

República de Colombia



Rama Judicial

Distrito Judicial del Caquetá

Juzgado Primero Penal Municipal

Florencia

### ACCIÓN DE TUTELA

REFERENCIA: 1800140040012021-00093

ACCIONANTE: MARIO ALEJANDRO GARCIA RINCON ACTUANDO COMO APODERADO DE

YUSLAYSY DEL CARMEN HERRERA CEDEÑO REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR JOSE

ALEJANDRO SALAZAR HERRERA

ACCIONADO: ASMETSALUD EPS

### SENTENCIA DE TUTELA No.93

Florencia Caquetá, Nueve (09) de Agosto de dos mil veintiuno (2021).

#### OBJETO A DECIDIR

Procede este Despacho a decidir la acción de tutela interpuesta por el señor MARIO ALEJANDRO GARCIA RINCON ACTUANDO COMO APODERADO DE YUSLAYSY DEL CARMEN HERRERA CEDEÑO REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA, contra ASMETSALUD EPS, por la presunta violación a los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social.

#### I. HECHOS

En apoyo de sus pretensiones, se exponen en síntesis los hechos que motivaron la interposición de la acción y se encuentran consignados en el escrito de tutela, así:

Indica que la Yuslaisy del Carmen Herrera Cedeño es ciudadana venezolana, quien decidió radicarse en Colombia, por tanto realizó los trámites pertinentes para regularizar su situación en el país, obteniendo el permiso especial de permanencia de Migración.

La señora Yuslaisy es la madre del menor José Alejandro Salazar Herrera, quien tiene 3 meses de nacido y presenta diagnóstico de TETRALOGÍA DE FALLOT, por lo cual requiere de un tratamiento riguroso con el fin de salvaguardar su derecho fundamental a la salud y consecuentemente su vida.

En virtud de lo anterior, el médico tratante del menor ordenó una consulta por medicina especializada en cirugía cardiovascular congénita, la cual está programada para el día 05 de agosto en la ciudad de Neiva Huila, sin embargo, manifiesta la accionante que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar dichos gastos.

#### PRETENSIONES

Juzgado Primero Penal Municipal de Florencia Caquetá

e-mail: [jpemfl@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jpemfl@cendoj.ramajudicial.gov.co)

teléfono 435 8706 PALACIO DE JUSTICIA, AVENIDA 16 NO.6-47

BARRIO SIETE DE AGOSTO

El accionante centra su pretensión en los siguientes aspectos:

Tutelar el derecho fundamental a la salud de la accionante y en consecuencia ordene a la accionada: Disponga autorizar la atención integral del menor de edad JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA, de acuerdo a lo ordenado por su médico tratante o el que requiera su diagnóstico, con el objetivo de no interponer una acción de tutela por cada situación gravosa que se presente debido a su diagnóstico de TETRALOGÍA DE FALLOT.

Para efectos de lo anterior, ASMET SALUD E.P.S., proceda a realizar todos los trámites administrativos y presupuestales correspondientes para que se presten los servicios médicos a que tienen derecho los paciente y autorice los procedimientos requeridos, en este caso se garantice el cubrimiento de transporte, alojamiento y alimentación para la cita en la ciudad de Neiva Huila el día 05 de agosto de 2021 y las demás citas médicas que surjan en razón de su diagnóstico, hasta cuando se encuentre recuperado o por lo menos tenga un bienestar en su integridad, sin dilataciones y obstáculos administrativos, lo anterior, tanto para el paciente como para un acompañante, toda vez que se trata de un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional.

#### **SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL:**

Con base en el artículo 7 del decreto 2591 de 1991, de manera urgente y con el fin de proteger el derecho fundamental a la salud, solicita que se ordene a ASMET SALUD E.P.S., que realice las gestiones administrativas y presupuestales necesarias para que se autorice y materialice el derecho a la salud y vida en condiciones dignas, ordenando el suministro de transporte, alojamiento y alimentación para la consulta por medicina especializada en cirugía cardiovascular congénita programada para el día 05 de agosto de 2021 en la ciudad de Neiva Huila, tanto para el paciente como para un acompañante, toda vez que se trata de un menor de edad.

#### **ELEMENTOS DE JUICIO:**

Junto a los argumentos discutidos y a su petición anexa el siguiente material probatorio:

1. Copia de la historia clínica de la accionante.
2. Copia de órdenes médicas.
3. Copia de poder debidamente diligenciado

#### **II. TRAMITE PROCESAL**

La acción de tutela fue sometida a reparto y le correspondió a este despacho quien por Auto Interlocutorio No.159 del 29 de Julio de 2021 la admitió requiriendo a ASMET SALUD EPS vinculando a la Secretaría De Salud Departamental Del Caquetá y ADRES, para que expusieran las razones que estimara necesarias con relación a los hechos y pretensiones planteados, concediéndole el término de dos (2) días. Y concedió la medida provisional deprecada por el actor.

#### **III. RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES**

##### **➤ ASMET SALUD EPS**

Juzgado Primero Penal Municipal de Florencia Caquetá

e-mail: [ipenmfl@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ipenmfl@cendoj.ramajudicial.gov.co)

teléfono 435 8706 PALACIO DE JUSTICIA, AVENIDA 16 NO.6-47

BARRIO SIETE DE AGOSTO

Informan que atendiendo lo ordenado por el despacho en medida provisional ya se dio cumplimiento emitiéndose y entregando las siguientes autorizaciones:

- AUTORIZACION DE SERVICIOS DE SALUD 208274573 HOGAR DE PASO ESTADÍA POR USUARIO (INCLUYE ALOJAMIENTO DESAYUNO, ALMUERZO Y CENA)
- AUTORIZACION DE SERVICIOS DE SALUD 208274461 TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS NEIVA-FLORENCIA
- AUTORIZACION DE SERVICIOS DE SALUD 208274444 TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS FLORENCIA-NEIVA
- AUTORIZACION DE SERVICIOS DE SALUD 208274451 TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS FLORENCIA- NEIVA.

Indican al despacho que no se evidencia que las PRETENSIONES estén siendo transgredidas por parte de ASMET SALUD EPS, pues al usuario se le viene garantizando todos los servicios de salud que ha requerido y que han sido ordenados por el médico tratante.

Y se Solicita al Despacho NO TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES a el menor JUAN JOSE VIAFARA PIMENTEL, pues sus hechos y pretensiones son INCIERTAS y se observan que son a FUTURO.

Es pertinente aclarar que el menor JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA tiene a su favor Fallo de tutela que le cubre TRATAMIENTO INTEGRAL en salud para el diagnóstico "TETRALOGIA DE FALLOT, FETO Y RECIEN NACIDO AFECTADOS POR PARTE POR CESAREA, TESTICULO NO DESCENDIDO, UNILATERAL, HIDRONEFROSIS CONGENITA, POLIDACTILIA, NO ESPECIFICADA", asimismo en el mencionado fallo se ORDENO a ASMET SALUD suministrar Transportes, hospedaje y alojamiento para el usuario y su acompañante a ciudad distinta a la de su residencia para recibir tratamiento relacionado con los diagnósticos en mención. El fallo en mención fue tramitado en el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL DE FLORENCIA bajo el radicado 2021-00057.

Analizando lo ordenado por el Honorable despacho, se evidencia que lo solicitado por el usuario en la presente acción de tutela ya había sido tutelado con anterioridad, razón por lo cual se configura una ACCIÓN TEMERARIA por parte de la señora SANDRA MILENA BARRERA, entendida esta como aquella intención de sacar provecho a toda costa de una situación particular. Es importante resaltar lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 185 de 2013, con relación a la figura de la COSA JUZGADA.

Por lo anterior solicita desvincular a ASMET SALUD EPS SAS del trámite de la presente acción de tutela, en virtud a que mi representada no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA y tampoco ha tenido incidencia en la violación de los derechos fundamentales alegados en el escrito de tutela, conforme a las consideraciones expuestas. CONMINAR a los afiliados que al momento de adelantar la acción de tutela, se apeguen a las normas preexistentes pues no es una actitud caprichosa de nuestra entidad la que impide la materialización de las órdenes médicas. SEGUNDO: Se Decrete la IMPROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN TUTELAR POR EXISTIR TEMERIDAD. TERCERO: En el evento de tutelar los derechos del accionante JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA solicito tener en cuenta el principio de SOSTENIBILIDAD FINACIERA y condenar al responsable directo del pago de los servicios de salud con fundamento en la 1751 DE 2015 (LEY ESTATUTARIA DE LA SALUD). CUARTO: En el evento de tutelar los derechos del accionante JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA por cuenta de mi representada, entregar servicios o insumos NO POS o NO INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD pero

que si se pueden financiar con recursos del sistema de salud, sírvase ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DE SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES el pago de los servicios directamente al prestador y en caso de no considerar esta opción le solicito otorgar el recobro de los servicios a favor de ASMET SALUD EPS y con cargo A LA ADMINISTRADORA DE RECURSOS DE SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, en aras de que garantizar la recuperación del valor asumido por parte de mi defendida en cumplimiento de la orden judicial. QUINTO: SE DECRETE IMPROCEDENTE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA DEBIDO A LA CARENCIA DEL ACTUAL OBJETO POR NO EXISTIR TRASGRECIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, con base en las razones antes expuestas.

#### ➤ SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA

Manifiestan que con relación a las pretensiones del accionante, es competencia de ASMET SALUD EPS, teniendo en cuenta que está a su cargo la prestación directa de los servicios, medicamentos, procedimientos e insumos estén o no incluidos en el Plan de beneficios, garantizando la disponibilidad de recursos administrativos, financieros y operativos para garantizar la prestación del servicio y los traslados que necesitare cuando el servicio sea prestado fuera del lugar de residencia.

Es de aclarar que los Servicios y Tecnologías no financiadas con cargo a los recursos de la UPC es decir los que no se encuentran incluidos en el Plan de beneficios, son financiados por la EPS con cargo al techo o presupuesto máximo transferido por la Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

Con relación a los gastos de transporte, peticionados para el acompañante del menor JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA, debe ser asumido por la EPS; se encuentran debidamente sustentados los presupuestos jurisprudenciales para el amparo constitucional;

Se solicita Absolver y/o Desvincular de la presente acción de tutela a la Secretaría de Salud Departamental de Caquetá; como quiera que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva; pues ésta, no ha vulnerado derechos fundamentales del accionante y no tiene competencias relacionadas con las pretensiones de la acción constitucional. Y se ordene ASMET SALUD EPS, el suministro de los gastos de transporte o traslado, hospedajes (este último siempre y cuando deba pernotar) de JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA y un acompañante, para acceder a los servicios de salud ordenados por el médico tratante y autorizados por la EPS para su prestación, fuera del lugar de residencia.

#### CONTESTACIÓN ADRES

Solicita al Despacho NEGAR el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional. Por último, se implora al H. Despacho MODULAR las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

Juzgado Primero Penal Municipal de Florencia Caquetá

e-mail: [jpennml@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jpennml@cendoj.ramajudicial.gov.co)

teléfono 435 8706 PALACIO DE JUSTICIA, AVENIDA 16 NO.6-47

BARRIO SIETE DE AGOSTO

## COMPETENCIA

El Despacho advierte que cuenta con competencia legal para determinar en derecho frente al presente asunto (Art. 37 del Decreto 2591 y numeral 1º, inciso 3º del Decreto 1382 de 2000 y Artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017).

## PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Debe establecer este Despacho si ASMETSALUD EPS, está vulnerando el derecho a la salud, a la vida, y a la seguridad social invocado por MARIO ALEJANDRO GARCIA RINCON ACTUANDO COMO APODERADO DE YUSLAYS DEL CARMEN HERRERA CEDEÑO REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA cuya vulneración atribuye a la entidad ASMETSALUD EPS, por no autorizar el transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante a la ciudad de Neiva Huila, con el fin de cumplir consulta por medicina especializada en cirugía cardiovascular congénita programada para el día 05 de agosto de 2021, ordenada por el médico tratante.

Y solicita la prestación de un servicio de salud integral.

## EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

### ➤ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución establece que *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, sostiene que se encuentran legitimados en la causa por activa: (i) la persona directamente afectada; (ii) el representante legal; (iii) el apoderado judicial; (iv) el agente oficioso; (v) el defensor del pueblo; o (vi) los personeros municipales. Así pues, la acción de tutela permite que exista una mayor flexibilidad en su interposición, ya que contempla la posibilidad de que sea presentada por diferentes actores.

MARIO ALEJANDRO GARCIA RINCON ACTUANDO COMO APODERADO DE YUSLAYS DEL CARMEN HERRERA CEDEÑO REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA , razón por la cual, se encuentra legitimada para promover la acción de tutela (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art. 10º).

### ➤ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación por pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción de tutela y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción

En el caso sub examine, la acción de tutela se presentó por la presunta violación al derecho a la vida, salud, seguridad social y derecho de petición por parte de ASMETSLUD EPS; en tal virtud, como la tutela se dirige contra una autoridad pública, está acreditado en este asunto la legitimación por pasiva, además se vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud ADRES y a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA a la presente acción.

## DECISIÓN DE INSTANCIA

El Artículo 86 de la Constitución Política consagró la figura novísima de la acción de tutela, la que fue reglamentada por el Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, como mecanismo expedito del cual pueden hacer uso los ciudadanos para la efectiva protección de los derechos fundamentales, cuando éstos han sido conculcados o violados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no exista otro medio de defensa o éstos no sean idóneos para lograr su amparo.

Se desprende de lo anterior que dicho instrumento judicial tiene carácter subsidiario y excepcional, de manera que él solamente podrá ser ejercido cuando quien lo impetrta no tenga a su disposición otro medio de defensa y, en el evento en que este exista, sea necesario decretar el amparo en forma transitoria para evitar que se produzca un perjuicio irremediable, el cual debe estar debidamente acreditado en el proceso.

La acción de tutela es, como lo ha reiterado la Corte Constitucional, un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley y por tanto no puede ser concebido como una institución procesal alternativa.

La finalidad última de este procedimiento especial es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculado o impida que la amenaza que sobre él se cierre se configure, sin desconocer que éste, como mecanismo subsidiario y residual, procede en tanto el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para lograr que sus derechos sean protegidos, disposición que tiene su excepción cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (numeral 1º el artículo 6º del decreto 2591 de 1.991).

En punto a los derechos invocados como vulnerados por la accionante, es decir los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y a la seguridad social, establecido en nuestra Constitución Nacional en su artículo 49, la Jurisprudencia ha definido como: *"la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser."*<sup>1</sup>

Este derecho se desarrolla a través del Sistema de Seguridad Social que en nuestro ordenamiento jurídico se consagra en el artículo 48 de nuestra Constitución Política definido de la siguiente manera:

<sup>1</sup> Sentencia T-597/93, M.P: Jaime Araujo Rentería, reiterada en la sentencias T-454/08, M.P.: Jaime Córdoba Triviño T-566/10 M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Juzgado Primero Penal Municipal de Florencia Caquetá

e-mail: [jpemfl@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jpemfl@cendoj.ramajudicial.gov.co)

teléfono 435 8706 PALACIO DE JUSTICIA, AVENIDA 16 NO.6-47

BARRIO SIETE DE AGOSTO

**Artículo 48.** *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

El Sistema General de Seguridad Social en Salud fue creado a partir de la Ley 100 de 1.993, con el objeto de direccionar, organizar y poner en funcionamiento las obligaciones derivadas del Plan Obligatorio de Salud, siendo el mismo Estado el agente que dirige, controla, orienta, regula y vigila éste servicio público de carácter obligatorio que prestan las entidades de carácter público o privado.

El derecho de la salud inicialmente fue materia de protección mediante el amparo por vía de acción de tutela, siempre y cuando se estuviesen conculcando otros derechos en cuanto a la afectación de la salud, esto es, que por conexidad se proteja el mismo, cuando se vean vulnerados otros como la vida y la integridad física de las personas, como se señaló en sentencia T-941 de 2000.

Para resolver el problema jurídico planteado debemos necesariamente adentrarnos a la revisión de las disposiciones constitucionales y jurisprudenciales sobre el derecho a la salud.

La Constitución Política de Colombia indica: “ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

*La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.*

Sobre la procedencia de la Acción de Tutela dice el Decreto 2591 de 1991:

**Artículo 1o. Objeto.** *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de*

cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

*Artículo 5o. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.*

*Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:*

*1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.*

*Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.*

*En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.*

*Si no se instaura, cesarán los efectos de éste.*

*Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de los demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.*

**Artículo 11: El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.**

En reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, como la sentencia T-997-08 se ha dicho que: “...el artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social con una doble connotación. La primera como derecho de todas las personas y la segunda como servicio público. De acuerdo con el segundo aspecto es deber del Estado la dirección, coordinación y control en su prestación, con miras a lograr la protección de la persona humana y contribuir a su desarrollo y bienestar. En cuanto derecho, la seguridad social, conforme con la jurisprudencia constitucional, es de naturaleza prestacional y su garantía se materializa de manera progresiva.

*La seguridad social, en su aspecto de derecho prestacional exige para su goce efectivo de un desarrollo legislativo y de la provisión de los recursos y la estructura suficiente para tal fin. Por ello, su carácter progresivo y programático, impone al Estado el deber de avanzar en su materialización, teniendo como principios orientadores la universalidad, solidaridad, eficiencia, integralidad, unidad y participación entre otros, para lo cual debe desplegar su actividad de garantía, conforme con los principios del Estado Social de Derecho.”*

Además, se ha sostenido el carácter iusfundamental del derecho a la salud, que en ciertos eventos comprende el derecho a acceso a prestaciones en materia de salud y cuya protección, garantía y respeto supone la concurrencia de los poderes estatales y de las entidades prestadoras y su protección mediante la acción de tutela (T-548 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto).

Ha dicho la Corte que, en materia de seguridad social en salud, “...el Congreso de la República y el Gobierno Nacional han concurrido a regular, dar contenido y reglamentar el ejercicio del derecho, de tal forma que se ha creado un sistema institucional, normativo y prestacional, que permite a las personas acceder a los servicios concretos que requieren. En este sentido, la Ley 100 de 1993 y el Decreto 806 de 1998, entre otras normas, se han ocupado de materializar derechos subjetivos en favor de los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en tanto diseñaron planes de beneficios y prestaciones a los que pueden acceder las personas para mantener o reestablecer su salud.

*Los planes de beneficio señalados, comprenden tratamientos, procedimientos, medicamentos, y en general los servicios médicos que el sistema de salud cobija. De la misma manera, también contienen exclusiones y limitaciones en la prestación de los servicios, lo cual es admisible desde el punto de vista de los principios constitucionales que orientan la materia, dado que estos deben ser aplicados de manera armónica y ponderada. Por lo anterior, al conjugar los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad y progresividad, para la concreción del derecho a la seguridad social en salud, resulta comprensible que frente a la escasez en los recursos del Sistema, se establezca un régimen de exclusiones y limitaciones, cuya finalidad se relaciona con la distribución y utilización de los recursos en la atención de las necesidades de salud más urgentes y prioritarios para la población, con el objetivo de garantizar la viabilidad financiera del régimen de salud.*

*Por lo anterior, gracias a la regulación normativa señalada, las personas pueden reclamar al Estado el suministro de los medicamentos y la práctica de los procedimientos previstos en los planes de salud, pues ello hace parte de la órbita del derecho fundamental a la salud. En el evento en el que lo que se requiere en un caso concreto, no esté contenido en el correspondiente plan de salud, se debe verificar el cumplimiento de los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para inaplicar el régimen de exclusiones y limitaciones, al*

*que se hacía referencia, con el propósito de proteger el derecho a la salud, a la vida digna y a la integridad personal, entre otros".*

En desarrollo de lo dispuesto por los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993 estableció en su artículo 157, que todos los colombianos debían participar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de afiliados, (i) a través del régimen contributivo para quienes cuenten con capacidad de pago; o (ii) a través del régimen subsidiado para las personas más pobres de la población; o en último caso bajo la categoría de participantes vinculados, dentro de la cual se encuentran "*las personas económicamente menos favorecidas y aún no incorporadas al sistema de seguridad social en salud, es transitoria y no por ello constituye un tercer régimen.*"

## ARGUMENTACIÓN.

Esta instancia judicial, advierte que de conformidad a lo establecido en la Constitución Política de Colombia y según los lineamientos jurisprudenciales, los jueces constitucionales deben analizar la procedencia de la acción de tutela y valorar las condiciones específicas del beneficiario del amparo, razón por la cual, tratándose de la protección del derecho fundamental a la vida y a la salud, se considera pertinente conocer y tramitar la acción de tutela, por verse inmerso un bien jurídico tutelado.

Ahora bien, el despacho observa, por un lado, que del escrito de tutela se extrae que la señora YUSLAYS DEL CARMEN HERRERA CEDEÑO quien actúa como representante legal del menor JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA, pretende que se ordene a la entidad accionada suministrarle los gastos de alimentación, transporte y alojamiento para poder asistir a consulta por medicina especializada en cirugía cardiovascular congénita programada para el día 05 de agosto de 2021 en la ciudad de Neiva.

Frente a esta primera pretensión y conforme a la comunicación sostenida con la accionante el día de hoy 06 de agosto de 2021 siendo las 3:00 p.m se tiene, que la EPS ASMETSLALUD efectivamente le entregó las autorizaciones de los servicios de salud, para el suministro de transporte tanto para el menor JOSE ALEJANDRO SALAZAR como para su representante legal, por lo tanto se cumplió con la consulta por medicina especializada en cirugía cardiovascular congénita programada para el día 05 de agosto de 2021 en la ciudad de Neiva.

Así mismo la EPS, anexa como medio de prueba las autorizaciones de los servicios de salud:

- AUTORIZACION DE SERVICIOS DE SALUD 208274573 HOGAR DE PASO ESTADÍA POR USUARIO (INCLUYE ALOJAMIENTO DESAYUNO, ALMUERZO Y CENA)
- AUTORIZACION DE SERVICIOS DE SALUD 208274461 TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS NEIVA-FLORENCIA
- AUTORIZACION DE SERVICIOS DE SALUD 208274444 TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS FLORENCIA-NEIVA
- AUTORIZACION DE SERVICIOS DE SALUD 208274451 TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS FLORENCIA- NEIVA.

Por lo tanto frente a la primera pretensión, se debe tener como cumplida por lo que se configura el hecho superado.

Y de otra parte, expresamente en lo que reza el escrito de respuesta a esta acción constitucional, de la EPS ASMET SALUD, indica que la actora cuenta con fallo de tutela tramitado en el Juzgado 06 Penal Municipal de Florencia bajo el radicado 2021-00057 en el cual se ordenó al Director (a) de ASMET SALUD E.P.S., o quien haga sus veces, garantice el derecho a la salud del menor JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA, proporcionándole el tratamiento integral para el manejo de las patologías de "TETRALOGIA DE FALLOT, FETO Y RECIEN NACIDO AFECTADOS POR PARTE POR CESAREA, TESTICULO NO DESCENDIDO, UNILATERAL, HIDRONEFROSIS CONGENITA, POLIDACTILIA, NO ESPECIFICADA", que le fue diagnosticado, brindando para ello los servicios de salud que ordene el médico tratante adscrito a su EPS, tales como: exámenes, procedimientos, cirugías, citas de control con medicina general o especializada, entrega de medicamentos, terapias, insumos y demás, sin que haya lugar a dilaciones injustificadas o interrupción del servicio, así como también, el transporte de Florencia a otra ciudad o municipio del territorio nacional para el agenciado y un acompañante, así mismo, si el servicio médico, es de aquellos que tienen una duración superior a un (1) día y le implique al paciente pernoctar, deberá suministrarles tanto la alimentación como la estadía.

Por lo anterior a través de Secretaría se procedió a solicitar el fallo de tutela completo al Juzgado 06 Penal Municipal de Florencia, el cual fue remitido el día 06 de agosto y anexado al expediente digital de la acción de tutela que tramita este despacho judicial bajo el radicado 2021-00093.

Así pues, se evidencia copia de la sentencia de tutela No.57 con radicación 202100057 de fecha 10 de junio de 2021 suscrita por el Juez 06 penal Municipal de Florencia Dr. Alvaro Parra Ramón.

Conforme lo anterior, desde ya este despacho sostiene que no habrá lugar a tutelar los derechos fundamentales del menor JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA frente a la prestación de un servicio de salud integral, esto por cuanto se puede extraer de la acción de tutela interpuesta en el Juzgado 06 Penal Municipal de Florencia por la accionante YUSLAYS DEL CARMEN HERRERA CEDEÑO existe identidad de hechos y pretensiones, puesto que el menor presenta el mismo diagnóstico TETRALOGIA DE FALLOT.

En consecuencia de lo anterior, advierte el despacho que la acción de tutela interpuesta y que conoció el Juzgado 06 Penal Municipal de Florencia bajo radicado 2027-00057 en fallo de fecha 10 de junio de 2021, guarda identidad en las partes, hechos, pretensiones y derechos objeto de protección.

Así pues frente a la interposición de dos acciones de tutela la Corte Constitucional, en la sentencia T-280 de 2017, señaló:

*"Uno de los requisitos que debe acatarse es no haber interpuesto previamente una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones. Por ello, el artículo 37 del mencionado decreto 2591 establece que quien "interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del*

*juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos.” Las consecuencias de la interposición de dos o más acciones de tutela con esas características han sido estudiadas ampliamente por esta Corte Constitucional. Así pues, si no existe un motivo expresamente justificado para presentar la misma acción de tutela más de una vez, esta se considera temeraria, tal como lo dispone el artículo 38 del mencionado decreto.*

*Sin embargo, teniendo en cuenta que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, la Corte ha señalado que sus restricciones deben ser legítimas y excepcionales, razón por la cual, para que una acción de tutela sea temeraria debe existir un actuar doloso y de mala fe del accionante.*

*En contraste, la actuación no es temeraria cuando “... [a] pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho[35]; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho.” [36] Si se comprueba alguna de estas circunstancias, la acción de tutela no es temeraria pero debe declararse improcedente, toda vez que al existir un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre el caso, la decisión hace tránsito a cosa juzgada, y por ello no es posible reabrir el debate.*

*En este sentido, siguiendo lo preceptuado por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil<sup>2</sup>, esta Corporación, en la sentencia C-774 de 2011, señaló que una providencia pasa a ser cosa juzgada frente a otra, cuando existe identidad de objeto[40], de causa petendi [41] y de partes[42]. Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo constituyen cosa juzgada cuando la Corte Constitucional “adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria”*

**4.10 En este punto vale precisar que la interposición de varias acciones de amparo sobre un mismo asunto puede dar lugar a 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 triple identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada.*

En mérito de lo expuesto, para este despacho resulta evidente que sí bien se presentó una nueva tutela con identidad de partes, identidad de hechos y similares pretensiones, la

<sup>2</sup> Hoy Código General del Proceso, artículo 303.

Juzgado Primero Penal Municipal de Florencia Caquetá

e-mail: [jpemfl@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jpemfl@cendoj.ramajudicial.gov.co)

teléfono 435 8706 PALACIO DE JUSTICIA, AVENIDA 16 NO.6-47

BARRIO SIETE DE AGOSTO

ACCIONANTE: MARIO ALEJANDRO GARCIA RINCON ACTUANDO COMO APODERADO DE YUSLAYS DEL CARMEN HERRERA

CEDEÑO representante legal del menor JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA

ACCIONADO: ASMETSLALUD EPS

conducta de la accionante no fue temeraria en razón que no obra prueba alguna que permita dilucidar que la accionante actuó de mala fe.

Como consecuencia de lo anterior, este despacho judicial declarará la presente acción de tutela improcedente.

**Parte Dispositiva.**

Son suficientes las anteriores consideraciones para que este Despacho, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO:** NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por MARIO ALEJANDRO GARCIA RINCON ACTUANDO COMO APODERADO DE YUSLAYS DEL CARMEN HERRERA CEDEÑO REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR JOSE ALEJANDRO SALAZAR HERRERA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese esta providencia conforme los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Contra la presente providencia procede el recurso de impugnación en el acto de notificación o dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de no ser impugnada la presente providencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (Inciso 2º del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



FREDDY ESPÍNDOLA SOTO

Juez