

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.: 110014003081 **2021 00088 01**
DEMANDANTE: IVAN MAURICIO BALLESTEROS HIDALGO
DEMANDANDO: SALUD TOTAL E.P.S.
VINCULADO: CLINICA JUAN N CORPAS

ACCION DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

La presente providencia, decide la impugnación propuesta por el señor IVAN MAURICIO BALLESTEROS HIDALGO, contra el fallo proferido el 16 de febrero de 2021, por el JUZGADO OCHENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C. convertido transitoriamente en JUZGADO SESENTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BOGOTÁ, mediante el cual se le negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social.

ANTECEDENTES

El accionante, acudió a la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, con la finalidad de obtener protección de sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social, los cuales considera fueron vulnerados por la accionada al no autorizarle de forma oportuna los medicamentos, terapias y citas ordenadas por sus médicos tratantes, desmejorando su calidad de vida.

El aquí accionante adujo además, que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 44.77% sin que esto quiera decir que se encuentra totalmente curado, pues considera que sus patologías han aumentado.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El JUZGADO OCHENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C. convertido transitoriamente en JUZGADO SESENTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BOGOTÁ., negó el amparo los derechos invocados al considerar que la E.P.S. SALUD TOTAL no le había vulnerado los derechos

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

fundamentales alegados, en razón a que no existía orden médica que respaldará las pretensiones de la tutela.

LA IMPUGNACIÓN

Notificadas las partes en legal forma del fallo antes referido, dentro de la oportunidad legal, el accionante formulo impugnación, por considerar que la E.P.S. accionada sigue sin autorizar en su totalidad las terapias alternativas ordenadas por sus médicos tratantes, reiterando que lo manifestado por la accionada respecto que desconoce las ordenes emitidas, carece de veracidad.

CONSIDERACIONES

Este Juzgado de segunda instancia ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones, no sólo del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino del Artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del derecho, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, por medio del cual se establecieron reglas de reparto de las acciones de tutela.

El accionante pretende a través de esta acción de tutela, se ordene a la E.P.S. SALUD TOTAL autorizar las terapias alternativas que fueron ordenadas por sus médicos tratantes y cambio del medicamento que se le vienen recetando por más de cuatro a cinco años, ya que es a base de opioides el cual le afecta su sistema nervioso.

De las pruebas allegadas por el accionante y de lo señalado por la E.P.S. requerida al contestar la acción de tutela, se observa que de los servicios requeridos no aporta prueba de las ordenes emitidas para poder así acceder a los servicios de salud que pretende, o que los médicos tratantes le hayan negado cambio de medicamento alguno.

Así, respecto de la necesidad de que los servicios o medicamentos reclamados mediante acción de tutela, cuenten con la prescripción del médico tratante, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-346 de 2010 indicó:

*"...de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, a través del cual, toda persona puede reclamar ante el juez competente la "protección inmediata de sus derechos fundamentales, **cuando quiera que estos resulten vulnerados o***

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".(Negrilla fuera de texto)

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, "por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que "la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, **que haya violado, viole o amenace violar** los derechos constitucionales fundamentales". Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley. (Negrilla fuera de texto)

De los preceptos mencionados se puede concluir que, para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares.

Así las cosas, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, "la acción de tutela procede, cuando se pruebe que se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de una persona por parte de autoridades públicas o los particulares, y adicionalmente no existe un mecanismo judicial de protección de los mismos, idóneo para tal efecto".

Concretamente, en materia de salud, la Corte ha entendido que se quebranta este derecho fundamental cuando la entidad encargada de garantizar su prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y, en general, cualquier servicio de salud que requiera con necesidad para el manejo de una determinada patología, según lo ordenado por el médico tratante.

Siguiendo esta línea interpretativa, la jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera enfática, que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente.

Bajo esta premisa, es claro que el juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante en dicho sentido, toda vez que no es constitucionalmente admisible que en su labor de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sustituya los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

Sobre este punto, en la Sentencia T-1325 de 2001, la Corte indicó lo siguiente:

"En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, tal como aconteció en esta oportunidad -lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos- o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos".

Así las cosas, en reiterados fallos este Alto Tribunal ha reafirmado que la acción de tutela resulta improcedente, cuando a través de su ejercicio se pretende

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

obtener la prestación de un servicio de salud, sin que exista orden del médico tratante que determine, bajo estrictos criterios de necesidad, especialidad y responsabilidad, su idoneidad para el manejo de la enfermedad que pueda padecer el paciente. Particularmente, en la Sentencia T-050 de 2009, sostuvo:

"(...) la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad)."

En este mismo sentido la H. Corte Constitucional en sentencia T 184 de 2011 señaló:

La imposibilidad de los jueces para decidir sobre la idoneidad de tratamientos y medicamentos de salud.

4. En el marco del Sistema de Seguridad Social de Salud, la persona competente para determinar qué servicio requiere un paciente, es el médico tratante porque: (i) lo hace con base en criterios científicos; y (ii) dado que es el profesional que se encuentra en contacto con el enfermo tiene la mayor posibilidad de establecer cuál es el tratamiento más eficaz e idóneo para la enfermedad del convaleciente[22]. Por consiguiente, el criterio vinculante para la orden del servicio médico es el del profesional adscrito a la E.P.S, pues esta es la encargada de la prestación de las asistencias en Salud[23].

5. Empero, la jurisprudencia de esta Corporación ha flexibilizado este requisito, por dos vías: (a) estableciendo que es obligatorio acatar la orden de un médico particular, si no es desvirtuada por la E.P.S. con sustento en criterios técnicos o científicos;[24] (b) cuando el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidas a priori, de manera concreta por el médico tratante, conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, "(i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable,"[25] que se ha referido a los sujetos de especial y reforzada protección constitucional vinculados a una patología que determinan la orden concreta del juez de tutela[26] (...)

Conforme lo hasta aquí expuesto es claro que el accionante no aportó con el escrito de tutela prueba alguna de las ordenes medicas que pretende se ordenen por este medio de defensa, y/o la negativa de la convocada al juicio en la autorización y entrega de alguna orden.

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

En lo que respecta al cambio de medicamento, se advierte que correrán igual suerte, pues no obra en expediente concepto u orden del médico tratante que disponga dicho cambio.

Ahora bien, si la carga de la prueba, en tratándose de esta acción especial de amparo, le corresponde al accionante y el expediente de tutela no registra medio probatorio idóneo que demuestre los supuestos referidos por él.

En relación con la carga de la prueba, en asuntos como el que nos ocupa, la H. Corte Constitucional ha sentenciado que "Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación"¹.

*En otro pronunciamiento la citada corporación expresó: "La acción de tutela cabe únicamente cuando existe el hecho **cierto, indiscutible y probado** de una violación al derecho fundamental alegado por quien la ejerce, o una amenaza contra el mismo, **fehaciente y concreta**, cuya configuración también **debe acreditarse**.*

No puede el juez conceder la protección pedida basándose tan solo en las afirmaciones del demandante. Por el contrario, si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, su deber es negarla, por cuanto, así planteadas las cosas, no tiene lugar ni justificación"² (resaltado original).

En este orden de ideas y si la protección judicial a que se contrae el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, en concreto, cuando se establece que la acción u omisión de una autoridad pública, o de particulares en los eventos previstos por la ley, viola un derecho fundamental o lo amenaza, hemos de afirmar que en este específico evento, dicha protección no tiene cabida, porque la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, en las condiciones referidas por este expediente, no se puede determinar con certeza..

Por último, se advierte que, con la impugnación el accionante aporta orden médica, sin embargo, con el mismo anexa pantallazo según su dicho de la página de autorizaciones de la E.P.S. SALUD TOTAL en la que informa que no han sido autorizados en su totalidad las Terapias, por lo que se puede inferir por el mismo

¹ Sentencia T-864 de 1999.

² Sentencia T - 298 de 1993.

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

accionante que las autorizaciones se encuentran en trámite, sin que se haya presentado negativa por parte de la aquí accionada.

Lo expuesto permite concluir que el fallo proferido en primera instancia por el JUZGADO OCHENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C. convertido transitoriamente en JUZGADO SESENTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BOGOTA, habrá de confirmarse.

*En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido el dieciséis (16) de febrero de dos mil veintiuno (2021) por el JUZGADO OCHENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C. convertido transitoriamente en JUZGADO SESENTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BOGOTA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta determinación.

SEGUNDO: ENVIAR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, al tenor literal del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: NOTIFICAR este fallo por el medio más expedito a los intervinientes, de tal manera que se asegure su conocimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ**

Firmado Por:

**CONSTANZA ALICIA PINEROS VARGAS
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 038 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3e18cf03d6087f3f8375efd17855a6c37eba92232672ba96c9ff621a061a215a**

Documento generado en 23/03/2021 09:15:42 AM