**DERECHO A LA SALUD / IMPUGNACIÓN FALLO / PROCURADOR / FALTA DE LEGITIMACIÓN / SALVO QUE ACTÚE COMO ACCIONANTE O ACCIONADO**

… la Corporación anuncia que no se pronunciará en relación al recurso de impugnación que fue interpuesto por el Procurador 290 Judicial I de Pereira, toda vez que no se encuentra habilitado para ello, por cuanto en esta acción de tutela no actúa ni como accionante ni como accionado. (…) Al respecto la Sala ya se ha pronunciado en las decisiones de diciembre 09 de 2022… “… los delegados del Ministerio Publico, se encuentran legitimados para intervenir en el trámite de las acciones de tutela, incluso promoverlas en nombre y representación de aquellos sujetos de especial protección; en procura de la defensa de los derechos fundamentales o de la protección del interés público, no obstante, esa facultad de interponerla o impugnar las decisiones cuando no se trata del accionante o accionado, debe atender ciertas prerrogativas, como de manera acertada lo indicó el H. Consejo de Estado… “… resulta pertinente resaltar que la facultad de la Procuraduría General de la Nación para interponer acciones de amparo en nombre de otros, deberá estar sujeta a las normas procesales que regulan la acción de tutela en materia de la agencia oficiosa y deberá acreditar los elementos de esta figura para que sea tenida como legitimada para actuar.”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, dieciocho (18) de octubre dos mil veintitrés (2023)

Acta de Aprobación N° 1159

Hora: 3:00 p.m.

Radicación: 66001318700320230007801

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído, la impugnación interpuesta por el Procurador 290 Judicial I Penal de Pereira contra el fallo proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Rda.), con ocasión de la acción de tutela interpuesta por el señor **DIEGO FERNANDO MESA VARGAS**,contra la **NUEVA EPS**.

2.- DEMANDA

Lo sustancial de los hechos que plantea el accionante en el escrito de tutela, se puede sintetizar así: (i) presenta “[…] fractura de la epífisis inferior de la tibia”; (ii) el médico tratante, formuló con urgencia “cirugía reconstructiva múltiple osteotomías o fijación interna (dispositivos de fijación y osteosíntesis) en fémur, tibia y peroné, transferencias mu plan resección cuerpos libres articulares por artroscópica reducción abierta en 360”; (iii) presenta dolores insoportables y continuos, y su movilidad se ha visto reducida; (iv) el día del accidente que sufrió le realizaron una cirugía y le dejaron puesto el tutor; (v) la EPS no ha tenido consideración con su estado de salud, toda vez que desde julio 27 se encuentra a la espera de que la Clínica San Rafael lo llame para la cirugía, toda vez que allí le dicen que debe esperar; (vi) se ha acercado a las instalaciones de la EPS para solicitar la atención médica, y le responden que no pueden hacer nada; y (vii) pidió la protección de sus derechos fundamentales, y, en consecuencia, se ordene a la entidad practicar el procedimiento.

3.- TRÁMITE Y FALLO

**3.1.-** Una vez admitida la tutela -mediante auto de septiembre 04 de 2023-, el despacho de primer grado vinculó y corrió traslado de la demanda a la NUEVA EPS, entidad que se pronunció a través de su apoderado judicial en los siguientes términos:

- La entidad se encuentra verificando con el área técnica los hechos expuestos por el accionante, e indicó que la NUEVA EPS asume todos y cada uno de los servicios solicitados por sus afiliados.

- Posteriormente, allegó un escrito en el cual informó que el procedimiento fue agendado para el día 21 de septiembre de 2023 a las 12:00 p.m. en la Clínica San Rafael, sede Megacentro de la ciudad de Pereira.

**3.2.-** Culminado el término constitucional, el juzgado mediante fallo de septiembre 12 de 2023 negó las pretensiones del señor **DIEGO FERNANDO MESA VARGAS**, ante la carencia actual de objeto por hecho superado.

4.- IMPUGNACIÓN

El Procurador 290 Judicial I Penal Pereira impugnó la decisión y solicitó se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar se tutele la protección de los derechos fundamentales, pues en su sentir no opera la carencia actual de objeto por hecho superado.

5.- Solución a la controversia

Desde ya la Corporación anuncia que no se pronunciará en relación al recurso de impugnación que fue interpuesto por el Procurador 290 Judicial I de Pereira, toda vez que no se encuentra habilitado para ello, por cuanto en esta acción de tutela no actúa ni como accionante ni como accionado.

Al respecto la Sala ya se ha pronunciado en las decisiones de diciembre 09 de 2022, acta No 1132, radicado 66001318700320200004201; abril 14 de 2023, acta No 366, radicado 66001310900820230001901; junio 20 de 2023, acta No 606, radicado 66001310900220230003501; junio 26 de 2023, acta No 623, radicado 66001310900220230005101, todas ellas con ponencia del H. Magistrado Julián Rivera Loaiza; y julio 26 de 2023, acta No 765, radicado 660013109004202300060, con ponencia de quien ahora realiza igual labor. En las providencias se ha indicado:

“En efecto, la Procuraduría General de la Nación, que actúa a través de sus delegados y agentes, de conformidad al artículo 277 de la Constitución Política, se le atribuye, entre otras, la competencia de “*intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas,* ***cuando sea necesario en defensa*** *del orden jurídico, del patrimonio público, o* ***de los derechos y garantías fundamentales****” [[1]](#footnote-1).*

Circunstancia por la que, en principio, se podría afirmar que no existe impedimento para que los agentes del Ministerio Público, puedan promover las acciones de tutela que consideren pertinentes y necesarias para la defensa de los derechos y garantía fundamentales. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia SU-214 de 2016 señaló:

“*El artículo 277 Superior atribuye, entre otras, las siguientes competencias al Procurador General de la Nación:*

*“El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:*

*(…)*

*7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.*

*Consonante con lo anterior, el artículo 38 del Decreto 262 de 2000 consagra expresamente la competencia de la Procuraduría para interponer acciones de tutela:*

*ARTÍCULO 38. Funciones preventivas y de control de gestión. Los procuradores judiciales tienen las siguientes funciones preventivas y de control de gestión:*

*1. Interponer las acciones populares, de tutela, de cumplimiento, de nulidad de actos administrativos y nulidad absoluta de los contratos estatales, y las demás que resulten conducentes para asegurar la defensa del orden jurídico, en especial las garantías y los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente o el patrimonio público.*

*En Sentencia T-176 de 2011, la Corte interpretó el alcance de las referidas competencias constitucionales y legales de la Procuraduría General de la Nación, en los siguientes términos:*

*“La jurisprudencia ha considerado que se configura la legitimación en la causa, por activa, en los siguientes casos: (i) cuando la tutela es ejercida directamente y en su propio nombre por la persona afectada en sus derechos; (ii) cuando la acción es promovida por quien tiene la representación legal del titular de los derechos, tal como ocurre, por ejemplo, con quienes representan a los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) también, cuando se actúa en calidad de apoderado judicial del afectado, “caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo”; (iv) igualmente, en los casos en que la acción es instaurada como agente oficioso del afectado, debido a la imposibilidad de éste para llevar a cabo la defensa de sus derechos por su propia cuenta, como sucede, por ejemplo, con un enfermo grave, un indigente, o una persona con incapacidad física o mental. Finalmente, (v)* ***la acción de tutela puede ser instaurada a nombre del sujeto cuyos derechos han sido amenazados o violados, por el Defensor del Pueblo, los personeros municipales y el Procurador General de la Nación, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales****.” (Negrillas agregadas).*

*En diversas oportunidades, la Corte ha reconocido que la Procuraduría General de la Nación cuenta con legitimación activa para interponer acciones de tutela en defensa de los derechos fundamentales, verbi gratia, de los niños, de personas jurídicas de derecho público, de los indígenas, así como de ciudadanos en el curso de un proceso de expropiación.* ***Todos estos casos tienen un denominador común: se trata de personas que se encuentran en un estado de indefensión o de la protección del interés público”.*** Negrillas de la Sala.

Conforme a lo anterior, los delegados del Ministerio Publico, se encuentran legitimados para intervenir en el trámite de las acciones de tutela, incluso promoverlas en nombre y representación de aquellos sujetos de especial protección; en procura de la defensa de los derechos fundamentales o de la protección del interés público, no obstante, esa facultad de interponerla o impugnar las decisiones cuando no se trata del accionante o accionado, debe atender ciertas prerrogativas, como de manera acertada lo indicó el H. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección primera, con Ponencia del Magistrado Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, el pasado 23 de febrero de 2017:

*“… resulta pertinente resaltar que la facultad de la Procuraduría General de la Nación para interponer acciones de amparo en nombre de otros, deberá estar sujeta a las normas procesales que regulan la acción de tutela en materia de la agencia oficiosa y deberá acreditar los elementos de esta figura para que sea tenida como legitimada para actuar.*

*Por tanto, si el delegado o agente del Ministerio Público actúa como agente oficio deberá manifestar que promueve la tutela en tal condición y, de los hechos planteados en el libelo demandatorio o de las pruebas obrantes en el expediente deberá poder establecerse la imposibilidad del titular de los derechos para ejercer la defensa de los mismos; caso en el cual no resulta necesaria la ratificación de los hechos por parte del agenciado, por cuanto tal exigencia se hace cuando sea ello posible”.*

Por su parte la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, radicado 107998, del 10 de diciembre de 2019, con ponencia del Magistrado Dr. José Francisco Acuña Vizcaya, al respecto indicó:

*“Respecto de la última de las hipótesis, si bien, al revisar sistemáticamente el Decreto 2591 de 1991 se advierte que los procuradores, en materia de acción de tutela, no se encuentran facultados para incoar dicha mecanismo de protección, como si lo está el Defensor del Pueblo y los personeros, artículo 46 a 51 ibídem, la jurisprudencia si los considera legitimados para acudir al resguardo constitucional a nombre de un tercero, siempre que sea en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, tesis que fue expuesta al siguiente tenor:*

*[…] Si bien el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, no menciona expresamente la posibilidad de que la Procuraduría General de la Nación, interponga acciones de tutela para proteger derechos ajenos abstractos, el artículo 277 de la Carta sí le otorga al Ministerio Público una amplia competencia para intervenir en cualquier proceso, con el fin de cumplir sus funciones constitucionales. En efecto, el artículo 277 Superior establece,*

*ARTICULO 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:*

*1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.*

***2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.***

***3. Defender los intereses de la sociedad.***

*4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.*

*5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.*

*6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.*

***7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden******jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.***

*8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.*

*9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.*

*10. Las demás que determine la ley.*

***Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.***

*De la norma constitucional transcrita surge con claridad que la Constitución no sólo otorgó a la Procuraduría General de la Nación un amplísimo conjunto de competencias, sino también la posibilidad de ejercerlas a través de la interposición de las acciones que considere necesarias. Por lo tanto, si desde el punto de vista del debido proceso constitucional, el Procurador o sus agentes pueden interponer las acciones judiciales que consideren necesarias para proteger los derechos ajenos o el interés público, no existe razón constitucional para que no pueda hacerlo a través de la acción de tutela. (CC T – 293 de 2013).*

*Ahora bien, debe decirse que el mismo Decreto 2591 de 1991, artículo 46, y la Corte Constitucional, en desarrollo jurisprudencial, han establecido ciertas condiciones necesarias de verificación para efectos de hallar configurada la legitimación por activa en caso de los personeros y la defensoría del pueblo, salvo que se trate de los derechos de un niño, niña o adolescente, siendo estas:*

*[…] de conformidad con lo dispuesto por los artículos 10 y 49 del Decreto 2591 de 1991 aquellos pueden presentar acciones de tutela en favor de terceros, la jurisprudencia constitucional ha exigido la acreditación de las siguientes condiciones:* ***i) que exista autorización expresa de la persona a la que representan, excepto cuando se trata de menores de edad, incapaces o cuando las personas se encuentren en estado de indefensión ii) que se individualicen o determinen las personas perjudicadas y iii) que se argumente la forma en que se comprometen los derechos fundamentales de aquellos. En este caso no existió autorización expresa y, aunque se aceptara que se trata de personas en estado de indefensión, lo cierto es que no se individualizaron. (CC T – 209 de 2019).***

*Bajo esos lineamientos, si bien los anteriores derroteros jurídicos se refieren a los personeros y la Defensoría del Pueblo, a criterio de la Sala los anteriores presupuestos también resultan extensibles a la Procuraduría General de la Nación, por cuanto aquellas autoridades, a pesar de su naturaleza orgánica independiente y autónoma, por disposición constitucional, desempeñan en conjunto la función de ministerio público – artículo 118 de la CN. -, la cual es la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, que, en caso de los derechos fundamentales, tienen reiteración normativa en los artículos 277 y 288 ibídem y 178 de la Ley 136 de 1994, que en últimas es el fundamento que los habilita para intervenir ante el juez constitucional en defensa de derechos ajenos.*

*Por consiguiente, ya sea que el promotor del amparo se trate de la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo o los personeros, municipales, distritales o regionales, tales organismos deben acreditar los parámetros jurisprudenciales reseñados, so pena de la improcedencia del reclamo por carecer de legitimidad en la causa por activa”.*

Así las cosas, y como quiera que la participación del Procurador Judicial Penal en esta acción de tutela no obedece a ninguna de las excepciones referidas previamente; por lo menos, así no lo probó el delegado del Ministerio Público, no hay lugar a emitir ningún pronunciamiento respecto de la impugnación presentada contra el fallo de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y de la ley, **SE ABSTIENE** de resolver el recurso de impugnación que presentó el Procurador 290 Judicial I Penal de Pereira contra el fallo de tutela proferida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, por los argumentos previamente expuestos.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. Numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-1)