

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

STP17489-2021

Radicación n°. 120777

Acta 329

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta por RICARDO SUÁREZ ZAPATA contra el fallo proferido el 3 de noviembre de 2021 por la Sala de Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que negó el amparo deprecado contra el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA, el JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE LA MISMA CIUDAD y los representantes legales de las IPS CONFENALCO, RENDISALUD y la EPS FAMISANAR.

Al trámite tutelar se vinculó a la Juez Tercero Penal Municipal de la ciudad con funciones de conocimiento, al Superintendente Nacional de Salud, al representante legal de la IPS Audiomedica, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –Adres–y a los Jueces Cuarto Civil Municipal y Veintitrés Civil Municipal de Bucaramanga.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

Así los expuso la Sala de Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga:

“1- El señor Ricardo Suárez Zapata – con 36 años de edad – dijo estar afiliado a la EPS Famisanar, Colpensiones lo pensionó por invalidez en julio de 2020, padece más de diez patologías diagnosticadas por diferentes especialistas y médicos tratantes, convive con su progenitora de 74 años de edad que padece una enfermedad catastrófica – cáncer de ojo derecho y demencia – y con una hermana – de 56 años de edad y también con una enfermedad catastrófica -, se encarga de cuidar a su progenitora, de los gastos del hogar y de dos sobrinos de 20 y 9 años.

El pasado 6 de septiembre instauró una acción de tutela – con radicado N° 68001400900320210010000 – para que le ampararan su derecho a la libre escogencia, dadas las constantes dilaciones de la EPS Famisanar en autorizar de nuevo los tratamientos médicos de terapia ocupacional, terapia física y psicoterapia que le suministran desde el 2017; el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bucaramanga le negó la medida provisional que pidió decretar para darle continuidad a las referidas terapias en la IPS Comfenalco – ya autorizadas el anterior 31 de agosto – y mediante fallo del 20 de septiembre no accedió al amparo deprecado, pues la EPS Famisanar no tenía contratada a la IPS Comfenalco en su red de prestadores de servicios, sin tener en cuenta el informe rendido por dicha IPS; además, en la citada sentencia se indicó que la IPS REDINSALUD presta tales servicios médicos, pero dicha IPS no fue vinculada a la actuación para corroborar o desmentir lo informado por la EPS Famisanar, de tal forma que la juez de primera instancia simplemente repitió lo aseverado por la referida EPS.

También se desconoció la valoración efectuada por la Junta Médica de Psiquiatría del 13/11/2020, consistente en continuar los tratamientos con el psiquiatra tratante y psicoterapia semanal con el mismo profesional, a fin de no detener el tratamiento y lo ya logrado, lo cual informó en el escrito de tutela y no se apreció, como igual sucedió con su cuadro de ansiedad y depresión, pues la psicóloga y el médico tratante le cambiaron una psicoterapia por semana a una cada dos semanas y en curso de esas sesiones volvieron a cambiar a una psicoterapia por semana, al evidenciar que el cambio no era favorable;

impugnó el referido fallo y el siguiente 13 de octubre el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la ciudad lo confirmó, sin valorar los argumentos ofrecidos, sentencia fraudulenta porque no analizó lo antedicho.

El 29 de septiembre se comunicó vía telefónica con la IPS REDINSALUD y le informaron que “no presta el servicio de psicoterapia y que el servicio de terapia ocupacional y física se tenía que tramitar con la EPS directamente”, lo cual informó mediante escrito de adición o complemento – hecho sobreviniente – para que tales despachos judiciales lo corroboraran, pues la EPS Famisanar no actúa de buena fe, sino que miente y engaña a la judicatura; en la misma fecha le pidió a la IPS REDINSALUD que le informara sobre la prestación de los servicios de (i) psicoterapia individual y familiar, (ii) terapia ocupacional y (iii) terapia física; el 30 de septiembre informó lo anterior a una funcionaria de la EPS Famisanar – Cañaveral y le indicaron que “Las psicoterapias sí requieren de autorización para la IPS AUDIOMEDICA y las terapias físicas y ocupacionales se tienen que programar sin autorización directamente con la IPS REDINSALUD”, por lo cual ya no se habla de la IPS Comfenalco.

Para obtener pruebas sobrevinientes al fallo de primera instancia, el 1° de octubre le pidió a la IPS Comfenalco informarle (i) si la EPS Famisanar la tiene contratada dentro de su red de prestadores de servicios y (ii) aclarar cuáles servicios médicos presta esa IPS; en consecuencia, el 6 de octubre le contestaron que dentro de los servicios ofertados a sus afiliados y al público en general “...atiende terapias físicas, terapias ocupacionales, psicología, dermatología, odontología general y especializada, entre otros... (...) ...y los servicios que presta a la EPS Famisanar obedecen a un contrato de prestación de servicios ...”; el 3 de octubre le solicitó a la EPS Famisanar (i) informarle las IPS contratadas en su red de prestadores de salud y (ii) indicarle claramente si un paciente tiene que continuar sus tratamientos de terapias “única y exclusivamente en la IPS REDINSALUD”, ante lo cual el 8 de octubre le comunicaron que “...Famisanar EPS ha brindado todos los servicios que ha requerido el afiliado Suárez Zapata Ricardo, de acuerdo a la red contratada, así mismo se cumple con los requisitos establecidos en las normas que regulan el SGSSS. Así mismo los

servicios requeridos por el afiliado; Terapias Ocupacionales, Terapia Física, Psicoterapia, Consulta Médica, General, Odontología, Laboratorio Clínico, Apoyos diagnósticos, se encuentran contratados con la IPS RED INTEGRADA SALUD COLOMBIA IPS S.A.S, Calle 30 A No. 23-94, Tel: 6187808...”

Entonces, la EPS Famisanar le negó información y sigue imponiendo la IPS REDINSALUD para prestarle el servicio de psicoterapia, pese a que la IPS Comfenalco presta dicho servicio; el 7 de octubre tenía una cita programada en la IPS REDINSALUD para valoración de psicología y la galeno le expresó que “En esta IPS no se presta el servicio de psicoterapia semanal, solo se presenta un control médico mensual ...”; luego de notificarle el fallo de segunda instancia - octubre 14 - mediante llamada telefónica al número 3208049505 - extraído del fallo de tutela - se comunicó con la IPS REDINSALUD para programar los servicios de terapia ocupacional, terapia física y psicoterapia individual semanal, informándole que debía solicitarlas personalmente, pues no cuentan con correo electrónico o teléfono para programar esos servicios, ni prestan el servicio de psicoterapias semanales suspendidas por la EPS Famisanar, mientras que en la IPS Comfenalco le prestan los servicios para sus tratamiento médicos desde el 2017 “sin ningún problema”, lo cual amerita declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del radicado 2021-00100, a fin de valorar el nuevo material probatorio aportado”.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga declaró improcedente el amparo porque consideró que no cumple los presupuestos de procedencia excepcional de la acción de tutela contra la sentencia proferida en otra acción de la misma naturaleza en tanto no se demostró que se trate de una decisión judicial fraudulenta o errores en el procedimiento, tales como ausencia de información, notificación o vinculación de terceros interesados en la actuación.

LA IMPUGNACIÓN

RICARDO SUÁREZ ZAPATA impugnó la decisión de primera instancia por considerar que no es congruente dado que no se ajusta a los hechos que motivaron la acción de tutela, el a quo se niega a cumplir el deber de garantizar los derechos, se funda en consideraciones inexactas y erróneas y en la errónea interpretación de los principios que gobiernan la acción de tutela.

Afirmó que el amparo fue negado porque no aportó pruebas, y frente a ello enlistó las que aportó con la demanda tutelar y resaltó que la vulneración al debido proceso y cosa juzgada fraudulenta fue demostrada porque las autoridades accionadas no valoraron las pruebas que él aportó en el trámite de la acción de tutela cuestionada.

Expuso que no ha indicado que la EPS debe contratar con determinada IPS, sino que tiene derecho a ejercer la libre escogencia entre las IPS contratadas por Famisanar EPS, entidad que, dijo, miente para engañar a la administración de justicia en relación con las psicoterapias semanales ordenadas por el médico y sobre la prestación de servicios de la IPS REDINSALUD.

Sostuvo que se desconoce el principio de buena fe del accionante porque no obra ninguna prueba que desmienta lo que ha señalado sobre la prestación del servicio de salud.

Precisó que el escrito de adición o complemento que radicó el 26 de octubre pasado, mencionado por el tribunal, no tenía por objetivo solicitar el amparo constitucional del derecho de petición, sino mostrar como Famisanar EPS le ha venido cambiando de IPS y por tanto de médicos tratantes, sin justificación alguna.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 3 de noviembre de 2021, dentro de la acción de tutela promovida por RICARDO SUÁREZ ZAPATA.

2. De la acción de tutela contra sentencias de tutela

En pacífica jurisprudencia, han decantado tanto esta Corporación como la Corte Constitucional, que la tutela no puede utilizarse para atacar una decisión que se profirió en un proceso de esa misma naturaleza. Particularmente en la sentencia CC SU-1219/01, la Corte Constitucional señaló las siguientes pautas:

Por excepción, es viable interponer una acción de tutela cuando en el trámite o procedimiento de una anterior el funcionario judicial ha incurrido en vicios de hecho. Por ejemplo, cuando actúa con absoluta falta de competencia o no integra adecuadamente el contradictorio.

Como no es factible interponer una nueva solicitud de amparo contra la sentencia que definió una anterior, quien estime que la primera sentencia está construida sobre vicios de hecho debe solicitar a la Corte Constitucional que revise dicho fallo, en los términos de los artículos 31, 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991. De esta manera, la persona afectada no queda desamparada jurídicamente ante la eventualidad de que en realidad la sentencia sea materialmente injusta.

Si la Corte Constitucional no revisa la sentencia de tutela, dicho fallo hace tránsito a cosa

juzgada. Si accede a revisar la sentencia, a lo resuelto por dicha Corporación debe estarse como última palabra sobre el asunto, y hace tránsito a cosa juzgada.

Así, en la sentencia SU-627/15, el Alto Tribunal Constitucional fijó la regla de la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela, en razón a que, con ello, «la resolución del conflicto se prolongaría indefinidamente en desmedro tanto de la seguridad jurídica como del goce efectivo de los derechos fundamentales» (...) porque una vez ha concluido el proceso de selección “opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional” (...)».

En la mencionada decisión ese Tribunal unificó la jurisprudencia en punto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de la misma naturaleza, señalando, entre otras reglas que:

4.6.2. Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no procede.

4.6.2.1. Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional.

4.6.2.2. Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la

situación (negritas fuera del texto original).

3. La solución del caso

En este caso, RICARDO SUÁREZ ZAPATA presentó acción de tutela contra la sentencia proferida el 13 de octubre pasado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga con funciones de conocimiento, que confirmó el fallo de 17 de septiembre de 2021, dictado el por el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela n° 68001400900320210010000, en los que se negó la solicitud de amparo allí deprecada.

De acuerdo con la argumentación de la demanda tutelar y la sustentación de la impugnación, advierte la Sala que lo que cuestiona el accionante es el contenido de las sentencias dictadas en la mencionada acción constitucional, mostrándose inconforme con que se niegue el amparo por considerar que Famisanar EPS ha prestado los servicios de salud que requiere, sin que, a su juicio, se haya realizado una valoración integral de las pruebas que considera evidencian que la IPS asignada no le brinda la atención y terapias requeridas, como lo venía haciendo la IPS COMFENALCO.

En primer lugar se constata que la acción no cumple el presupuesto de subsidiariedad toda vez que, la actuación constitucional cuestionada aún se encuentra en curso, radicada bajo el número T8507335 en la Corte Constitucional para su análisis por la Sala de Selección de tutelas, como se constata en los registros de la página web de la Secretaría General de esa Corporación¹, ante la cual puede solicitar la revisión y, en caso de que ésta sea negada igualmente puede insistir ante la misma corte Constitucional para que la acción de tutela n° 68001400900320210010000 sea seleccionada y revisadas las sentencias dictadas por las autoridades accionadas en el trámite de la misma.

En efecto, tal y como lo prevé el artículo 57 del Acuerdo 02 de 2015², en caso de que el expediente no sea seleccionado por el Alto Tribunal Constitucional para su revisión, la parte demandante puede insistir en el estudio del caso particular³, dentro de los quince (15) días calendario siguientes, a la fecha de notificación por estado del auto de la Sala de Selección, lapso en el cual el accionante no cumplió con esa carga procesal.

Así las cosas, como no se han agotado los medios judiciales de defensa y la actuación aún se encuentra en curso en la Corte Constitucional, la acción de tutela resulta improcedente, conforme a lo establecido en el artículo 6.1 del Decreto 2591 de 1991.

En efecto, el artículo 6 numeral 1 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela no procederá: “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 encuentra el solicitante”.

Esto porque el juez constitucional no puede pronunciarse de fondo sobre los reclamos del accionante porque ello desnaturalizaría la esencia de la acción de tutela dado que las etapas y procedimientos que conforman una actuación son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías que conforman el debido proceso, y, además, supondría el desconocimiento de la independencia y la autonomía funcional que rigen la actividad de la Rama Judicial, al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la [Constitución Política](#).

En este orden, como no se han agotado los medios judiciales de defensa, se confirmará el fallo impugnado, haciendo precisión que el amparo se niega por improcedencia de la acción al dirigirse contra una actuación judicial en curso y en la cual existen medios judiciales de defensa a los cuales aún puede acudir el accionante.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA NO. 1, DE LA SALA

DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el fallo impugnado, por las razones antes señaladas.

Segundo: NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1

https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/consultat/consulta.php?camporad_actor&date3=2021-09-01&date4=2021-1215&radi=Radicados&palabra=SUAREZ+ZAPATA&radi=radicados&todos=%25

2 Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional.

3 Artículo 51. Insistencia. Modificado mediante Acuerdo 01 de 29 de abril de

2004, quedando así: “Artículo 51. Insistencia. Además de los treinta días de que dispone la Sala de Selección y en virtud de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, cualquier Magistrado titular o directamente el Procurador General de la Nación o el Defensor del Pueblo, podrá insistir en la selección de una o más tutelas para su revisión, dentro de los quince días calendario siguientes a la fecha de notificación por estado del auto de la Sala de Selección”.