vicepresidente de salud de la NUEVA EPS no fue efectivamente requerido, motivo por el cual no queda de otra que declarar la nulidad de lo actuado respecto de ellos.

Así las cosas, y como quiera que a través del incidente de desacato de lo que se trata es de establecer una responsabilidad "personalísima" o subjetiva, es decir, la acción está dirigida contra una persona natural determinada, pues no en vano ha sostenido la doctrina, al referirse a la naturaleza del incidente desacato:

“... se trata de un asunto de naturaleza estrictamente disciplinario que, por las connotaciones punitivas de las sanciones consagradas por la ley (multa y restricción de la libertad personal a través del arresto, artículo 52 del Decreto 2591) para el evento del desacato, está incorporado a la lógica del derecho penal disciplinario para el cual — y a favor de las garantías constitucionales de las personas pasibles de la acción disciplinante— no cabe ninguna duda sobre la garantía del derecho fundamental del debido proceso que entre otros tantos, tiene entre sus elementos más sensibles el derecho a probar, esto es, a participar de todos los modos posibles en la construcción de la verdad que le importa a la averiguación disciplinaria y el derecho a impugnar las decisiones que agraven los intereses del perseguido disciplinariamente. (...)”⁶.

En ese orden de ideas, lo procedente es declarar la nulidad del presente trámite incidental que se siguió en disfavor del Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA y el doctor ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, advirtiéndosele al Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó que el incidente de desacato se debe iniciar contra el directamente responsable del cumplimiento o contra el obligado y frente al superior jerárquico debe existir un requerimiento previo, en el cual se identifique claramente la persona obligada, a fin de proceder a la constatación de la responsabilidad subjetiva respectiva.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al doctor FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ, Representante Legal Regional de la NUEVA EPS.

⁶ Consejo Superior de la Judicatura.- Modulo “La Acción de tutela”. Págs. 153-154.

SEGUNDO: Declarar la **NULIDAD** de lo actuado en el presente trámite incidental el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA Representante Legal Nivel Nacional de la NUEVA EPS y el doctor ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, vicepresidente de salud de la NUEVA EPS.

TERCERO: Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen⁷ para que realice las actuaciones tendientes al cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela y para que se haga efectiva la respectiva sanción.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO

Magistrada

⁷ Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó– Antioquia-

Firmado Por:

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

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 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: **3df4efb61aa525dc16b6377a43548d87faf7145e919b6a50239e1061cd20a09d**

Documento generado en 06/09/2022 03:24:36 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, seis (06) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 183

PROCESO : 05000-22-04-000-2022-00375 (2022-1214-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JUAN MARIO TOBÓN VILLA
AFECTADA : ANA MARÍA TORO ZEA
ACCIONADO : FISCALÍA 58 SECCIONAL DE RIONEGRO,
ANTIOQUIA E INSTITUTO NACIONAL DE
MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
PROVIDENCIA : FALLO PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el doctor Juan Mario Tobón Villa como apoderado de la señora ANA MARÍA TORO ZEA en contra de la FISCALÍA 58 SECCIONAL DE RIONEGRO, ANTIOQUIA E INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES.

LA DEMANDA

El accionante indicó que la señora Ana María Toro Zea era la esposa del señor ALAN LEWIS MENKES (ciudadano americano), cuyo deceso ocurrió el pasado 1 de marzo del 2022 en la localidad de Rionegro, Antioquia, en hechos que aparentemente corresponden a un suicidio.

Expresó que como el señor Alan Lewis Menkes tenía la mayoría de su patrimonio y el asiento de sus negocios en E.E.U.U., las autoridades de dicho país exigen un documento que establezca la causa de muerte para poder iniciar los trámites de sucesión, así como para reclamar los seguros de vida que tenía contratados antes de su fallecimiento.

Afirmó que el 25 de mayo de 2022 radicó derecho de petición ante la Fiscalía 58 Seccional de Rionegro, Antioquia, en cabeza del Dr. Argiro Gómez, en el cual solicitó lo siguiente: *“Por lo anterior, solicitamos entonces que, se expida un certificado de defunción que especifique la causa de muerte del señor ALAN LEWIS MENKES, ciudadano norteamericano y con C. de Extranjería número 350453, para que su embajada pueda emitir el certificado de defunción consular. Igualmente, que se expida copia del informe de necropsia realizado al mentado ciudadano y en el cual se evidencie la causa de la muerte”*.

Adujo que tiene conocimiento que la Fiscalía 58 Seccional de Rionegro, Antioquia, en cabeza del Dr. Argiro Gómez, ha solicitado en dos oportunidades al Instituto de Medicina Legal la expedición de la autopsia o informe de necropsia del ciudadano Alan Lewis Menkes, siendo esa entidad la que se ha negado a su expedición o a remitir copia del certificado al señor delegado fiscal solicitante.

Aseveró que, el 25 de mayo de 2022, realizó una segunda petición dirigida al señor Fiscal 58 Seccional de Rionegro, Antioquia, mediante la cual se solicitó la entrega de algunos bienes incautados al momento de realizar la diligencia de inspección técnica al cadáver de quien en vida respondía al nombre de Alan Lewis Menkes, los cuales son un celular y el DVR o disco duro de las cámaras de seguridad y vigilancia de la residencia donde ocurrieron los hechos.

Dijo que, desde la presentación de las peticiones a la entidad accionada, han transcurrido más de 15 días hábiles sin obtener la

respuesta.

Por último, solicitó que se ordene a la Fiscalía 58 Seccional de Rionegro, Antioquia, y al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, proferir respuesta a las peticiones instauradas el 25 de mayo 2022.

Posteriormente, allegó al correo electrónico una solicitud de desistimiento en favor del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES en razón a que ya se dio respuesta de su petición, dando traslado de la necropsia médico legal al fiscal del caso, quedando pendiente simplemente que el delegado Fiscal le traslade la copia correspondiente al correo electrónico juanma.tobon@gmail.com.

LA RESPUESTA

1.- El Fiscal 58 delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Rionegro, Antioquia, manifestó que la asistente Aura Luz Ceballos Guzmán desde días atrás tuvo contacto telefónico con una allegada de la víctima a quien le informó los trámites que se estaban realizando con relación a la obtención de algunos de los documentos por ellos requeridos.

Indicó que con respecto a los elementos incautados y solicitados por el accionante, los mismos se encuentran en la sección de investigaciones de delitos informáticos del CTI Medellín, en cumplimiento de la O.P.J 7920653 con el fin de extraer información con propósitos investigativos y de acuerdo a información suministrada por la perito de esa sección investigativa, a partir del 29 de agosto de 2022

empezarían a extraer información de los equipos que pueda tener relación con los hechos materia de la indagación.

Afirmó que se le dio a conocer al accionante que tan pronto se realice la tarea investigativa, se pondrán en contacto con él y/o cónyuge del fallecido con el fin de hacerle entrega de los tres aparatos.

Por último, solicitó que se decrete el archivo de la acción de tutela por hecho superado.

PRUEBAS

El Fiscal 58 delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Rionegro, Antioquia, remitió copia oficio DSA-20600-Nro.546 del 26 de agosto de 2022, copia registro civil de defunción serial 10690487 del 08 de abril de 2022, Informe pericial de necropsia N° 2022010105001000471 del 25 de agosto de 2022, constancia de envío del correo electrónico al accionante, copia oficio DSA-20600-Nro.541 dirigido al técnico investigador II – grupo de delitos informáticos C.T.I, Copia respuesta al oficio DSA-20600-Nro.541.

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

Ahora, es claro que la presente demanda no se está cuestionando la vulneración al derecho fundamental de petición, toda vez que la

¹ Sentencia T-625 de 2000.

solicitud realizada por el actor es de aquellas que se hacen por ser parte dentro de un proceso y debido al mismo, lo cual implica analizar la vulneración del debido proceso en su manifestación específica del derecho de postulación, tal como lo ha destacado la H. Corte Suprema de Justicia cuando al respecto expresó:

*Es preciso señalar, que de cara a las actuaciones regladas, no es la protección del derecho de petición la que debe invocarse, sino, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades esta Corte, el derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación concreta del derecho de **postulación**, como bien lo destacó el tribunal.*

Ha definido la jurisprudencia constitucional, que el derecho de petición no puede demandarse para solicitar a un funcionario judicial que haga o deje de hacer algo dentro de su función, pues él está regulado por los principios, términos y normas del proceso. En otras palabras, su gestión está gobernada por el debido proceso, en concreto se trata del derecho de “postulación”².

En el presente caso, el doctor JUAN MARIO TOBÓN VILLA manifestó que elevó petición ante Fiscalía 58 Seccional de Rionegro, Antioquia, solicitando certificación del informe de necropsia emitido por el Instituto de Medicina Legal al señor Alan Lewis Menkes y la entrega de los elementos incautados en el momento del levantamiento al cadáver.

Es de advertir, que si bien el accionante, presentó un desistimiento de la acción de tutela en contra del Instituto Nacional de Medicina Legal, este también es claro que no le dio respuesta al accionante, sino que dio traslado del dictamen a la Fiscalía, quien fue la entidad que se lo había solicitado.

Al respecto se advierte que la Fiscalía 58 Seccional de Rionegro, Antioquia, informó que remitió al apoderado de la señora Ana María toro Zea, el oficio N° DSA-20600-Nro.546 del 26 de agosto de 2022, donde le da respuesta a su petición y hace entrega del registro de

² Sala de Casación Penal en sede de tutela, Sentencia T-57796 del 17 de enero de 2012. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

defunción con indicativo serial 10690487 y del informe pericial de necropsia 2022010105001000471 a nombre del señor Alan Lewis Menkes; así mismo, le explicó que con relación a los elementos incautados le informó que se estaban realizando análisis investigativos y que una vez se terminen se comunicarán para realizar su respectiva devolución.

Según constancia obrante en la carpeta, el respectivo oficio fue enviado al correo electrónico julian.tobon@hotmail.com; por parte de la auxiliar del Despacho se llamó al celular 3148738003 del doctor Juan Mario Tobón Villa confirmando que el Fiscal 58 Seccional ya cumplió con lo solicitado en la acción constitucional.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que, en relación con la petición de la Informe pericial de la necropsia, el certificado de defunción y la respuesta con respecto a la devolución de los elementos incautados, la misma ya fue remitida a la accionante por intermedio de su apoderado vía correo electrónico.

La 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 el 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 *H. Corte Constitucional* reiteró 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.

En ese orden, logra constatarse entonces que, para el presente evento, se está ante la configuración de un supuesto de hecho superado, por cuanto la Fiscalía 58 Seccional de Rionegro, Antioquia, remitió vía correo electrónico la documentación solicitada y la respuesta a las peticiones solicitadas por la señora ANA MARÍA TORO ZEA por intermedio de su apoderado.

Así las cosas, se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un hecho superado y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la parte accionante, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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 formulada por el doctor JUAN MARIO TOBÓN VILLA como apoderado de la señora ANA MARÍA TORO ZEA, **pues se está ante un hecho superado.**

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de que no se presente 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

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 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: **3aeb47f647b3713ae6b38095d5d95b559903d2a3d27cdf5dd28f7d22ec74d9e3**

Documento generado en 06/09/2022 03:24:45 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, seis (06) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FEHA AUDIENCIA

PROCESO: 05 001 60 00000 2018 01025 (2020 1125)

DELITOS: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO

SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO

ACUSADOS: HÉCTOR ALONSO ARANGO LONDOÑO

VÍCTOR DANIEL BARRERA

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **MIÉRCOLES CATORCE (14) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022), A LAS 09:00 A.M.**

Es de anotar que conforme con lo autorizado por el artículo Tercero del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, emitido por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, la audiencia se realizará mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, motivo por el cual, a través de la Secretaría de la Sala, se enviará a las partes oportunamente el link para la correspondiente conexión.

Por la Secretaría de la Sala entérese de manera oportuna a todas las partes e intervinientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado ¹

¹ Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/firmaelectronica>

Firmado Por:
Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 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: **49f999a61c2505ddf108a304e6355f7ded26e14a3e145aed415d795e97f672b7**

Documento generado en 06/09/2022 12:24:38 PM

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

Medellín, seis (06) de septiembre de dos mil veintidós (2022)
Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 185

RADICADO : 05030-60-00-321-2019-00092 (2022 1278-1)
PROCESADO : NAUFAL BENITO VALOYES HURTADO
DELITO : LESIONES PERSONALES CULPOSAS
ASUNTO : DEFINICIÓN DE COMPETENCIA

VISTOS

Llega a la Sala, procedente del Juzgado Promiscuo Municipal de Titiribí, el proceso que se adelanta en contra de NAUFAL BENITO VALOYES HURTADO, para que se defina la competencia del asunto.

ANTECEDENTES

La Fiscalía General de la Nación a través de su Delegado Local de Amagá corrió traslado de escrito de acusación en contra de NAUFAL BENITO VALOYES HURTADO ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Titiribí, en relación con el delito de lesiones personales culposas, no obstante, antes de instalarse la audiencia

concentrada (trámite Ley 1826 de 2017) dicha fiscalía solicitó se decretara la conexidad de esa investigación con otra que por el delito de homicidio culposo se estaba tramitando en razón de los mismos hechos y en contra del citado ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí y respecto de la cual se había celebrado audiencia de formulación de acusación.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí en audiencia llevada a cabo el 11 de mayo de 2020 decretó la conexidad solicitada y fijó audiencia de complementación de la formulación de acusación, la cual fue aplazada en varias oportunidades tanto por la Fiscalía como por la defensa, afirmando que estaban en conversaciones para la eventual aplicación del principio de oportunidad, es así, como el ente fiscal informa que el 5 de abril del presente año el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Amagá con función de control de garantías celebró audiencia preliminar de control de legalidad de aprobación del principio de oportunidad en la modalidad de renuncia en favor del procesado Naufal Benito por el delito de homicidio culposo agravado por la indemnización integral.

Debido a lo anterior, el 18 de agosto de 2022 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí decreta la ruptura de la unidad procesal como consecuencia de la extinción de la acción penal en relación con el punible de homicidio culposo agravado que venía adelantando el despacho, ello ante la aplicación del principio de oportunidad aprobado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Amagá y por tanto, ordenó remitir el expediente al Juzgado Promiscuo Municipal de Titiribí a efecto de que asumiera la competencia por el delito de lesiones personales culposas donde figura como víctima la menor S.V.T. toda vez que frente a ésta no se había aceptado la

indemnización integral de perjuicios, afirmando con ello la oficina judicial, que no se prorrogó la competencia para adelantar el proceso por el delito de lesiones personales culposas, en tanto no fue posible celebrar la audiencia de formulación de acusación complementaria y la conexidad se había decretado con el proceso principal de homicidio culposo respecto del cual se extinguió la acción penal.

Por su parte, el Juzgado Promiscuo Municipal de Titiribí en decisión del 31 de agosto de 2022 se declara incompetente para continuar con el conocimiento del trámite por el delito de lesiones personales culposas, aduciendo que en virtud de la conexidad decretada anteriormente por el superior, había perdido la competencia para continuar con el conocimiento de dichas diligencias, por lo que plantea el conflicto negativo de competencia y ordena la remisión inmediata del expediente a esta Corporación para resolver el conflicto planteado.

CONSIDERACIONES

Se tiene dicho que con la expedición de la Ley 906 de 2004, se dio vida jurídica la figura denominada definición de competencia, institución que propende por la definición del juez natural de conocimiento luego de que se presenta el escrito de acusación, tal y como se establece en el artículo 54 del estatuto de procesal penal, que determina que es en la audiencia de formulación de acusación, donde se hará saber a las partes, y se remitirá el asunto inmediatamente al funcionario que deba definirla; ello porque es en

dicha audiencia, donde las partes tienen la oportunidad de pronunciarse sobre las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere y las observaciones sobre el escrito de acusación, Art. 339 del C. P. P, es entonces la regla general, que la competencia sólo puede ser cuestionada por las partes en la audiencia de formulación de acusación –art. 43 L. 906 de 2004.

Con respecto a la oportunidad de presentar la manifestación de incompetencia, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que¹:

Respecto de la discusión acerca del juez competente para adelantar el trámite del juicio en el sistema acusatorio, el artículo 54 de la Ley 906 de 2004 consagra:

“Trámite. Cuando el juez ante el cual se haya presentado la acusación manifiesta su incompetencia, así lo hará saber a las partes en la misma audiencia y remitirá el asunto inmediatamente al funcionario que deba definirla, quien en el término improrrogable de tres (3) días decidirá de plano. Igual procedimiento se aplicará cuando se trate de lo previsto en el artículo 286 de este código y cuando la incompetencia la proponga la defensa.”

En concordancia con ello el artículo 339 ibídem, dentro de los presupuestos del trámite de la audiencia de formulación de acusación establece que el juez, luego de ordenar el traslado del escrito de acusación a las partes, “...concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato”.

¹ Proceso 33.272 del 20 de enero de 2010. Sala de Casación penal. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

De la lectura contextualizada de las normas arriba citadas, fácil se advierte que la legitimidad de las partes para discutir lo concerniente a la competencia, o mejor, a la facultad del funcionario ante quien se presentó el escrito de acusación, para adelantar la fase del juicio, se remite exclusivamente a la audiencia de formulación de acusación, pues, precisamente esta diligencia marca el inicio de esa tan importante etapa del proceso.

Por ello, si las partes no discuten oportunamente, en su escenario natural, el tópico en cuestión, ya después ha precluído su posibilidad de referirse al tema.

Sólo así puede entenderse el contenido del artículo 55 de la Ley 906 de 2004, en cuanto expresamente reseña:

***“Prórroga.** Se entiende prorrogada la competencia si no se manifiesta o alega la competencia en la oportunidad indicada en el artículo anterior, salvo que esta devenga del factor subjetivo o esté radicada en funcionario de superior jerarquía.*

“En estos eventos el juez, de oficio o a solicitud del fiscal o de la defensa, de encontrar la causal de incompetencia sobreviniente en audiencia preparatoria o de juicio oral, remitirá el asunto ante el funcionario que deba definir la competencia, para que éste, en el término de tres (3) días, adopte de plano las decisiones a que hubiere lugar.

“Parágrafo. Para los efectos indicados en este artículo se entenderá que el juez penal del circuito especializado es de superior jerarquía respecto del juez de circuito”.

En conjunción, la normatividad estudiada permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. El momento expresamente señalado por la ley para que el juez manifieste su incompetencia o las partes impugnen esta, específicamente remite a la audiencia de formulación de acusación.

2. Si las partes no hacen uso de la facultad en mención durante el momento procesal en cita, pierden la oportunidad de postular la cuestión en audiencias posteriores, simplemente porque esa facultad ha precluido, o mejor, se manifiesta extemporánea.

3. Cuando el juez en la audiencia de formulación de acusación no ha manifestado su incompetencia o las partes no han hecho uso de su derecho a impugnarla, se presenta el fenómeno de la prórroga de competencia por virtud del cual, independientemente de que el juez sea o no competente, debe continuar con el conocimiento del asunto, en razón a que el tema no fue debatido en el momento procesal adecuado.

En el presente caso, observa la Sala que en virtud del accidente de tránsito ocurrido el 28 de marzo de 2019 en el municipio Titiribí la Fiscalía radicó escrito de acusación por el delito de homicidio culposo agravado, llevándose a cabo ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí la audiencia de formulación de acusación el 16 de enero de 2020 y de otro lado, de la Fiscalía Local 079 Amagá solicitó la conexidad procesal con el delito de lesiones personales culposas, la cual fue decretada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí de conformidad con lo previsto en el artículo 51 numeral 2 y 4 del C.P.P., programándose audiencia de formulación de acusación complementaria la cual fue varias veces aplazada, en virtud a que estaban en proceso indemnizatorio con las víctimas indirectas.

Posteriormente el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Amagá aprueba el principio de oportunidad en la modalidad de renuncia de la acción penal dentro de la investigación identificada con el número CUI 050306000321201900092 y en consecuencia se declaró la extinción de la acción penal de conformidad con los artículos 77 y

329 C.P.P. en virtud de la aceptación del acuerdo de indemnización de perjuicios por 6 víctimas, en tanto no se incluyó la víctima S.V.T. pues no se había culminado la etapa de negociación respecto de ella, por lo que ante la solicitud de la Fiscalía Seccional de continuar con la etapa de juzgamiento respecto del delito de lesiones personales culposas, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí ordena la ruptura de la unidad procesal, toda vez que la conexidad del delito de lesiones personales culposas se había decretado con el homicidio culposo frente al cual se dispuso la extinción de la acción penal, por lo que no operaba el fenómeno de la prórroga de la competencia, pues el delito de lesiones personales culposas es de competencia del Penal o Promiscuo Municipal.

Teniendo en cuenta que en el presente caso, no se ha celebrado la audiencia de formulación de acusación respecto del delito de lesiones personales culposas, es clara la ruptura de la unidad dentro del proceso que se adelanta en contra de NAUFAL BENITO VALOYES HURTADO, por el delito de LESIONES PERSONALES CULPOSAS, conducta que no es competencia de los Juzgados Penales del Circuito, y en razón al momento procesal en que se encuentra el asunto, no puede decirse que exista prórroga de competencia.

Por lo que atendiendo lo anteriormente expuesto y además lo consagrado por los artículos 19 y 43 del Estatuto Procesal Penal, la Corporación, asignará la competencia al JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE TITIRIBÍ para que adelante la presente actuación.

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

RESUELVE:

ASIGNAR el conocimiento del juzgamiento de NAUFAL BENITO VALOYES HURTADO al **Juez Promiscuo Municipal de Titiribí**, conforme lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

Comuníquese esta decisión a las partes y al Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 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: **5dc34427e5ef6938336bb18540372a51845f044f5f094c19411c1108db9bc0f1**

Documento generado en 06/09/2022 04:46:47 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, seis (06) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusado : José Conrado Higueta Álvarez y
otros
Delito : Tráfico de migrantes y concierto
para delinquir
Decisión : Confirma sentencia.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 146

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa, frente a la sentencia proferida el 8 de abril de 2019 por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo (Ant.)* y a través de la cual se declaró a los acusados JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ, JUAN DAVID MORELO BLANDÓN, ALFONSO MORENO LEDEZMA, OVIDIO ANTONIO TORRES ARGUMEDO, DEINER PÉREZ CÓRDOBA y MARIO PALACIO ASPRILLA, penalmente responsables por la comisión de las conductas punibles de *Tráfico de Migrantes en concurso heterogéneo con el de Concierto para Delinquir* y se les condenó a la pena de *cincuenta y dos (52) meses de prisión, multa de treinta y tres punto treinta y tres (33.33) S.M.L.M.V.* e inhabilitación para el ejercicio de derechos y

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higuita Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, en virtud del preacuerdo logrado entre la fiscalía y la defensa de los procesados.

Se les denegó los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

El 4 de diciembre de 2017, una fuente humana –que por seguridad no reveló su nombre– informó sobre la existencia de una organización dedicada al tráfico de migrantes.

A partir de diferentes actos de investigación promovidos por la Fiscalía, se logró establecer que las personas que ayudaban a los extranjeros a transitar por suelo colombiano y otros territorios hasta que llegaran a EEUU, a cambio de un beneficio económico, eran las siguientes: DEINER PÉREZ CORDOBA (alias “Jackson o “Jeison”) encargado de ubicar el domicilio transitorio para los migrantes y contactar a los lancheros; ALFONSO MORENO LEDEZMA (alias “Suave” o “Cholo”) coordinaba el tránsito de los migrantes desde la terminal de transporte de Medellín hacia la zona de Urabá; MARIO PALACIOS ASPRILLA (alias “Rodri”) su función consistía en coordinar a los lancheros y recoger a los migrantes en su lugar de hospedaje; OVIDIO ANTONIO TORRES ARGUMEDO organizaba el envío de los migrantes vía marítima desde Capurganá hasta Panamá; JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ, movilizaba los migrantes en la ciudad de Medellín hasta la terminal del norte, recepcionaba y entregaba

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higuita Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

el dinero procedente del exterior como pago de la actividad ilícita; y JUAN DAVID MORELO BLANDÓN quien organizaba y facilitaba el traslado entre Medellín y Turbo (Ant.)

RESUMEN DE LO ACTUADO

Ante el juez de control de garantías del municipio de Turbo (Ant.) el 20 de septiembre de 2018 se imputaron cargos a los procesados por los delitos de Concierto para Delinquir y Tráfico de Migrantes. Posteriormente, mediante acta del 11 de noviembre de la misma anualidad, la Fiscalía y la defensa suscribieron preacuerdo por los punibles de Concierto para Delinquir art. 340 inc. 1º, en concurso material y heterogéneo con el de Tráfico de Migrantes del art. 188 del C.P. a cambio de reconocer el 50% de rebaja de la pena en el delito de tráfico de migrantes, es decir, 4 años de prisión (48 meses) y un incremento de 6 meses por el delito concursal, para un total de 52 meses de prisión, adicionalmente se advirtió que se dejaba a potestad del Juez reconocer cualquier tipo de subrogado.

Asumido el conocimiento del asunto por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo (Ant.), el 8 de abril de 2019 tuvo lugar la audiencia posterior de verificación de allanamiento, individualización y sentencia.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juez de primera instancia condenó a los señores JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ, JUAN DAVID MORELO

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higueta Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

BLANDÓN, ALFONSO MORENO LEDEZMA, OVIDIO ANTONIO TORRES ARGUMEDO, DEINER PÉREZ CÓRDOBA Y MARIO PALACIO ASPRILLA por los delitos de Tráfico de Migrantes en concurso heterogéneo con el de Concierto para Delinquir en virtud del preacuerdo celebrado, imponiendo una pena privativa de la libertad de cincuenta y dos (52) meses de prisión, multa de treinta y tres punto treinta y treinta y tres (33.33) S.M.L.M.V. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal.

Consideró el *A quo* que en el presente caso se contaba, además de la aceptación de los cargos, con elementos materiales de prueba que dieron cuenta suficiente de la existencia del hecho y de la responsabilidad penal de los procesados. Sin embargo consideró que no resultaba procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición del art. 68 A del CP., ni tampoco se cumplía con los presupuestos para conceder el sustituto de la prisión domiciliaria.

Así entonces afirmó que, frente al señor MARIO PALACIO ASPRILLA, no se presentó ningún tipo de prueba que diera cuenta de estar padeciendo alguna enfermedad grave. Con relación a los demás procesados, es decir, JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ, JUAN DAVID MORELO BLANDÓN, ALFONSO MORENO LEDEZMA, OVIDIO ANTONIO TORRES ARGUMEDO y DEINER PÉREZ CARDONA y el mismo PALACIO ASPRILLA, explicó que tampoco se validaría el argumento de la concesión de la prisión domiciliaria por tratarse de padres cabeza de familia, toda vez que las personas a su cargo, contaban dentro del grupo familiar con otros integrantes que podrían velar por sus necesidades.

Nº Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higueta Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

Exclusivamente en lo que tiene que ver con el señor JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ advirtió que no procedía la prisión domiciliaria, porque su compañera permanente y madre del menor S.H.C. laboraba desde el año 2018; y en relación con sus hermanos HELMER HERNANDO y DAIRA ORFILIA, quienes eran oxígeno- dependientes, contaban con el apoyo económico de su otra hermana BEATRIZ ELENA VELÁSQUEZ, residente en EEUU, adicionalmente porque de la historia clínica del señor HELMER se desprendía que éste trabajaba como guarnecedor y zapatero, por lo tanto, no se podía afirmar su dependencia económica del procesado.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Durante el término legal establecido los defensores de los procesados sustentaron por escrito los recursos de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que sus prohijados tenían derecho a la concesión de la prisión domiciliaria; una vez allegadas las diligencias al Tribunal, la generalidad de ellos presentaron desistimiento del recurso de apelación –el cual fue aceptado por esta Magistratura–, quedando solo pendiente de resolver la alzada interpuesta por el abogado del procesado JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ. Frente a este último, el defensor argumentó lo siguiente:

- Su prohijado se encuentra bajo medida de detención preventiva en su residencia justamente en virtud de lo estipulado por el art. 314 num. 5 del C.P.P..-

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higuera Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

- Se avizora un prejuizgamiento por parte del Juez de primera instancia, pues en la audiencia de verificación del preacuerdo y de individualización de la pena procedió a dar lectura del fallo inmediatamente, omitiendo valorar los medios cognoscitivos que se le pusieron de presente como, la historia clínica de los hermanos del procesado, el estudio psicológico de su hijo y las declaraciones extra-juicio.

- La falta de valoración de los elementos materiales probatorios y el proferimiento instantáneo de la sentencia, constituye un defecto procedimental que va en contravía del derecho de defensa y del debido proceso, que, si bien no será atacado como nulidad del acto, debiera ser corregido en segunda instancia.

- Se tiene probada la condición de su prohijado como padre cabeza de familia, quien no solo tiene a cargo a su hijo, sino también el cuidado y manutención de sus hermanos, quienes no pueden valerse por sí mismos por padecer diferentes enfermedades. Aunque la señora BEATRIZ ELENA VELÁSQUEZ, también es hermana, vive en EEUU y su único aporte consiste en permitir que aquellos vivan en una propiedad de la cuál es titular. Adicionalmente, tampoco existen elementos para afirmar que hoy en día HELMER HERNANDO continúe desempeñando la actividad de zapatero.

- Asimismo, el hijo menor de edad de su protegido también depende totalmente de él y aunque cuenta con el apoyo de su progenitora, se debe tener en cuenta el principio

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higuera Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

de protección integral del menor, que incluye la asistencia, la protección y el afecto que su defendido le brindaba a su hijo.

Por lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia en el entendido de conceder a su prohijado la prisión domiciliaria en los términos del art. 314 num. 5° del CPP.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Del escrito de sustentación del recurso de alzada presentado por el defensor del acusado, se advierte que en su calidad de único sujeto procesal recurrente se limitó a hacer prevalecer en su defendido la condición de padre cabeza de familia.

Desde esta perspectiva cabe precisar que, en principio, y como con acierto lo planteara el Juez de primera instancia, resultaría improcedente el sustituto de cara a la prohibición del *artículo 68 A, modificado por el 32 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014*, al disponer que no se concederán:

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higueta Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

“...la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario... tráfico de migrantes...” (Subrayas nuestras).

Ello, habida cuenta que precisamente uno de los punibles por el cual fue condenado el señor JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ, es el de Tráfico de Migrantes; sin embargo, es claro que existe una excepción *-como lo afirma la defensa y lo advirtiera en su momento el A quo-* a la referida prohibición, en punto a la pretendida demostración de la condición de padre cabeza de familia del procesado, en términos del *inciso 3º* de la misma normativa *–artículo 68 A–*:

“Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004”.

Y de acuerdo con el numeral 5o de la norma en cita “Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio”.

La Ley 750 de 2002, consagró el mecanismo

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higuera Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

sustitutivo de la prisión domiciliaria para el condenado que ostente la calidad de madre o padre¹ cabeza de familia, esto con el fin de proteger a los menores de edad que dependen enteramente de quien resulte condenado, pero también como respaldo de otras personas bajo su cargo que por su edad o por problemas graves de salud, sean incapaces o estén incapacitadas para trabajar, (CSJ SP 4945-2019, rad. 53863 de 13-11-2019), y que, por lo tanto, como consecuencia de un fallo condenatorio queden abandonados a su propia suerte. Así entonces, dispuso la Ley que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpliría en el domicilio del sentenciado siempre y cuando se cumplieran los siguientes requisitos:

a) Que quien la solicite sea madre o padre cabeza de familia, entendiéndose como tal y de acuerdo con el artículo 2o de la norma, aquél que siendo soltero o casado, tuviera bajo su cargo económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial, de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar;

b) Que el delito endilgado no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada;

¹La sentencia C-184 de 2003, hizo extensivo el beneficio de la prisión domiciliaria a los padres cabeza de familia.

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higueta Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para Delinquir.

c) Que no registre antecedentes penales; y

d) Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad, o hijos con incapacidad mental permanente.

Queda claro entonces que la citada Ley busca la protección integral del menor y de otras personas que cumpliendo con las características antes reseñadas dependan enteramente del condenado.

En el presente caso, el defensor considera que a su prohijado le asiste el beneficio de la prisión domiciliaria, no solo por tener un hijo menor de edad S.H.C., sino también por tener bajo su cuidado y protección a dos de sus hermanos, los señores HELMER HERNANDO y DAIRA ORFILIA HIGUITA ÁLVAREZ, quienes son oxígeno-dependientes y conviven con el procesado. Por lo tanto, seguidamente se analizará la situación en relación con cada uno de los mencionados.

En lo que tiene que ver con el hijo menor de edad del acusado, S.H.C., como bien lo ha dicho la H. Corte Constitucional² y lo adujo correctamente el apelante, más que el suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar, lo importante es el cuidado integral de los niños, esto es, la

²Ibidem.

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higueta Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

protección, afecto, educación, orientación, etc., pero debe demostrarse, eso sí, que el recluso, sin el apoyo de una pareja, estaba al cuidado de sus hijos, situación que se extiende a las personas dependientes en el seno del hogar, antes de la privación de su libertad, hasta el punto que pueda asegurarse que este hecho determinó el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos.

Para el reconocimiento de tan caro instituto no basta entonces decir, sin más, que se es padre o madre cabeza de familia, hay que demostrarlo y ello, como lo sostuvo el *A-quo*, fue lo que no se hizo en estas diligencias, al no haberse aportado prueba sumaria encaminada a demostrar que el señor JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ era el único sustento afectivo, económico y moral de su hijo menor, por el contrario, de atenernos a los elementos de prueba aportados a las diligencias, lo único que se podría concluir es que el menor convive con su señora madre, la señora LUZ AMPARO CEBALLOS MARÍN, quien además es la compañera permanente del procesado y actualmente es el sustento económico y emocional del menor.

Lo anterior, se extrae de los documentos aportados al proceso que permiten arribar sin ningún asomo de duda a dicha conclusión, pues según se lee de la historia clínica psicológica del infante (fls. 307-312), si bien éste se encuentra afligido –y con razón– por la situación legal desatada por el padre, hecho que ha afectado su proceso de escolaridad, también lo es, que el mayor vínculo de apego del menor es con su progenitora (fl. 308). Asimismo, se advierten coherentes las declaraciones

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higueta Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

extra-juicio que rindieran la madre del menor, las señoras MARGARITA SANTAMARIA y BRILLID BETANCUR SALDARRIAGA, quienes de manera unánime afirman que la señora LUZ AMPARO CEBALLOS es quien viene asumiendo la manutención económica del menor.

Por lo tanto, no existe incertidumbre respecto a que el menor S.H.C., cuenta con el acompañamiento económico y psico-emocional de su madre, y aunque se reconoce que la situación del padre lo pudo desestabilizar en su proceso escolar, eso no significa que el procesado sea la única persona que pueda atender su desarrollo, pues de los elementos de convicción traídos a este proceso se desprende que el niño no se encuentra abandonado a su suerte, por el contrario, goza de un acompañamiento integral por parte de su progenitora.

Aunque la defensa advierte que en este tipo de situaciones debe prevalecer el interés superior del menor, también lo es, tal y como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia (CSJ SP 3738-2021, rad. 57905 de 25-08-2021) que: _ “Respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos”. Así, entonces y tal como lo explicara en su momento el *A quo*, es claro que en el caso concreto, no se cumplen los requisitos para considerar que el procesado actúa como “padre cabeza de familia” de su menor hijo S.H.C..-

Nº Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higueta Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los hermanos de JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ, es decir, los señores HELMER HERNANDO y DAIRA ORFILIA, habrá que decir, que tampoco se demostró su dependencia económica y moral con el procesado, pues, aunque las historias clínicas de éstos dejan ver que efectivamente padecen problemas de salud, en ninguna parte consta que se trate de enfermedades catalogadas como graves que les genere incapacidad para trabajar, ni tampoco que JOSÉ CONRADO sea su único apoyo.

En lo que atañe a DAIRA ORFILIA, de los documentos allegados por la defensa se deduce que si bien es portadora de un marcapasos, es anticoagulada y a lo largo de su vida ha presentado otras patologías, también lo es que, del registro individual de prestación de servicios del Hospital General de Medellín (fls. 321-344) se desprende que aunque su ocupación es la de ama de casa, también es cotizante activa del sistema general de salud; igualmente, en el acápite del parentesco de la historia clínica quien figura como compañero y responsable de la paciente, es el señor ALEXIS TABARES, y de la misma manera allí se señala que cuando ésta acudió a la consulta lo hizo acompañada de LIBIA OBANDO a quien identificó como su suegra.

Así las cosas y como quiera que la señora DAIRA ORFILIA cuenta con un núcleo familiar que la apoya en su proceso de salud y que al ser cotizante activa posee ingresos que le permiten estar afiliada al sistema de salud como tal, y no simplemente como beneficiaria, tales aspectos permiten

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higuera Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

descartar la tesis defensiva relativa a que el único soporte con el que cuenta esta dama sea exclusivamente el procesado.

Algo parecido ocurre con el otro hermano del procesado, el señor HELMER HERNANDO, del que tampoco se probó la referida dependencia, pues como bien lo reconoció el defensor en su recurso de apelación, esta persona afirmó en una de sus consultas médicas que desempeñaba actividades laborales de zapatería y de guarnecedor, hecho que más allá de demostrar su honestidad, como lo dice el apelante, permite advertir su capacidad para llevar a cabo actividades económicas y velar por su manutención.

Adicionalmente, de la evaluación psicológica que en su momento se le hiciera al menor S.H.C., se advierte que el niño tiene una relación tranquila con su tío, por lo que fácilmente puede inferirse que don HELMER, convive en un núcleo familiar tranquilo y sereno en compañía de su sobrino y de su cuñada; pero además, de la declaración extrajuicio de BEATRIZ ELENA VELÁSQUEZ, se destaca que también existe otra hermana, quien pese a vivir en EEUU, podría brindar un respaldo económico adicional ante la ausencia temporal del procesado, aunado a que DAIRA ORFILIA quien cuenta con su propio núcleo familiar, le podría brindar apoyo económico, moral y emocional. Así entonces, las hermanas aludidas, en caso tal de que el señor HELMER lo llegará a necesitar, son las llamadas a seguir velando por su bienestar y protección en virtud del principio de solidaridad.

Nº Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higuítá Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

En ese orden, se itera, no existen pruebas concluyentes que permitan inferir que JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ sea el único soporte económico, emocional y moral para su menor hijo y hermanos, tal y como acertadamente lo consideró el *A quo*, con serios argumentos que comparte la Sala, contrario a lo sostenido por el recurrente, cuando alude infundadamente a un supuesto prejuzgamiento u omisión del funcionario en la valoración de las pruebas en tal sentido; de ahí no quede otra alternativa que la de confirmar el fallo impugnado.

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

FALLA

PRIMERO.- SE CONFIRMA íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo (Ant.)*, de fecha de 8 de abril de 2019, en contra del acusado JOSÉ CONRADO HIGUITA ÁLVAREZ, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

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

N° Interno : 2019-0605-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00357-2017-00168
Acusados : José Conrado Higueta Álvarez y otros.
Delito : Tráfico de Migrantes y Concierto para
Delinquir.

sean destinadas para lo concerniente a la fase ejecutiva de la condena.

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado

Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **95890860e1121eb863c0c287324e102c03d0eecf5c3e9511cf0802d66b0baa29**

Documento generado en 06/09/2022 03:04:25 PM

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

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

Medellín, seis de septiembre del año dos mil veintidós

ACCION DE REVISION

No TRIBUNAL: 2022-0890-6

ACCIONANTE: LUIS ENRIQUE VIANA SANCHEZ en
representación de LUIS ALBERTO
PRISCO AGUDELO

En cumplimiento a lo prescrito en el artículo 195 de la Ley 906 de 2004, se ordena a la Secretaria, abrir periodo probatorio por el término de (15) días, para que las partes soliciten las que estimen conducentes.

COMUNÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **b8c2d32274620a3596bf34e5849a5c985197c24844e344af9760212ca45978d3**

Documento generado en 06/09/2022 10:29:13 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>