

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
MANUEL YARZAGARAY BANDERA

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

Pereira, jueves doce (12) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 4:00 p.m.

Aprobado por Acta No. 004

Radicación:	660012204000-2015-00225-00
Accionante:	Cristhian David Marulanda Arango
Accionado:	Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y otros
Decisión:	Niega

ASUNTO

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda, con ocasión de la acción de tutela promovida por el señor **CRISTHIAN DAVID MARULANDA ARANGO** en contra del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL** y otros, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social, entre otros.

ANTECEDENTES

El señor Cristhian David Marulanda Arango presentó acción de tutela que fue recibida en la oficina judicial de reparto de Pereira,

Risaralda el 21 de octubre del año 2015, y repartida a esta Corporación en la misma fecha.

El jueves 22 de octubre se dispuso remitir por competencia la actuación a los Juzgados del circuito de esta ciudad, por lo que se asignó el conocimiento al Juzgado 2º Administrativo ese mismo día.

En desacuerdo con la postura de esta Corporación, el Juzgado en mención devolvió las actuaciones a este Despacho, donde por medio de Auto del 23 de octubre, se resolvió no asumir su conocimiento y por lo tanto se ordenó remitir la actuación a la Corte Constitucional para que resolviera el conflicto negativo de competencia.

El encuadernado se envió a la Corte Constitucional el 27 de octubre de 2015, y arribó nuevamente a esta Sala el 15 de junio de 2016 excluida de revisión, en otras palabras, por error involuntario se pensó que se enviaba allí el expediente para su eventual revisión, por lo que este Despacho aclaró por medio de Auto del 15 de junio de 2016, que la finalidad era que esa Alta Corporación resolviera el conflicto de competencia suscitado.

Así las cosas, el 17 de junio se envió nuevamente el expediente a la Corte Constitucional para lo de su competencia, donde finalmente se resolvió por medio de Auto del 9 de noviembre de 2016 que era competencia de esta Magistratura resolver la acción incoada, por lo que la actuación fue recibida nuevamente en este Despacho el 6 de diciembre de ese año.

El 7 de diciembre se admitió la acción en contra del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social -DPS- y -ANSPE- (fusionados mediante el Decreto 2559 de 2015), el Ministerio de la Salud y de la Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, así mismo, se ordenó dentro del Auto

citar al accionante para rendir declaración frente a los hechos, teniendo en cuenta que ya había transcurrido bastante tiempo desde la interposición de la acción de tutela, y era pertinente realizar una actualización sobre los hechos de la misma.

De lo narrado por el accionante en su escrito inicial, se pueden extraer como relevantes los siguientes:

- Su grupo familiar está conformado por dos hijos menores y su esposa.
- Hasta el 14 de agosto de 2015 él y su esposa trabajaron para cubrir los gastos de su hogar, sin embargo, para ese momento uno de sus hijos, Jacobo Marulanda López, ingresó al servicio de urgencias de la EPS Servicio Occidental de Salud S.A. Regional Pereira con un dolor intenso en el abdomen, y una vez realizada la valoración médica se determinó que padece de "SINDROME DE WEST IDIOPATICO (G405)" y "RETRASO GLOBAL DEL DESARROLLO (F83X)".

Para controlar la enfermedad, y evitar un daño cerebral irreparable, la médica tratante, especialista en Neurología infantil, ordenó el suministro de un tratamiento durante un mes, con la advertencia que el mismo podía generar diferentes efectos adversos, como variación constante de signos vitales (por lo que requería monitoreo permanente para evitar muerte súbita), entre otros.

- El delicado estado de salud del menor obligó a su esposa a renunciar a su trabajo para atender su enfermedad, y posteriormente él se quedó sin empleo también.
- Su situación económica es muy difícil, y tienen múltiples gastos mensuales, entre el pago de servicios públicos, mercado y

demás necesidades básicas suyas y de los menores, y a pesar de reconocer que esas responsabilidades están a su cargo, sus condiciones de vida han cambiado.

- El estado debe ser garante de las condiciones mínimas de subsistencia para su grupo familiar, teniendo en cuenta que por sus condiciones sociales no pueden recibir ingresos mediante un trabajo.
- Su esposa Diana Marcela interpuso una acción de tutela mediante la cual buscó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, salud y a la vida, entre otros, de su hijo Jacobo Marulanda, ésta fue conocida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Mínima Cuantía de esta ciudad, donde se resolvió el 7 de octubre de 2015 tutelar sus derechos fundamentales, no obstante, aunque su esposa explicó en la acción de tutela la necesidad del suministro de pañales desechables, pañitos húmedos, crema antipañalitis y leche para su hijo Jacobo, así como el transporte local, estos fueron negados. Dicha decisión fue apelada parcialmente pero hay que esperar casi dos meses para conocer un nuevo fallo.
- En condición de desempleado está vinculado a la Red Prestadora del Servicio Público de Empleo de Pereira y el SENA, también ha acudido a las entidades de servicio de empleo privado en internet como "computrabajo", "zona job", empresas temporales de la ciudad y ha enviado su hoja de vida a diferentes almacenes.

Con base en lo anterior, solicitó que se ordene a la entidad correspondiente garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales invocados mediante la atención inmediata de sus condiciones mínimas de subsistencia.

Dentro de su escrito solicitó que se decretara una medida

provisional para que se les brindara una ayuda inmediata para cubrir los gastos básicos urgentes de su familia. Dicha medida fue negada mediante Auto del 23 de octubre de 2015.

El día jueves 15 de diciembre de 2016 el señor Cristhian David Marulanda se hizo presente en este Despacho y rindió declaración actualizando los hechos que lo motivaron a interponer la acción de tutela, señalando puntualmente su interés de continuar con el trámite de la misma; de sus manifestaciones se puede extraer:

- Se encontraba trabajando en el Cuerpo de Bomberos de la ciudad, devengando un salario de 900.000, sin embargo estaba previsto que el mismo terminara el 31 de diciembre de 2016.
- Desde el momento en que se quedó sin trabajo ha adquirido muchas deudas, como el pago del arriendo y los gastos derivados del estado de salud de su hijo Jacobo Marulanda, de 22 meses de edad, como la compra de pañales, pañitos húmedos, crema antipañalitis, gastos de transporte y copagos para la asistencia a las citas médicas.
- Afirmó que las solicitudes relacionadas con el tema de salud del menor fueron expuestas en la acción de tutela que resolvió el otro juzgado, pero allí no se cubrieron todas las peticiones solicitadas. Pero aseguró que dicha decisión no fue impugnada porque él y su esposa pensaron que no podían hacer nada.
- Indicó que en el momento se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social como cotizante, y de manera adicional para lo relacionado con la salud de su hijo Jacobo paga a una cooperativa aparte, así como Red Médica Vital para que ellos puedan ir a la casa y atenderlo debido a su delicada enfermedad.
- Manifestó que no ha acudido a ninguna de las entidades

accionadas para solicitar la ayuda que en esta oportunidad reclama.

El 16 de diciembre de 2016, partiendo de la declaración rendida por el accionante, se procedió a la vinculación de la EPS Servicio Occidental de Salud S.A.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Risaralda: Para el caso concreto, los derechos reclamados por el accionante son responsabilidad de las entidades que pertenecen al sector salud, es decir, las EPS, quienes están encargadas de garantizar la atención médica de sus afiliados, por lo que respecto de esa entidad existe una ausencia de legitimación por pasiva.

Departamento Administrativo para la Prosperidad Social: manifestó que esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Explicó que la vinculación a la Estrategia de Superación de Pobreza Extrema –Red Unidos- no se realiza a través de un proceso de convocatoria o de inscripción directa por parte de las familias, sino que su proceso de selección se realiza con base en la base de datos certificada del SISBEN entregada por el Departamento Nacional de Planeación para los estratos 1 y 2.

Sobre el caso concreto refirió que una vez consultada la base de datos de la Estrategia Unidos, para para verificar el estado de afiliación del accionante y su esposa no son beneficiarios de esta estrategia, y adicionalmente verificada su inclusión en el sistema de identificación de potenciales beneficiarios de programas sociales

SISBEN se estableció que el accionante no aparece registrado, y la señora Diana Marcela López Arias tiene un puntaje de 51.33, que supera el puntaje mínimo establecido (26.12), lo que demuestra que no cumplen con el requisito para ser beneficiarios según lo establecido en la Resolución 716 de 2015.

Servicio Occidental de Salud S.A - S.O.S: refirió que al menor Jacobo Marulanda López se le está valorando por los servicios médicos que requiere para su patología, inclusive los excluidos del POS.

Así mismo, recordó que ya existe un fallo a favor del menor proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de mínima cuantía y confirmado en segunda instancia, y efectivamente tiene integralidad para su patología, transporte intermunicipal y exoneración de copagos y cuotas moderadoras. No obstante, el Juzgado negó el suministro de pañales, pañitos húmedos, crema antipañalitis y leche.

Finalmente resaltó (y anexó soporte) que tanto el accionante como su esposa se encuentran afiliados a esa entidad, ambos cotizando en dos empresas diferentes y con varios beneficiarios a parte de sus dos hijos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para decidir en primera instancia la presente acción, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

Le corresponde a esta Corporación establecer si se están vulnerando los derechos fundamentales del señor Cristhian David

Marulanda Arango y su núcleo familiar por parte de alguna de las entidades accionadas en el presente asunto.

El amparo previsto en el artículo 86 Superior como mecanismo procesal, específico y directo, tiene por objeto la eficaz, concreta e inmediata protección de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica **cuando éstos sean violados o se presente amenaza de conculcación**, o cuando se reclamen de manera concreta y específica.

Es pertinente recordar que la acción constitucional tiene un propósito claro, definido, estricto y específico, que no es otro que brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales que se le reconocen¹; **consiste en una decisión de inmediato cumplimiento, para que la persona respecto de quien se demostró que vulneró o amenazó conculcar derechos fundamentales, actúe o se abstenga de hacerlo**; denota entonces, la importancia que tiene la orden de protección para la eficacia del amparo, ya que sería inocuo que pese a demostrar el desconocimiento de un derecho fundamental, el Juez no adoptara las medidas necesarias para garantizar materialmente su goce.

Antes de entrar a profundizar sobre el asunto, es menester señalar que dentro del libelo petitorio del accionante se concentraron dos tipos de solicitudes que se pueden observar a simple vista: la primera de ellas está relacionada con su situación aparente de pobreza extrema generada por la falta de empleo suyo y de su esposa; la segunda tiene relación con el tema de salud derivado de la grave enfermedad padecida por su hijo menor.

Así las cosas, en primer lugar debe decirse que el accionante se dedicó a hacer un recuento sobre las circunstancias personales que

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-01 de 1992.

ha atravesado su núcleo familiar, que reflejan una difícil situación económica que ha limitado en algún momento el sustento básico del mismo; sin desconocer que no es éste un tema fácil de llevar para una familia de pocos recursos, que tiene además dos hijos menores, uno de los cuales padece una delicada enfermedad; debe resaltarse que en momento alguno el accionante hizo mención a la forma en la cual alguna de las entidades demandadas en el asunto ha vulnerado sus derechos fundamentales, pues como además manifestó libremente en su declaración, ni él ni su esposa han acudido a alguna entidad del Estado para solicitar la ayuda que a través de este mecanismo excepcional piden.

De acuerdo a lo anterior, no avizora esta Corporación que exista por parte de alguna de las accionadas, vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante, lo que denota en principio la improcedencia de la presente acción constitucional.

En situaciones como la ahora presentada, ha reiterado la Corte Constitucional:

*"En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003[18] o la T-883 de 2008[19], al afirmar que "partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...). **En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)**"[20], ya que **"sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)"[21].***

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas,

y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, "ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermite los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos"[22].

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela."²

Por otra parte, se pudo establecer de la declaración realizada por el accionante que durante el año pasado estuvo vinculado laboralmente con el Cuerpo de Bomberos de Pereira, lugar donde devengaba 900.000 pesos, y pese a que señaló que su contrato finalizaría en el mes de diciembre, debe mencionarse que para esas situaciones en particular, al tratarse de un jefe de hogar que tiene a su cargo hijos menores, existen otras alternativas como los subsidios de desempleo de las Cajas de Compensación Familiar.

Ahora, no se puede inferir en este asunto una situación de pobreza extrema del accionante, pues de la respuesta dada por el DPS se encuentra debidamente demostrado que el señor Cristhian no pertenece al SISBEN por lo que no es una persona en condiciones de acceder a los servicios prestados por el ANSPE, y su esposa pertenece al SISBEN pero en un nivel que no cumple con los requisitos del programa; por otra parte, según información de la EPS (y de lo cual anexó soportes), en la actualidad ambos ciudadanos se encuentran cotizando de manera separada al Sistema General de Seguridad Social en empresas diferentes, inclusive con otros beneficiarios a parte de sus hijos lo que no permite tampoco deducir la situación económica narrada; ello sin

² Corte Constitucional, sentencia T-130 de 2014, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

dejar de lado que según las manifestaciones del libelista, se encuentra pagando en entidades privadas como Red Médica Vital, para complementar servicios en salud de su hijo, lo cual es comprensible, pero no deja entrever su mencionada situación de pobreza extrema.

En segundo lugar, en lo concerniente al tema de salud del menor Jacobo no es necesario hacer un análisis muy profundo, pues como bien quedó establecido, este fue un tema que ya fue abordado en primera y segunda instancia en sede constitucional, por lo tanto es evidente que al efectuarse un pronunciamiento frente a tal asunto se estaría atentando contra los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, pues es claro que no es posible acceder a la acción de tutela como una tercera instancia.

Así, la Corte Constitucional en Sentencia T-185/13 expuso:

"La Sala precisa que promover sucesivas o múltiples solicitudes de amparo en procesos que versen sobre un mismo asunto pueden generar las siguientes situaciones: "i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada". (...)

(...)

“En sentencia C-774 de 2001³, la Corte Constitucional señaló que la cosa juzgada: “es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico”.

Son suficientes los argumentos expuestos, para decir que no prosperará la solicitud de amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante, toda vez que no se demostró que existiera vulneración alguna por parte de las entidades accionadas, por tanto la presente acción constitucional resulta improcedente, de acuerdo a todo lo explicado en precedencia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad conferida en la ley,

RESUELVE

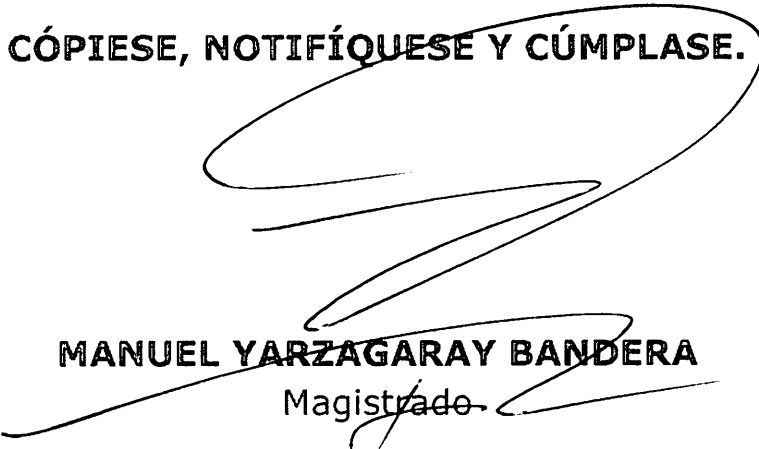
PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por el señor **CRISTHIAN DAVID MARULANDA**

³ De fecha 26 de julio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

ARANGO, conforme lo manifestado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Se ordena notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. En caso de no ser objeto de recurso se ordena remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.


CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado



JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado



JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado



WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario