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 – Segundo grado

Accionante (s) : Steven Vásquez Arboleda (Menor)

Representante : Gloria Constanza Arboleda Gutiérrez (Madre)

Accionada : Dirección de Sanidad Policía Nacional Regional de Aseguramiento en Salud

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

Radicación : 66001-31-03-004-2022-00132-01

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 157 de 27-04-2022

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / INEXISTENCIA FÁCTICA / HACE IMPROCEDENTE LA TUTELA / TRANSPORTE PACIENTE Y EXONERACIÓN CUOTAS MODERADORAS / NO SE PROBÓ HABERLO SOLICITADO A LA EPS.**

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… 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 (…)”

… la Ley 1751… reguló el derecho fundamental a la salud. Se instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia…

… se advierte que la madre del accionante reconoce que no ha solicitado a la accionada suministrar el servicio de transporte y viáticos para asistir a las consultas en esta municipalidad…

Igual sucede respecto a la exoneración de las cuotas moderadoras, pues, ninguna petición formuló en términos semejantes y, tampoco acreditó que la entidad haya desestimado la atentación en salud por carecer de recursos…

… se modificará el fallo para declarar improcedente la acción respecto al suministro de transporte y viáticos y supresión de las cuotas moderadoras, por faltar los hechos reprochados.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DE RISARALDA

**ST2-0104-2022**

**Veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).**

1. **El asunto a decidir**

La impugnación en el trámite reseñado, luego de finiquitada la primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Explica la madre del menor que padece *“(…) RETRASO MENTAL MODERADO OTROS DETERIOROS DEL COMPORTACMIENTO (…)”* y debe viajar semanalmente a las terapias ocupacionales y psicológicas prescritas. Afirma ser de escasos recursos y no trabajar, por los cuidados que le debe proveer (Cuaderno No.1, pdf.002).

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

La vida digna, la salud y la vida. Solicita ordenar a la accionada: (i) Autorizar el transporte con acompañante para asistir a las terapias; (ii) garantizar el cubrimiento de los gastos del tratamiento y entrega de medicamentos *“no-pos”*; y, (iii) Dejar de cobrar los copagos (Cuaderno No.1, pdf.01).

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

Con auto del 24-02-2022 se admitió la acción (Cuaderno No.1, pdf.004); el 02-03-2022 se decretaron pruebas (Ibidem, pdf No.010), el 07-03-2022 se profirió la sentencia (Ibidem, pdf.015); y, el 22-03-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf.021).

El fallo desestimó el amparo porque la accionada no ha negado ningún servicio, tampoco obra orden médica sobre la prestación del servicio de transporte con acompañante y ni siquiera la interesada formuló ruego afín, según informó al juzgado (Ib., pdf.015).

Impugnó la parte actora y alegó que: **(i)** La autoridad autorizó el transporte por intermedio de la Empresa *“La Macarena”* de Pereira, sin tener en cuenta que esa entidad no presta el servicio en su lugar de residencia (Viterbo, C.); tendría que desplazarse a sus instalaciones para reclamar los tiquetes, regresar por su hijo y luego viajar nuevamente a Pereira para asistir a las terapias; y, **(ii)** Tampoco ofreció el servicio de transporte especial. Solicita revocar el fallo (Ibidem, pdf. 017).

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 proferida por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa.Por activa, el actor por estar afiliado a la entidad accionada como *“cotizante”* (Ib., pdf.002, folios 6-21); y, la madre del menor, señora Gloria Constanza Arboleda Gutiérrez, puede representarlo, conforme al artículo 44 de la CP. En el extremo pasivo, el Área de Gestión de Aseguramiento en Salud No.3 de Risaralda por ser la afiliadora encargada de brindar el servicio de salud (Resoluciones Nos.5644/2019 y 001/2021).

Distinto es respecto a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional por ser incompetente para brindar el servicio (Resoluciones Nos.5644/2019 y 001/2021). Se adicionará el fallo para declarar improcedente el amparo en su contra

* + 1. La inmediatez. El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como mecanismo protector e inmediato de los derechos fundamentales de toda persona, siempre que sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2).

Se satisface, pues la acción se formuló (24-02-2021) (Ib., pdf.01) veinte (20) días después de expedida la última orden médica (04-02-2022) (Ib., pdf.002, folio 11), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[3]](#footnote-3), como razonable.

* + 1. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021)[[4]](#footnote-4). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

En el sub *examine*, la accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de sus derechos. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* + 1. La inexistencia de acción u omisión. De vieja data la CC[[5]](#footnote-5) 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[[6]](#footnote-6) (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 (…)”*[[7]](#footnote-7). 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.

* 1. El derecho a la salud.Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad[[8]](#footnote-8).

Así también entiende el legislador, al expedir el Decreto 1795 de 2000 reglamentario del Régimen Especial de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional[[9]](#footnote-9), consonante con la Ley 1751que reguló el derecho fundamental a la salud. Se instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo. A la luz del aludido Decreto:

El SSMP brindará atención en salud integral a sus afiliados y beneficiarios (…), así como en los aspectos de prevención, protección, diagnóstico, recuperación, rehabilitación, en los términos y condiciones que se establezcan en el plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial, y atenderá todas las actividades que en materia de salud operacional requieran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para el cumplimiento de su misión. En el SSMP no existirán restricciones a los servicios prestados a los afiliados y beneficiarios por concepto de preexistencias

* 1. La protección especial para niños, niñas, adolescentes y personas de la tercera edad etc. El amparo del derecho a la salud es especial cuando se trata de personas en condiciones de debilidad por factores como la edad, una discapacidad física o mental, pertenencia a comunidades indígenas o minorías étnicas, religiosas, condición de pobreza o indigencia, género, o hallarse privado de la libertad, entre otros. Al respecto el precedente constitucional (2021)[[10]](#footnote-10)enseña:

… la garantía del derecho a la salud de sujetos de especial protección constitucional es reforzada. En los términos del Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015: “La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán [sic] de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica… (Línea a propósito).

En síntesis, las EPS están en la obligación de velar por la eficaz prestación del servicio de salud a este grupo poblacional, sin restricción alguna.

1. **El caso concreto analizado**

Se modificará la sentencia impugnada. Advierte esta Sala: (i) La inexistencia de algunas de las acciones u omisiones reprochadas, de tal suerte que es improcedente el amparo;empero,(iii) El acervo probatorio devela la trasgresión del derecho a la salud porque la autoridad pretirió acreditar la entrega íntegra del medicamento *“RISPERODINA 2 MG”.*

Revisada la historia clínica, se tiene que el 16-06-2021 se ordenaron citas de control e interconsulta con siquiatría y otras especialidades, además, se prescribieron varios medicamentos, entre ellos, la *“RISPERODINA 2 MG”* (Cuaderno No.2, pdf No.002, folios 15-18); el 02-11-2021 se llevó a cabo consulta y el galeno recetó otros medicamentos y ordenó realizar por primera vez terapia ocupacional; el 03-12-2021 se dispuso control de seguimiento por especialista en psiquiatría y se reanudó el consumo del fármaco *“RISPERODINA 2 MG”*; y, finalmente, el 04-02-2022 se dispuso continuar con el seguimiento por equipo interdisciplinario (Ibidem, pdf.002, folios 6-11).

Finalmente, se advierte que la madre del accionante reconoce que no ha solicitado a la accionada suministrar el servicio de transporte y viáticos para asistir a las consultas en esta municipalidad y cuestionó el irregular suministro del medicamento *“RISPERODINA 2 MG”* que, según sus dichos *“(…) yo lo debo sufragar, con la finalidad que el mismo no le sea suspendido (…)”* (Ib., pdf.012).

* 1. La ausencia de hechos. De acuerdo con el acontecer fáctico, sin duda, la autoridad desconocía que la parte actora requería el servicio de transporte para poder asistir a las citas de control y seguimiento. Así se reconoció al absolver el cuestionario del juzgado de primera sede: *“(…) La primera vez que solicité el transporte fue la semana pasada, pues una vez instauré la acción de tutela, me notificaron del procedimiento para solicitar el transporte (…)”* (Ibidem, pdf.012).

Igual sucede respecto a la exoneración de las cuotas moderadoras, pues, ninguna petición formuló en términos semejantes y, tampoco acreditó que la entidad haya desestimado la atentación en salud por carecer de recursos, en contraste, el historial médico deja entrever que accedió al sistema, sin restricciones. Sin duda, inexisten las acciones u omisiones endilgadas.

Razona la CSJ (2021)[[11]](#footnote-11): *“(…) no basta con que el accionante señale que se le ha vulnerado un derecho fundamental, pues se requiere que se demuestre que los derechos fundamentales que se pretenden proteger han sido vulnerados o están amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la ley (…)”*. Sin: *“(…) la existencia cierta del agravio, lesión o puesta en peligro de la prerrogativa constitucional invocada (…) carece de sentido hablar de la necesidad de la salvaguarda (…)”*.

Tampoco es dable adentrarse en el estudio de la eficacia del servicio de transporte que se accedió brindar durante el trámite tutelar, esto es, que la empresa *“FLOTA LA MACARENA”* de Pereira, supuestamente no presta el servicio en el municipio de Viterbo, C. (Ib., pdf No.013), en razón a que se trata de un hecho nuevo que la accionada desconoce y frente al cual no ha tenido oportunidad de pronunciarse.

Necesario es que los interesados requieran a la autoridad, antes de rebatir sus actuaciones en sede tutelar, a efectos de que aclare los términos en que fue expedida la autorización, máxime que en su cuerpo se vislumbra, a diferencia de lo alegado, que tuvo en cuenta que residen en otra municipalidad.

Corolario, se modificará el fallo para declarar improcedente la acción respecto al suministro de transporte y viáticos y supresión de las cuotas moderadoras, por faltar los hechos reprochados. La calidad de persona de especial protección constitucional no puede dar pábulo al ejercicio infundado del mecanismo constitucional.

* 1. El derecho a la salud*.* No obstante, se amparará el derecho a la Salud, porque la accionada dejó de autorizar y garantizar la entrega del fármaco *“RISPERODINA 2 MG”* en las cantidades recetadas por el especialista(90 tabletas – por cuatro meses) (Ib., pdf No.002, folio 9). En las pretensiones de la demanda y en el cuestionario absuelto por la madre se endilgó este hecho trasgresor y omitió alegar y probar en contrario, sin justificación (Ib., pdf No.006).

Es su obligación prestar los servicios de salud a sus afiliados con eficiencia, continuidad y calidad, máxime a persona como el interesado que debe consumirlos de forma periódica para controlar la agresividad que presenta por su estado de salud mental (Ib., pdf No.002, folio 11).

En mérito de lo expuesto, 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. **MODIFICAR** el fallo proferido el 07-03-2022 por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Pereira, en su lugar, **DECLARAR** improcedente la tutela, respecto al suministro del servicio de transporte y exoneración de copago, por faltar los fundamentos fácticos; y, **AMPARAR** el derecho a la salud del menor Steven Vásquez Arboleda contra el Área de Gestión de Aseguramiento en Salud No.3 de la Policía Nacional, Seccional Risaralda, en torno al suministro de medicamentos recetados.
2. **ORDENAR**, en consecuencia, a la Capitán Sandra Carolina Chacón Gómez, en calidad de Jefe de la Regional de Aseguramiento en Salud No.3 que, en el plazo de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la notificación de esta decisión, autorice y garantice la entrega del fármaco *“RISPERIDONA 3 MG”* en la periodicidad y cantidad dispuesta por el médico tratante en la formula del 03-12-2021.
3. **ADICIONAR** un numeral para **DECLARAR** improcedente la acción contra la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, por carecer de legitimación.
4. **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. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-130 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ. STC7008-2021. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ. STC12717-2019 y STC13358-2019. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019, T-117 de 2019 y T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-320 de 2013. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-122 de 2021, también puede consultarse la T-224 de 2020, entre otras. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ. STC7008-2021, STC197-2021, STC8053-2019 ySTC6835-2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-11)