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 respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionantes : Faber Andrés Vallejo Ochoa

Accionados : Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Pereira

Litisconsortes : Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios y otros

Radicación : 66001-31-03-004-2021-00145-02

Despacho de origen : Juzgado 4º Civil del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 544 de 11-11-2021

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / INEXISTENCIA FÁCTICA / NO SE HA PRODUCIDO EL HECHO O LA OMISIÓN ALEGADA.**

De vieja data la CC en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

“… 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…”

Tesis vigente y compartida por la CSJ (2021), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: “(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”

En síntesis, la improcedencia por falta de acción u omisión ocurre cuando: (i) No hay petición o se resolvió antes de presentar el amparo; y, (ii) La decisión cuestionada es inexistente…

Se revocará la sentencia confutada, pues a juicio de esta Sala el amparo es improcedente frente a las autoridades accionadas, por la evidente ausencia de la conducta reprochable endilgada…

La demanda carece de precisión en cuanto al hecho amenazante o trasgresor del derecho a la salud…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0387-2021**

***Once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Se informó que el actor está recluido en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Pereira (En adelante EPMSC de Pereira) y solicitó limpieza oral en varias oportunidades, sin que a la fecha de presentación del amparo se haya practicado (Cuaderno No.1, pdf.02).

1. **Los derechos invocados y su protección**

Aquellos de las personas privadas de la libertad y el derecho a la salud. Se solicitó ordenar a los accionados garantizar el servicio odontológico (Cuaderno No.1, pdf.02).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

Se admitió con auto del 23-06-2021 (Cuaderno No.1, pdf.03); el 20-06-2012 vinculó un litisconsorte (Ibidem, pdf.09); el 02-07-2021 sentenció (Ibidem, pdf.13); y, el 09-07-2021 concedió la impugnación (Ibidem, pdf.18). En esta instancia con auto del 02-09-2021 se anuló lo actuado y se regresó el expediente (Cuaderno No.02, carpeta 01, pdf.07). La jueza con auto del 06-09-2021 reanudó la actuación (Cuaderno No.1, carpeta “Actuaciones…”, pdf.01); el 17-09-2021 falló (Cuaderno No.1, carpeta “Actuaciones…”, pdf.05); y el 29-09-2021 concedió la impugnación (Cuaderno No.1, carpeta “Actuaciones…”, pdf.08 y 10).

El fallo amparó los derechos y ordenó a los accionados practicar la atención odontológica requerida por el actor. Explicó que es su obligación garantizar la prestación del servicio de salud a las personas privadas de su libertad (Ibidem, pdf.05).

Impugnó la Fiduciaria Central SA, como administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL, y alegó incompetencia porque se encarga de celebrar contratos necesarios para prestar el servicio de salud, previa instrucción de la USPEC. Es obligación del INPEC informar el procedimiento para el acceso al servicio, por lo tanto, es el encargado de gestionar la valoración odontológica solicitada por el interesado. Solicitó su desvinculación (Ibidem, pdf.07).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. *La competencia funcional*: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. *El problema jurídico a resolver*: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado 4º Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación de la accionada?
   3. *Los presupuestos de procedencia*
      1. *La legitimación en la causa*. Por activa, el actor por estar privado de la libertad y ser beneficiario del servicio médico penitenciario (Art. 104, Ley 65, modificado por el 66, Ley 1709).

Por pasiva el **(i)** Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL, representado por la Fiduciaria Central SA, como administrador y ejecutor de los recursos para la atención integral en salud y prevención de enfermedades de reclusos, y ser encargado de contratar la prestación de los servicios intramurales y extramurales; el **(ii)** EPMSC de Pereira, por ser el custodio del promotor y corresponderle gestionar la autorización de las órdenes médicas y demás trámites administrativos relacionados con el servicio de salud (Arts.8.2 y 8.3. del Manual para la Prestación del Servicio de Salud de Personas Privadas de la Libertad[[1]](#footnote-1)).

Y la **(iii)** Unidad de Atención Primara (UAP) del EPMSC de Pereira, por ser la encargada garantizar y organizar la prestación del servicio intramural autorizados por la USPEC, entre ellos, consultas odontológicas (Art.8.3.1., literal “a”, ibidem).

Distinto frente a la USPEC, aun cuando integre el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario, y deba diseñar e implementar el modelo de atención en salud para las personas privadas de la libertad (Art.2.2.1.11.4.2.1., D.2245 de 2015), en razón a que el Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL, es el encargado de garantizar el servicio de salud, por intermedio de sus contratistas. Este es criterio usado de tiempo atrás por esta Magistratura (2018-2020)[[2]](#footnote-2).

* + 1. *La inexistencia de acción u omisión*. De vieja data la CC[[3]](#footnote-3) en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

… 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.

*… 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 (…)”*…

… 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**. (Línea y coloración a propósito)

Tesis vigente y compartida por la CSJ[[4]](#footnote-4) (2021), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: *“(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”*[[5]](#footnote-5); así razonó cuando advirtió que el despacho judicial, previo a la presentación de la tutela, resolvió sobre la admisibilidad de una acción popular. Se cuestionaba la mora judicial.

En síntesis, la improcedencia por falta de acción u omisión ocurre cuando: (i) No hay petición o se resolvió antes de presentar el amparo; y, (ii) La decisión cuestionada es inexistente. Criterio que aplica en amparos contra despachos judiciales.

1. **El caso concreto analizado**

Se revocará la sentencia confutada, pues a juicio de esta Sala el amparo es improcedente frente a las autoridades accionadas, por la evidente ausencia de la conducta reprochable endilgada (Acción u omisión)

La demanda carece de precisión en cuanto al hecho amenazante o trasgresor del derecho a la salud, habida cuenta de que, en términos generales, se cuestiona la supuesta omisión en la prestación del servicio odontológico intramural.

La Magistratura requirió al interesado para que *“(…) manifieste la fecha en que solicitó el servicio odontológico y el cargo y nombre del empleado o funcionario que atendió su petición en la penitenciaría (…)”* (Cuaderno No.2, pdf.06) y, por intermedio de la Directora del EPMSC de Pereira atinó a informar que *“(…) solicitó ser atendido por odontología hace cerca de* ***dos meses****, asi (Sic) mismo (…) solicitó la atención a la jefe “viejita” (…)”* (Negrilla a propósito) (Cuaderno No.2, pdf.09)

Inviable catalogar lo expuesto como negación indefinida eximente de prueba, porque puede ubicarse en tiempo, modo y lugar; el actor pretirió esa carga probatoria, fue impreciso en su respuesta, a pesar del requerimiento de esta sede. En contraste, su manifestación revela que el aparente hecho trasgresor fue posterior a la formulación del amparo (22-06-2021) (Cuaderno No.1, pdf.01), pues, data de hace dos meses (Septiembre hogaño), contexto suficiente para concluir la ausencia de hechos.

Como refuerzo, la historia clínica muestra que la primera cita odontológica se llevó a cabo el 22-07-2021 y, en modo alguno, evidencia que fue con ocasión de ruego del actor u orden médica anteriores a la presentación de la tutela (Cuaderno No.2, pdf.10).

Palmario, entonces, que reprocha una omisión inexistente de las autoridades. Desconocían los fundamentos de hecho y las pretensiones aquí ventiladas, por ende, imposible endilgarles el agravio o amenaza imputados. Corolario, se declarará improcedente la tutela.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil – Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR la sentencia proferida el 17-09-2021, por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Pereira, para DECLARAR improcedente el amparo contra el **(i)** Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL, el **(ii)** EPMSC de Pereira y la **(iii)** Unidad de Atención Primara (UAP), por ausencia fáctica; frente a la **(iv)** USPEC, por falta de legitimación por pasiva.
2. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. Consultado el 09-11-2021 [Manual-Tecn-Admin-Implement-Modelo-Atenc-Salud-PPL-a-Cargo-INPEC-V01.pdf (uspec.gov.co)](https://www.uspec.gov.co/wp-content/uploads/2020/12/Manual-Tecn-Admin-Implement-Modelo-Atenc-Salud-PPL-a-Cargo-INPEC-V01.pdf) [↑](#footnote-ref-1)
2. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (i) 25-03-2020, MP: Grisales H., No.2020-00024; (ii) 16-01-2019, MP: Grisales H., No.2018-00596-01; y, (iii) 08-08-2018, MP: Grisales H., No.2018-00176-01. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-130 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ. STC7008-2021. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ. STC12717-2019 y STC13358-2019. [↑](#footnote-ref-5)