

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



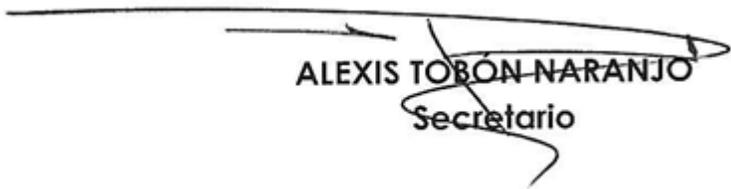
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 035

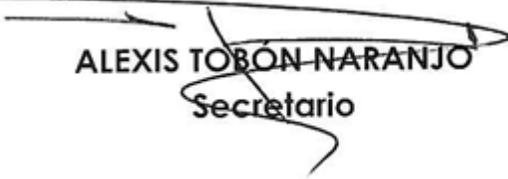
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2022-0044-3	AUTO LEY 906	REBELIÓN	Nancy Henao Suárez	Fija fecha de publicidad de providencia	Febrero 28 de 2022
2022-0221-3	auto ley 906	Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio Rentístico	Nicolás Alberto Botero Duque	Acepta desistimiento	Febrero 28 de 2022
2021-1948-3	Sentencia 2ª instancia	Concierto para delinquir agravado	Blanca Olivia Castaño Zapata	Confirma sentencia de 1º instancia	Febrero 28 de 2022
2022-0136-6	Tutela 2ª instancia	KARINA MURILLO CÓRDOBA	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 28 de 2022

FIJADO, HOY 01 DE MARZO DE 2022, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicado CUI 68081 60 00000 2020 00073
Radicado Interno 2022-0044-3
Delito Rebelión
Procesado Nancy Henao Suárez

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través de los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se fija fecha y hora para la celebración de audiencia de lectura, dentro de la actuación de la referencia para el día **LUNES SIETE (7) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL VEINTIDÓS (2022). A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (09:00 A.M.).**

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

CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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:
9fcd3e3df3a546162ecb12fff8d48f500994322c4f1d859ad2c27
3ffbe81ebed

Documento generado en 28/02/2022 09:24:17 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

N.I.	2022-0221-3
RADICADO	05440 61 08503 2012 80429
PROCESO:	Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Ley 906
PROCESADO	Nicolás Alberto Botero Duque
DELITO	Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio Rentístico
DECISIÓN	Acepta desistimiento

Medellín, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)
(Aprobado mediante acta No. 054 de la fecha)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dispone esta Sala de Decisión Penal a emitir el pronunciamiento que corresponda, en torno de la manifestación de desistimiento del recurso de apelación por parte del abogado defensor del señor **Nicolás Alberto Botero Duque**, al interior de la presente actuación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procedente del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, fueron remitidas las presentes diligencias ante esta Sala Penal, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor del señor **Nicolás Alberto Botero Duque** frente a la decisión del 24 de noviembre de

2021, a través de la cual ese Juzgado le negó al sentenciado el permiso para trabajar¹.

Con auto del 7 de febrero de 2022, el Juzgado resolvió no reponer su decisión y concedió el recurso de apelación, ordenando la remisión de las diligencias ante esta Sala Penal².

Sin embargo, el pasado 22 de febrero³, eso es, con posterioridad a la concesión del recurso de apelación, el mismo profesional del derecho, desistió del recurso de apelación interpuesto.

Siendo así, y de conformidad con lo establecido en el artículo 179F de la Ley 906 de 2004, creado por el artículo 96 de la Ley 1395 de 2010, se acepta el desistimiento del recurso de apelación, por tratarse de un acto de parte del único sujeto procesal con interés en este asunto.

Se dispondrá que, por Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de la actuación ante el Juzgado de origen y se comunique lo aquí decidido a los sujetos procesales.

Sin necesidad de más consideraciones, en mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

¹ PDF 03

² PDF 11

³ PDF 14

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR EL DESISTIMIENTO propuesto por el abogado defensor del señor **Nicolás Alberto Botero Duque** frente a la decisión del 24 de noviembre de 2021, a través de la cual el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia le negó al sentenciado el permiso para trabajar.

SEGUNDO: SE DISPONE que por Secretaría de la Sala, se comunique esta decisión a los sujetos procesales y se remitan las diligencias ante el Juzgado de origen.

CÚMPLASE

(firma electrónica)

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - 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:

**580eda4985ccfa59aea7053c268060877bcd5e9bbfe635c209ac26b026987
30**

Documento generado en 28/02/2022 04:53:51 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

RADICADO CUI	05001 60 00000 2020 00911
N. I.	2021-1984-3
DELITO	Concierto para delinquir agravado
ACUSADO	Blanca Olivia Castaño Zapata
ASUNTO	Niega sustituto penal
DECISIÓN	Confirma
LECTURA	28 de febrero de 2021 – Hora 08:30

Medellín (Ant.), diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022)
(Aprobado mediante Acta No. 045 de la fecha)

OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el numeral tercero de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021, mediante la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia negó a la señora **Blanca Olivia Castaño Zapata** la prisión domiciliaria del artículo 38 B del C.P. y la prevista en la Ley 750 de 2002.

HECHOS

El 9 de octubre de 2020, miembros de la Fuerza Pública ingresaron al inmueble ubicado en la zona urbana del municipio de Segovia Antioquia, ubicado en la carrera 52 con calle 60 tercer piso, donde residía la señora **Blanca Olivia Castaño Zapata**, con el fin de hacer efectiva su orden de captura y recaudar elementos materiales probatorios. En el registro a la vivienda se incautaron 26 barras de indugel equivalente a 254 gramos y 15 metros (aproximados) de mecha lenta.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 10 de octubre de 2020, se formuló imputación a la señora **Blanca Olivia Castaño Zapata** como autora de la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos (art. 366 CP).

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia. En audiencia del 8 de septiembre de 2021 la Fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con la procesada¹. Consistió en que esta acepta su responsabilidad en el delito imputado y a cambio se degrada su participación en la conducta de autora a cómplice solo como una ficción jurídica para efectos del preacuerdo.

Para imponer la pena se partió del mínimo establecido para la conducta punible descrita y sancionada en el artículo 366 del C.P. y se le descontó el 50%. La sanción se pactó en 5 años y 6 meses de prisión.

El Juez verificó el preacuerdo y lo aprobó².

En audiencia realizada el 19 de noviembre de 2021 las partes se pronunciaron en los términos del artículo 447 del C.P.P.

La defensa³ pidió que se conceda a su representada la prisión domiciliaria del artículo 38 B del C.P, pues en su criterio, es la pena resultante del preacuerdo la que determina la procedencia del sustituto penal.

Subsidiariamente, pidió que se le reconozca la prisión domiciliaria establecida en la Ley 750 de 2002 (aunque de forma equivocada hizo referencia al numeral 5 del artículo 314 del C.P.P.).

¹ A partir del minuto 00:03:05 audio del 8 de septiembre de 2021

² A partir del minuto 00:12:53 audio del 8 de septiembre de 2021

³ A partir del minuto 00:03:00 audio del 19 de noviembre de 2021

DECISIÓN IMPUGNADA⁴

Para efectos de la decisión que adoptará la Sala, interesa destacar de la sentencia recurrida que el Juez negó el sustituto de la prisión domiciliaria porque la pena mínima prevista para el delito descrito en el artículo 366 del C.P. supera el monto que como factor objetivo prevé el artículo 38 B para la procedencia de ese sustituto.

Recordó que el beneficio pactado lo fue únicamente con miras a disminuir la pena, así lo informó la Fiscalía cuando indicó que la complicidad se tenía solamente “como ficción jurídica”, por lo que la procesada será condenada como autora y no como cómplice del delito sancionado en el artículo 366 del CP.

Tampoco concedió la prisión domiciliaria de la Ley 750 de 2002 porque estimó que la sentenciada no tiene bajo su cargo y de forma exclusiva a una persona incapacitada para trabajar, pues no hay ausencia o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

LA IMPUGNACIÓN⁵

La Defensa apeló la decisión con los siguientes argumentos:

- 1- En relación con la petición principal de que se conceda a su asistida la prisión domiciliaria del artículo 38 B del C.P., asegura que existe abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (anterior al año 2020) que señala que la procedencia de los subrogados y sustitutos penales dependen, no del delito imputado, sino del aceptado. Como su defendida fue beneficiada en virtud del preacuerdo con la pena del cómplice, se cumple con el factor objetivo de la pena mínima para la concesión del referido sustituto penal.
- 2- Acerca de su petición subsidiaria de prisión domiciliaria por acreditar su representada la condición de madre cabeza de familia, adujo que el Despacho no valoró los elementos de conocimiento presentados en su oportunidad y negó su petición fundamentado en una apreciación personal respecto de

⁴ PDF 24

⁵ PDF 26

circunstancias que no fueron expuestas por la defensa. Los elementos sobre los que sí se pronunció, no fueron valorados de forma correcta, pues desconoció que la madre de la procesada, quien tiene 81 años y un diagnóstico clínico que requiere especial cuidado, depende totalmente de la procesada, pues no cuenta con familia extensa que le brinde cuidado y protección.

- 3- El Juez, de manera arbitraria, no accedió a la petición de oficiar a la Comisaria de Familia de Segovia Antioquia para que se emitiera concepto en relación con la composición del grupo familiar de la procesada, pese a que la ley lo faculta para que proceda de conformidad.
- 4- Por último, adujo que nada se dijo en la sentencia en relación con el tiempo que la procesada lleva privada de la libertad y que debe descontarse de la condena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 33 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para desatar la alzada, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible a ellos. Así así se expondrán las razones por las cuales las solicitudes realizadas por el apelante en cuanto a concesión de la prisión domiciliaria del artículo 38 B y la prevista en la Ley 750 e 2002, no están llamadas a prosperar, motivo por el que la decisión recurrida será confirmada.

1. De la prisión domiciliaria del artículo 38 B del C.P.

En primer término, resulta preciso advertir que, contrario al planteamiento de la defensa, son aplicables al presente asunto los referentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, contenidos en la decisión con radicado 52.227 del 24 de junio de 2020.

Nótese que el preacuerdo celebrado por las partes en este proceso se presentó ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Especializado de Antioquia el 8 de septiembre de 2021 por hechos ocurridos el 9 de octubre de 2020. Para esas

fechas, ya se había publicado la sentencia con radicado 52.227 del 24 de junio de 2020, soporte de la decisión que adoptó el juez de instancia.

Además, desde el año 2019 existe en el ordenamiento jurídico la sentencia SU 479, decisión que constituye el respaldo de la postura adoptada por la Sala de Casación Penal en la referida sentencia 52.227 la cual unifica el criterio de la Corte en torno de los lineamientos que deben seguirse al momento de celebrar preacuerdos y negociaciones. Esa es la jurisprudencia aplicable al caso bajo consideración, no la producida con anterioridad como equivocadamente parece entenderlo el apelante.

Ahora bien, en esa sentencia radicado 52.227 acerca de la modalidad de preacuerdo pactada en este proceso, dijo la Corte:

*“Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, **el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–;** (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice...”.* (Negrillas de esta Sala).

En este caso, la Fiscalía fue clara cuando expuso los términos del preacuerdo y manifestó que la procesada acepta su responsabilidad en el delito imputado y a cambio se degrada su participación en la conducta de autora a cómplice solo como una ficción jurídica para efectos del preacuerdo.

De acuerdo con la sentencia radicado 52.227, queda claro que el reconocimiento de la complicidad, solo podría aceptarse a condición de aplicarse únicamente para efectos de disminución de la pena. Por ello, la calificación jurídica que determinaría las consecuencias jurídicas del delito es la que fue objeto de acusación.

Como la procesada fue acusada como autora de la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos (art. 366 CP), no procedía en este asunto la concesión de la prisión domiciliaria, en tanto no se satisface el requisito objetivo del artículo 38B *ibidem*.

En ese sentido, como el delito descrito en el artículo 366 del C.P. atribuido a la procesada tiene un mínimo de pena de 11 años, claramente no se satisface el requisito objetivo del mínimo de la pena prevista en el artículo 38 B del C.P. (8 años de prisión) para la concesión de la prisión domiciliaria.

2. De la prisión domiciliaria de la Ley 750 de 2002.

Según el artículo 2º de la Ley 82 de 1993:

*“Para efectos de la presente ley, entiéndase por “mujer cabeza de familia”, -se aclara que para los hombres también-, a quien siendo soltera o casada tenga bajo su cargo económico o social en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge, compañero permanente o **deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.**”*

La Honorable Corte Constitucional, desarrolló los presupuestos indispensables para el reconocimiento de dicha condición:

*“...En efecto, para tener dicha condición, es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, **que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.***

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse

que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia...⁶.

Como respaldo de su petición, la defensa incorporó en la audiencia del 447 del C.P.P. la historia clínica de la madre de la sentenciada quien tiene 81 años de edad y padece de hipertensión arterial y enfermedad de Parkinson. Así mismo, dos declaraciones extra proceso rendidas el 19 de noviembre de 2019 por las señoras Flor Ángela Zea Osorio y Paula Andrea Contreras, en las que se afirma simplemente que la procesada es la única que vela por la manutención y cuidado personal de su madre.

La condición de padre o madre cabeza de familia no se acredita simplemente aportando prueba del parentesco. Es indispensable demostrar la ausencia permanente o abandono, en este caso, de las personas incapacitadas para trabajar por parte de su hija o demás parientes cercanos; acreditar que materialmente no haya otra persona que pueda suplir esas necesidades.

Es decir, que, en este caso la sentenciada tenga su madre incapacitada para trabajar a su exclusivo cargo, al punto que como consecuencia de la privación de la libertad y ante la ausencia de otros parientes, su madre sometida a su cuidado, protección y manutención queda sumida en el desamparo o abandono.

Solamente en esas condiciones y en aras de proteger los derechos fundamentales de las personas incapaces o incapacitadas para trabajar, se justifica la imposición de una forma más benigna de reclusión para permitirle a la procesada cubrirla sin quebranto en la continuidad del rol familiar.

En el presente asunto, no se demostró que la madre de la sentenciada no cuenta con otros miembros de la familia que, en su ausencia, le puedan y deban brindar los cuidados y protección que aquella le prodiga.

No se comprobó una real deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, como para tener por sentado que se trata de una exclusiva e ineludible obligación de la procesada en relación con su madre.

⁶ Sentencia SU 388 de 2005

Nada se sabe de la familia extensa que, en todo caso, tiene la obligación de concurrir con el cuidado de la madre de la sentenciada mientras ésta purga la pena de prisión que le fue impuesta.

Ahora bien, la defensa adujo que el Juez, de manera arbitraria, no accedió a la petición de oficiar a la Comisaria de Familia de Segovia Antioquia para que se emitiera concepto en relación con la composición del grupo familiar de la procesada, pese a que la ley lo faculta para que proceda de conformidad.

En ese sentido, el artículo 447 del C.P.P. dispone que:

“Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición”.

La Ley no le impone la obligación de solicitar información adicional para resolver las solicitudes que realicen las partes en este ámbito procesal. Es facultativo del Juez pedir o no más información, de estimarlo necesario. En este asunto, el Juez consideró suficientes los elementos materiales probatorios presentados por la defensa como respaldo de su pretensión para negar la solicitud de prisión domiciliaria. Por ello, el no acceder a oficiar a la Comisaria de Familia de Segovia Antioquia para que se emitiera concepto en relación con la composición del grupo familiar de la procesada, no constituye un acto arbitrario por parte del funcionario fallador.

Como le asiste razón a la primera instancia en cuanto a la negativa del sustituto penal solicitado a favor de la sentenciada **Blanca Olivia Castaño Zapata** la decisión impugnada será confirmada.

Lo anterior, no obsta para que ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad encargado de la vigilancia del cumplimiento de la pena, se solicite nuevamente, y con la acreditación de los requisitos que la ley procesal exige, la sustitución de la pena privativa de la libertad por domiciliaria, en virtud de la calidad alegada en este asunto.

Por último, el apelante adujo que nada se dijo en la sentencia en relación con el tiempo que la procesada lleva privada de la libertad y que debe descontarse de la condena.

Es verdad que el Juez no se pronunció al respecto en la sentencia. No obstante, se trata de un imperativo legal establecido en el numeral 3 del artículo 37 del C.P., por manera que le corresponderá al Juez que le vigile la pena a la sentenciada computar como parte cumplida de la pena impuesta, el tiempo que lleva detenida en razón de este proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza, fecha y origen, en lo que fue objeto de apelación, acorde con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes, significándoles que contra la presente procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada

CUI: 05001 60 00000 2020 000911

N. I.: 2021-1984-3

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas armadas o explosivos

ACUSADO: Blanca Olivia Castaño Zapata

Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - 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: **c02f371da862322844757a0e626e3a8da0db9c47df6a2d93b074942b94a44216**

Documento generado en 28/02/2022 04:54:03 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

Proceso N°: 050453104002202200004 **NI:** 2022-0136-6
Accionante: KARINA MURILLO CÓRDOBA EN REPRESENTACIÓN DE
AUSTIN ANDRÉS MOSQUERA MURILLO
Accionados: NUEVA EPS
Decisión: Confirma
Aprobado Acta N°: 025 de febrero 28 del 2022
Sala N°: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, febrero venticinco del año dos mil veintidós

VISTOS

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), en providencia del pasado 20 de enero de 2022, concedió el amparo Constitucional invocado por la señora Karina Murillo Córdoba quien actúa en representación su hijo menor de edad Austin Andrés Mosquera Murillo en contra de la Nueva EPS y la Farmacia de alto costo Colsubsidio.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la apoderada especial de la Nueva EPS S.A., interpuso recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

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

“Expuso la accionante, que su hijo menor de edad se encuentra afiliada en salud a la NUEVA ES, siendo diagnosticado con R18X ASCITIS, en consecuencia, fue remitido a la FUNDACIÓN AMIGOS DE LA SALUD, para ser intervenido de la patología en mención, donde le indicaron que dicha enfermedad podía ser superada suministrándole al infante la formula (leche) NUTRICIA MONOGEN, con el propósito de no poner en peligro su vida en una cirugía, dicha fórmula fue debidamente autorizada por la NUEVA EPS, debiendo ser reclamada en la FARMACIA ALTOCOSTO COLSUBSIDIO, encontrándose a la fecha en lista de espera para la entrega, ya que dicho establecimiento no cuenta con disponibilidad del producto en mención.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos antes narrados solicita al Despacho, tutelar los derechos fundamentales invocados y como consecuencia, se ordene a la EPS, entregar de forma efectiva la formula (leche) NUTRICIA MONOGEN, además de pasajes y alojamiento si lo llegase a necesitar.

PRUEBAS APORTADAS

- 1. Fotocopias del Registro Civil de Nacimiento del menor afectado.*
- 2. Copia de la cedula de ciudadanía de la accionante.*
- 3. Copia de la formula médica.*
- 4. Copia de la historia clínica.”*

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 12 de enero de la presente anualidad, se ordenó la notificación de la Nueva EPS en el mismo acto se ordenó la vinculación de la Fundación Amigos de la Salud en Montería - Córdoba y de la Farmacia de alto costo Colsubsidio en Apartadó, informándoles del inicio de la misma para que realizaran las explicaciones frente a los hechos relacionados en el escrito de tutela.

El Dr. Andrés Felipe Franco Quintero apoderado especial de la Nueva Eps, manifestó que el menor de edad Austin Andrés Mosquera Murillo, se encuentra afiliado a la Nueva EPS en el régimen contributivo, en calidad de beneficiario. Además, que el medicamento solicitado MONOGEN, se encuentra clasificado como un medicamento NO PBS.

Señaló que la Nueva EPS no es la entidad obligada a asumir los servicios solicitados, ya que de acuerdo con la resolución 2292 de 2021 los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC *“Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”*

Por ende, indicó que no es procedente suministrar el medicamento ya que de hacerlo se estaría colocando en detrimento del sistema de salud, pues los recursos son limitados y deben darle un uso adecuado. Resaltó que esa entidad siempre ha actuado conforme a la normativa vigente que rige para la autorización de medicamentos y procedimientos y debe entenderse que por fuera de los términos de la ley no puede aprobarse ningún servicio, máxime cuando no se cumplen los requisitos que la misma ley exige para su autorización.

Finalmente solicitó que se nieguen las pretensiones incoadas por la accionante, advirtiendo que esa EPS no ha negado ningún servicio médico al paciente todo lo que ha necesitado se le ha brindado como exámenes, procedimientos, consultas médicas y medicamentos adecuados a su patología.

Relató que al juez de tutela no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. Además, que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no lo que

estime el paciente. En todo caso deberá garantizarse el derecho constitucional a la salud de los afiliados, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.

Así mismo, en cuanto a la solicitud de traslado, alimentación, para ella y para su hijo, atendiendo a la condición de consistir en servicios excluidos del PBS, es obligatorio que el médico tratante ordene estos servicios a través de la plataforma MIPRES.

Añadió que el juez no puede valorar un procedimiento médico porque carece de conocimiento científico para determinar qué tratamiento requiere un paciente en una situación dada. Por ende, para que el juez constitucional ordene el suministro un determinado procedimiento médico, un traslado o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, este deberá ser ordenado por el médico tratante.

Finalmente solicita declarar improcedente la presente acción de tutela, eximiendo a la Nueva E.P.S., de toda responsabilidad, pues ha cumplido con todas sus obligaciones y ante la falta de vulneración de derechos fundamentales al accionante.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, luego el *a-quo* procede a analizar el caso en concreto.

Señala que el menor Austin Andrés Mosquera, se encuentra a la espera de que la entidad accionada realice entrega de la formula Nutricia MONOGEN, la cual es necesaria para combatir el diagnostico R18X ASCITIS, por lo que, el acceso a dicha fórmula, genera un escenario de mejoraría en su salud y calidad de vida, pues lleva un mes en lista de espera, ya que el establecimiento que debe entregar el producto no cuenta con su disponibilidad.

El derecho a la salud es considerado como fundamental, vinculado directamente a la vida y al principio de dignidad humana, dada la necesidad de garantizarle al individuo una vida en condiciones respetables, consistiendo en una obligación del Estado garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de acuerdo con las normas que lo regulan.

Teniendo en cuenta que en el presente caso el sujeto vulnerado está en situación de indefensión por ser menor de edad, deberá concederse la presente acción de tutela, en procura de salvaguardar su derecho a la salud y a la vida digna, pues dentro de todo el trámite procesal, las partes accionadas, no lograron demostrar el cumplimiento del servicio médico o la falta de responsabilidad frente a los hechos demandados.

Concerniente al suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el POS, *“la H. Corte Constitucional ha determinado que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales, no obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.”*

En cuanto al servicio de transporte, alojamiento y alimentación solicitado, la jurisprudencia constitucional lo ha considerado como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, por cuanto en ocasiones el no contar con el traslado para recibir el servicio médico prescrito, se impide la materialización de los servicios de salud.

Así las cosas, ordenó a la Nueva EPS, entregar a la parte accionante la formula NUTRICIA MONOGEN, sin dilaciones, además, si se autoriza la entrega del producto fuera del lugar de residencia de la demandada, la Nueva EPS,

suministrará los gastos de transporte, alojamiento y alimentación que llegase a requerir para lograr la prestación efectiva de los servicios médicos objeto de tutela.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia, la apoderada especial de la Nueva EPS, impugnó la misma en los siguientes términos:

Reitera que los servicios de transporte, viáticos, alimentación, son solo servicios y no pertenecen a una prestación médica y no pueden ser asumidos por esa entidad atendiendo el principio de solidaridad. Además, que no existe una autorización médica para tal servicio, tampoco ordena que la afiliada asista a las citas con un acompañante. Que no es posible evidenciar la vulneración de un derecho al no acreditar que el servicio de transporte, alojamiento y alimentación se encuentre enlazado a un servicio de salud.

En relación con lo anterior no resulta procedente acceder al servicio de transporte, alojamiento y alimentación, ya que se trata de una pretensión de carácter evidentemente económico la cual a su vez NO debe ser cubierta por la EPS, ya que esta no se encuentra obligada legalmente a suministrar viáticos a la Afiliada, pues es una pretensión económica. Que es la familia la primera en ser llamada a responder con acciones humanitarias y solidarias frente a sus miembros que se encuentren en estado de vulnerabilidad, en virtud de los artículos 5 y 42 de la Constitución Política, al ser reconocida como institución básica de la sociedad.

Solicitando finalmente revocar la sentencia motivo de impugnación, y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la accionante en contra de la Nueva EPS. Puntualmente en lo relativo al transporte, alimentación y alojamiento concedido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó la señora Karina Murillo Córdoba la protección de los derechos fundamentales de su hijo Austin Andrés Mosquera Murillo, presuntamente vulnerados por parte de la Nueva EPS.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar la presunta vulneración de derechos fundamentales por parte de la Nueva EPS, al omitir el suministro del medicamento *Nutricia MONOGEN* al menor de edad Austin Andrés Mosquera. Aunado a ello, establecer la procedencia de conceder los gastos que por transporte, alimentación y alojamiento se deben cubrir cuando la entrega de ese medicamento se efectúe por fuera del municipio de residencia.

3. El derecho fundamental a la salud de los niños y niñas¹[76]

22. *El derecho a la salud es una garantía ius fundamental de la que goza toda la población*[77]. *En virtud de él, cada individuo debe disfrutar de las mismas oportunidades (entendidas como facilidades, bienes, servicios y condiciones) para alcanzar el “más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”*[78], *bajo el entendido de que la aquella es “un estado de completo bienestar físico, mental*[79] *y social”*[80]. *No se trata de un derecho a estar “sano”*[81] *o desprovisto de enfermedades. Implica la posibilidad de incrementar los niveles de salud propios, tanto como sea factible, de conformidad con las viabilidades materiales estatales y científicas, en armonía con la libertad de la persona, sus condiciones biológicas y su estilo de vida.*

Para concretar ese derecho el sistema de seguridad social en salud se dispone como un entramado de instituciones y agentes que actúan, entre otros, orientados por el principio de solidaridad para lograr eliminar las barreras de acceso a los servicios, con especial atención en la población vulnerable. Entre las personas que precisan una atención prioritaria por parte del Estado se encuentran los niños y las niñas.

¹ Sentencia T-207/20

23. El artículo 44 superior señala que entre los derechos fundamentales de los infantes está el de la salud. Su materialización, como también la de sus demás garantías constitucionales, es deber de la familia, la sociedad y del Estado y tiene un objetivo específico: lograr “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”^[82], como expresión de “un derecho subjetivo fundamental a recibir protección”^[83] por parte de aquellas tres instituciones.

Según esa misma norma, las garantías previstas por el Constituyente a favor de los menores de edad prevalecen sobre los derechos de los demás y, tanto las decisiones como las actuaciones que los afecten deben orientarse por su interés superior. Ellos son sujetos de especial protección constitucional en razón de su edad, lo que implica que en el sistema de seguridad social en salud merezcan “trato preferente y prevalente en el acceso [eficaz y oportuno] a las prestaciones”^[84] que clínicamente requieran.

En suma, en el marco de la gestión y la prestación del servicio de salud a favor de los niños y niñas, es preciso considerar que todos los agentes que intervienen en él, tanto públicos como privados, deben (i) orientarse no solo al mantenimiento del mayor nivel de salud posible, como para la generalidad de la población, sino que deben perseguir un desarrollo infantil efectivo, como condición para el ejercicio de sus demás garantías constitucionales y (ii) atender en cualquier caso el interés superior^[85], como presupuestos para la consolidación de la dignidad humana del niño.”

4. Del Caso en Concreto

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

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

constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Verificando los datos suministrados en el escrito tutelar, como resultado de la búsqueda en la página web del Adres, el menor de edad Austin Andrés Mosquera Murillo se encuentra como beneficiario en el régimen contributivo de la Nueva EPS. Además, asegura la accionante que su familia es de escasos recursos, que se encuentra desempleada, y que el menor se encuentra afiliado como beneficiario de su padre.

En efecto, la señora Karina Murillo Córdoba invoca en favor de su hijo menor de edad Austin Andrés Mosquera Murillo la protección al derecho fundamental a la salud, en el entendido de que se le ordene a la Nueva EPS el suministro del medicamento *Nutricia MONOGEN*, recetado por el médico tratante, sin ningún tipo de dilaciones ni barreras administrativas.

Frente al derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, la Corte Constitucional, ha preceptuado lo siguiente:

“DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SU ACCESO PREFERENTE AL SISTEMA DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia²

La Corte ha insistido en que la valoración de las particularidades del caso concreto, sigue siendo indispensable para determinar si el mecanismo previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, máxime si nos encontramos ante sujetos de especial protección constitucional como son los niños, escenario en el cual, se debe propender porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS Y ACCESO EFECTIVO A LOS SERVICIOS QUE SE REQUIERAN SIN BARRERAS NI OBSTACULOS³

En el marco de la gestión y la prestación del servicio de salud a favor de los niños y niñas, es preciso considerar que todos los agentes que intervienen en él, tanto

² Sentencia T-010/19

³ Sentencia T-207/20

públicos como privados, deben (i) orientarse no solo al mantenimiento del mayor nivel de salud posible, como para la generalidad de la población, sino que deben perseguir un desarrollo infantil efectivo, como condición para el ejercicio de sus demás garantías constitucionales y (ii) atender en cualquier caso el interés superior, como presupuestos para la consolidación de la dignidad humana del niño.”

En consecuencia, al verificar el material probatorio aportado por la demandante, da cuenta que existe fórmula médica enviada por un médico pediatra, en la cual receta la fórmula llamada *Monogen polvo 400 g lata*, por 5 latas, de las cuales la demandante asegura encontrarse en espera para la entrega; fórmula requerida por el menor de edad para resguardar su estado de salud, por ende, es ostensible la vulneración derechos fundamentales, máxime si se trata de un menor de edad que es sujeto de especial protección constitucional al cual se le debe brindar una atención en salud de manera inmediata, prioritaria, preferente y de calidad. Fórmula médica que deberá suministrarse conforme a la periodicidad establecida y en la cantidad y fechas especificadas en la orden de servicio.

Es pertinente puntualizar, que conforme a los gastos de transporte, alimentación y alojamiento solo se concede en el evento de que la entrega del medicamento *Monogen polvo 400 g lata*, por 5 latas, se programe por fuera del municipio de residencia.

En consecuencia, no le queda más a esta Sala que CONFIRMAR el fallo de tutela de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) el día 20 de enero de 2022.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) el día 20 de enero de 2022 dentro de la acción constitucional interpuesta por la señora Karina Murillo Córdoba quien actúa en representación del menor de edad Austin Andrés Mosquera Murillo en contra de la Nueva EPS.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte la secretaría de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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:
f3235752207edcb945ddb1dd8a69125189a81f5b579800fae84e362d2c58d8a1

Documento generado en 28/02/2022 09:21:52 AM

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