

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento

Bogotá D. C., dos (2) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado en primera instancia: 110013104008202000065

Accionante: Yaqueline Peña Pacheco.

Accionada: Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social.

Representado: Narciso Peña Pradilla.

Objeto

Procede el Despacho a pronunciarse dentro del término legal, acerca de la acción de tutela instaurada por Yaqueline Peña Pacheco, identificada con cédula de ciudadanía 39.667.257 en representación de Narciso Peña Pradilla en contra de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna e igualdad ante la ley y las autoridades, así como la protección de las personas con debilidad manifiesta, atribuibles al representado.

Solicitud de tutela

Yaqueline Peña Pacheco, obrando en representación de su progenitor Narciso Peña Pradilla, solicitó el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la salud, vida digna e igualdad, por considerar que están siendo vulnerados por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social.

Indicó que su progenitor es un adulto de la tercera edad y se encuentra en situación de vulnerabilidad, ya que desde el seis (6) de enero de dos mil trece (2013), tuvo un accidente cerebro vascular y en consecuencia, padece una trombosis degenerativa del sistema nervioso.

Por esta razón, se ha venido presentando un mayor deterioro en el estado de salud de Narciso Peña Pradilla, por lo que ha sido trasladado a varios hogares para personas de la tercera edad ubicados en Soacha, Chinauta y Silvania, debido a que requiere constante atención.

Indicó que desde el primero (1) de agosto de dos mil dieciocho (2018) y hasta la fecha, Narciso Peña Pradilla está al cuidado de ella, y solicita que se dé aplicación



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

a la resolución 005928 del treinta (30) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) del Ministerio de Salud y Protección Social, en el cual se establecen los requisitos para el reconocimiento y pago del servicio de cuidador.

Competencia

Le asiste competencia a este Estrado constitucional para resolver la discrepancia propuesta, conforme lo disponen los artículos 228 y subsiguientes de la Carta Política, en concordancia con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Actuación Procesal

La tutela fue presentada por vía electrónica, comoquiera que nos encontramos bajo la determinación de aislamiento social obligatorio decretada por el Gobierno Nacional, para evitar la propagación del virus SARS-COV-2, adjunto a ella se encuentra un certificado de discapacidad de Narciso Peña Pradilla.

El veintiuno (21) de mayo del año en curso, se avocó conocimiento de la acción de tutela por parte de este estrado judicial, y en consecuencia, se corrió traslado de la demanda a la entidad accionada, para que en ejercicio del derecho de defensa y contradicción, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones planteadas.

Respuesta de las entidades accionadas

Este despacho judicial corrió traslado del escrito tutelar, tanto a la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, a través de correo electrónico dirigido a la dirección notificaciones juridica@prosperidadsocial.gov.co, como al Ministerio de Salud y de la Protección Social, a través de la dirección electrónica jbonilla@minsalud.gov.co, desde el veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020), a pesar de ello, las entidades accionadas no ejercieron su derecho de defensa y contradicción, por lo que se aplicará la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

Consideraciones del Despacho

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo que permite la intervención inmediata del juez constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales cuando estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares como lo prevé el artículo 3º del Decreto 2591 de 1991.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ahora bien, analizando en primera medida, si la presente acción tutelar, cumple con los requisitos de procedibilidad establecidos tanto en la normatividad vigente como en la jurisprudencia, debemos señalar en primera medida lo atinente a la legitimación por activa, sobre el cual la Corte Constitucional ha establecido:

«El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.¹»

Teniendo en cuenta que la accionante es Yaqueline Peña Pacheco, hija de Narciso Peña Pradilla, quien para los efectos de la presente actuación funge bajo la figura jurídica de agente oficioso de su progenitor, porque este no se encuentra en capacidad de promover su propia defensa, esta figura ha sido aprobada por la Corte Constitucional, que además ha sostenido que el Juez Constitucional, deberá realizar un examen acucioso, para determinar si en las condiciones particulares en que se presenta la solicitud de amparo, es procedente reconocer dicha figura, al respecto ha establecido:

«A partir del principio de igual reconocimiento ante la ley, resulta imperativo que el juez constitucional interprete la figura de la agencia oficiosa buscando favorecer la capacidad jurídica de las personas mayores de edad en condición de discapacidad, a efectos de preservar su autonomía y voluntad. Para tal efecto, en lo que respecta al requisito de la imposibilidad de interponer el recurso de amparo, se deberá entrar a analizar las circunstancias del caso concreto y las barreras de participación efectiva en la sociedad que se derivan para el titular de los derechos, sin que el solo diagnóstico de una enfermedad cognitiva o psicosocial, sea un indicio suficiente para derivar el impedimento en una actuación directa. En otras palabras, el juez constitucional debe velar porque existan escenarios en los que las personas con discapacidad, en virtud de su capacidad jurídica, se apropien de sus derechos y de la facultad para proceder a su ejercicio, con miras a fortalecer su independencia e inclusión en la vida social»

Así las cosas, advierte el despacho una certificación adjuntada al escrito tutelar, en la que se observa que Narciso Peña Pradilla, de ochenta y ocho (88) años de edad, padece un grado de discapacidad profunda, además de limitaciones de movilidad, lo que aunado al artículo 2° de la Resolución 844 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, extendió hasta el treinta y uno (31) de agosto del presente año las medidas de aislamiento y cuarentena preventiva para las personas mayores de setenta (70) años, lo que le imposibilita interponer la tutela por sí mismo.

¹ Sentencia T 511 de 2017.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ahora bien, una vez superado el análisis del requisito de procedibilidad por legitimación en la causa por activa, es necesario continuar con un segundo requisito referido a la subsidiariedad de la acción constitucional de tutela, como se expondrá a continuación.

- De la subsidiariedad

Es necesario resaltar el requisito de subsidiariedad que previó el constituyente en el artículo 86, mediante el cual se pretendió que la acción tutelar tuviera un carácter residual busca lograr celeridad en la solución de situaciones que puedan ser vulneradoras de derechos fundamentales, por lo cual, resulta necesario que ante una acción u omisión que transgreda o amenace los mismos, no exista en el ordenamiento jurídico otro mecanismo idóneo para la defensa del derecho vulnerado, con la única excepción consistente en evitar la producción de un perjuicio irremediable, lo anterior buscando evitar la convergencia de la acción tutelar en las vías judiciales que ha determinado la ley con anterioridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester señalar que Yaqueline Peña Pacheco, no agotó los mecanismos ordinarios establecidos, sino que acudió directamente al juez constitucional para que fueran amparados sus derechos fundamentales y obtener un cuidador para su progenitor, quien se encuentra en grave estado de salud, descartando de tal suerte la subsidiariedad que caracteriza esta acción constitucional, pues al no haberse cumplido si quiera una solicitud formal ante la E.P.S, no es dable que el juez constitucional estudie de fondo la problemática planteada.

Al respecto, vale la pena destacar que en virtud del principio de subsidiariedad, los conflictos jurídicos relacionados con las garantías fundamentales deben ser resueltos, en principio, por las vías pretéritamente fijadas para el efecto, ya sean jurisdiccionales o administrativas y solo ante su ausencia o cuando se demuestre que no son idóneos, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional, pues dicho mecanismo no puede ser utilizado como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por el ordenamiento legal para la defensa de los derechos.

«El fundamento constitucional de la subsidiariedad, bajo esta perspectiva, consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales. En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2º Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.»²

Verificado lo anterior, la peticionaria debió demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable «*explicando en qué consiste, señalando las condiciones que lo enfrentan al mismo y aportando mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión*»³, presupuesto que se exige para que proceda el amparo de tutela como mecanismo de defensa transitorio, no empecé, ello no se patentizó en el presente asunto.

Es importante señalar que la Corte Constitucional ha sostenido en diferentes oportunidades⁴ que la protección al derecho fundamental de salud, puede ser amparado a través de tutela, comoquiera que se trata de un derecho que tiene relación directa con otros como lo son la vida y la dignidad humana. Ahora bien, en lo que respecta a los cuidadores, ha señalado:

«En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.»⁵

Además de esto, analizando la aplicación de la Resolución 5928 de 2016 del Ministerio de Salud y de la Protección Social, se puede decir que este, solo establece otras reglas de acuerdo a resoluciones anteriores del mismo Ministerio en relación a hacer efectivo el servicio de cuidador y demás beneficios no incluidos en el POS, el cual especifica que debe ser pedido por los canales correspondientes a la E.P.S o entidad que cumpla esa función.

En este caso, encontramos ante la imposibilidad de tutelar los derechos pedidos por la accionante, ya que esta como primera opción los pretende hacer efectivos mediante la acción de tutela, cuestión que como la Corte ha señalado esto es una

² Corte Constitucional. Sentencia T-954 del 20 de noviembre de 2012. M. P. Mauricio González Cuervo.

³ Sentencias T-449/1998, T-1068/2000, T-290/2005, T-467/2006, T-1067/2007, T-472/2008, T-104/2009.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T 065 de 2018.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

forma impertinente de usarla ya que debe ser presentada como última forma de proteger un derecho por lo que tiene un carácter residual y subsidiario.

En conclusión, después de las consideraciones y la exposición jurisprudencial en la cual basamos la decisión, se puede observar que nos encontramos con improcedencia por subsidiariedad ya que la acción no demuestra alguna otra gestión ante la E.P.S. o Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, encaminada a la protección de los derechos que intenta tutelar, lo cual transgrede uno de los principios de esta acción que le da un carácter residual y subsidiario.

Con fundamento en las anotadas argumentaciones, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Resuelve:

Primero: Declarar improcedente la acción de tutela incoada por Yaqueline Peña Pacheco en representación de Narciso Peña Pradilla contra la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social

Segundo. Notifíquese esta decisión a las partes, indicándoles que esta misma es susceptible del recurso de impugnación

Tercero. Remítase la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada.

Notifíquese y Cúmplase

Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez
Juez

AMS

Por situaciones de salubridad, este documento se publica sin firma, y estará en el sitio web de la Rama Judicial, su original estará a disposición de las partes una vez cesen las condiciones especiales que afectan el territorio nacional.