

JUZGADO DIECISIETE DE FAMILIA DE BOGOTÁ

Diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso	Acción de tutela
Radicado	11001311001720230082600
Accionantes	Esther Gómez de Silva
Accionadas	Famisanar EPS y otros

ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991, procede el despacho a emitir decisión de fondo dentro de la acción de tutela instaurada por la ciudadana ESTHER GÓMEZ DE SILVA, quien actúa en nombre propio en contra de FAMISANAR EPS, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), IPS CAFAM e IPS COLSUBSIDIO, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, igualdad, y seguridad social.

ANTECEDENTES

Los que a continuación se resumen por el despacho, así:

Informa la accionante que se encuentra afiliada como beneficiaria a FAMISANAR EPS, y que le fue ordenado el procedimiento quirúrgico denominado “*BIOPSIA DE ENDOMETRIO POR HISTEROSCOPIA*”, sin que a la fecha de la radicación de la presente acción de tutela le hubieren programado el referido procedimiento, pese a que la usuaria ha realizado los trámites correspondientes a realización de exámenes pre quirúrgicos y radicación de órdenes médicas, por lo que considera que se están poniendo barreras de carácter administrativo para su atención médica oportuna.

Por lo anterior, requiere el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, igualdad, y seguridad social, y que se conmine a las accionadas a programar y realizar en forma inmediata el procedimiento quirúrgico denominado “*BIOPSIA DE ENDOMETRIO POR HISTEROSCOPIA*”, ordenando además el tratamiento integral para la patología que padece actualmente, de considerarlo pertinente.

ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela fue asignada por reparto a este juzgado el 18 de septiembre de 2023, y es admitida en providencia de la misma fecha, ordenándose notificar a las entidades accionadas, FAMISANAR EPS, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), IPS CAFAM e IPS COLSUBSIDIO, para que rindieran la información necesaria, en aras de decidir el asunto puesto en conocimiento; adicionalmente, se ordenó vincular a la acción constitucional a IDIME S.A.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y/O VINCULADAS

El apoderado judicial de la oficina asesora jurídica de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, en respuesta remitida el 03 de noviembre de 2023, indicó que es la EPS la encargada de brindar la atención y los servicios en salud que requiere la accionante y, por lo tanto, la obligada a garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados; en consecuencia, considera que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que solicitó la desvinculación de la entidad del presente trámite.

El gerente técnico de salud regional de FAMISANAR EPS, remitió respuesta el 03 de noviembre de 2023, indicando que se encuentra realizando las gestiones tendientes para la adecuada prestación del servicio de salud en favor de la usuaria, por lo que solicitó al despacho se concediera un término razonable para materializar lo pertinente, resaltando que no ha negado el servicio a la accionante y, por lo tanto, no ha vulnerado los derechos invocados.

Por su parte, el coordinador de acciones constitucionales del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en contestación del 07 de noviembre de 2023, manifestó que no ha vulnerado garantía fundamental alguna en cabeza de ESTHER GÓMEZ DE SILVA, ya que su labor consiste en “dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud”, de acuerdo con lo consagrado en la ley, pero no es su función prestar servicios de salud; por lo tanto, solicitó que se exonere de toda responsabilidad a la entidad, en lo que concierne a lo manifestado por la ciudadana en la acción de tutela.

La abogada de la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR (COLSUBSIDIO) envió contestación del 07 de noviembre de 2023, en la que señaló que la entidad, actuando como IPS, solo presta los servicios de salud que se encuentran previamente autorizados por la EPS a la que esté afiliado el usuario; adicionalmente, puso en conocimiento que ESTHER GÓMEZ DE SILVA fue atendida por el especialista en ginecología, hallando un “engrosamiento endometrial”, en virtud de la cual le fue ordenada la práctica del procedimiento denominado “*BIOPSIA DE ENDOMETRIO POR HISTEROSCOPIA*”, que ya se encuentra autorizado por el área de anestesia.

Así, informó que el procedimiento requerido por la usuaria fue programado para el próximo 18 de diciembre de 2023 a las 2 pm., situación que ya fue informada a la accionante, quien consintió en su realización; por lo tanto, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela, al configurarse un hecho superado, aunado a la no vulneración de derechos por parte de la entidad.

Finalmente, la representante legal del INSTITUTO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO (IDIME) S.A., contestó el 09 de noviembre de 2023, indicando que la institución presta servicios de diagnóstico, consulta externa e imagenología, y que no ha recibido autorización alguna por parte de la EPS para realizar algún procedimiento a la accionante, adicional a los de imagen diagnóstica y

laboratorios que ya le han sido practicados; por lo anterior, pidió la desvinculación de la entidad de esta acción constitucional.

Conforme a lo anterior, procede esta sede judicial a resolver el asunto, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Competencia

Al tenor de lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto 333 de 2021, este despacho es competente para conocer y decidir el trámite de la acción de tutela interpuesta, teniendo en cuenta que se invoca la protección de derechos fundamentales; asimismo, corresponde el reparto del asunto al juez del circuito cuando se trata de una entidad del orden nacional, como lo es la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

Procedencia de la acción de tutela

La solicitud de amparo constitucional ha sido presentada dentro de un término razonable ante el juez, y la accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para proteger su derecho; por lo tanto, concluye esta sede judicial que la acción de tutela interpuesta es procedente, al cumplir los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, y al haberse solicitado el amparo de una garantía fundamental, como previamente se ha indicado.

El derecho a la vida

Uno de los de los derechos fundamentales de mayor relevancia es, sin duda, el derecho a la vida, concebido como el deber del Estado de garantizar no la sola subsistencia de los ciudadanos, sino el desarrollo de esta en condiciones dignas y de calidad. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

“Con respecto al derecho a la vida, la Corte Constitucional ha elaborado un concepto amplio del mismo al considerar que tal derecho no se debe entender como la mera subsistencia biológica, sino como un derecho cualificado que implica el reconocimiento y búsqueda de una vida digna. Con anterioridad ha dicho esta Corporación:

"El derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna."¹

De igual manera se reiteró en la sentencia T-926/99:

¹ Ver sentencia T-096/99.

"El derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución -preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia."

La salud como derecho fundamental y los principios que la guían

El artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas y debe prestarse siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad². El Sistema de Seguridad Social se encuentra integrado, entre otros, por el Sistema General de Salud³, cuya regulación se enmarca en el Artículo 49 Superior, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la Ley 100 de 1993⁴, la Ley 1122 de 2007⁵, la Ley 1438 de 2011⁶ y la Resolución número 5521 de 2013, entre otras disposiciones.

En principio, se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos⁷. Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida. A continuación, se determinó que todos los derechos de la Carta son fundamentales al conectarse con los valores cuya protección, el legislador primario, pretendió elevar "a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución"⁸.

En la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo *"en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna"*⁹. El legislador reconoció a la salud como derecho fundamental mediante la Ley 1751 de 2015¹⁰, en cuyo Artículo 2° se especifica que es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

² La seguridad social fue definida en la Sentencia T-1040 de 2008, como el "conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano."

³ Sentencia T-648 de 2015: "Así, en desarrollo de las normas constitucionales citadas, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993, "por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social", con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas con la posibilidad de afectar su salud y su situación económica. En ese orden, el sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) Servicios Sociales Complementarios."

⁴ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

⁵ "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

⁶ "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

⁷ Ver sentencia T-082 de 2015.

⁸ Ver sentencia T-016 de 2007.

⁹ Ver sentencia T-920 de 2013.

¹⁰ "Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones".

Concretamente, el artículo 49 de la Carta Política consagra que toda persona debe tener acceso a la protección y recuperación de la salud, encontrándose a cargo del Estado, y este servicio debe ser prestado acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Más adelante el legislador, con la finalidad de desarrollar el mandato constitucional contenido en los artículos 48 y 49 Superiores, expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó, entre otros, el Sistema de Seguridad Social en Salud. En el artículo 2º de esta norma se establecieron como principios rectores la eficiencia, la universalidad, la solidaridad, la integralidad, la unidad y la participación¹¹.

Por lo tanto, es evidente que el desarrollo legislativo y jurisprudencial del derecho a la salud se ha generado como consecuencia de la necesidad de protección de las garantías fundamentales de los ciudadanos, puesto que al considerarse en la actualidad como un derecho fundamental y autónomo, permite una mayor efectividad al momento de la protección y garantía del mismo por parte de las entidades estatales encargadas de este deber constitucional. Lo anterior permite inferir que la salud, al ser considerado un derecho fundamental, de conformidad con lo establecido en la norma y reiterado en la jurisprudencia, puede ser protegido a través de la acción de tutela, cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio de defensa judicial.

La dignidad humana

La Constitución Política establece en su preámbulo que la dignidad humana es uno de los principios generales que se erigen como base del estado social de derecho y, a través de la jurisprudencia constitucional, se ha propendido entenderla como un derecho fundamental autónomo, así:

“(...) la dignidad humana se debe entender bajo las siguientes dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa¹².

Respecto al objeto concreto de protección, la Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura¹³.

Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo¹⁴.

¹¹ Ver sentencia T- 069 de 2018.

¹² Ver Fallo T-881 de 2002, reiterado en T-436 de 2012, T-143 de 2015 y SU-696 de 2015, entre otros.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado¹⁵.

Igualdad

La igualdad consagrada en el artículo 13 de la Constitución, tiene la múltiple connotación de valor, principio y derecho fundamental; al efectuar un análisis detallado del artículo en mención, la Corte Constitucional describe sus principales características, así:

“(La igualdad) (i) es connatural a la persona desde su nacimiento, (ii) el Estado debe propender por su protección y goce efectivo, (iii) permea todos los ámbitos de la vida en sociedad y, (iv) su aplicación conlleva la distinción material entre personas cuyas circunstancias físicas o socio-culturales así lo requieran. (...)

(...) la igualdad es un concepto multidimensional, es decir, es un valor supremo, un principio fundante y un derecho fundamental. En consecuencia, el Estado deberá promover la igualdad material, por lo cual es necesario que las diferentes medidas que se adopten respeten la cláusula de no discriminación. De alegarse la afectación de este mandato, el juez constitucional podrá realizar un test integrado de igualdad (leve, moderado o estricto), con el fin de establecer si el acto jurídico censurado efectivamente constituye una medida discriminatoria¹⁶”.

La seguridad social como derecho fundamental

El artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas y debe prestarse siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad¹⁷.

Pese a que, en principio, la seguridad social no es un derecho fundamental, al hacer aplicación del artículo 93 de la Constitución (bloque de constitucionalidad), y teniendo en cuenta los tratados internacionales suscritos por Colombia, esta garantía adquiere tal calidad; así quedó plasmado en la sentencia T-069 de 2014, magistrada ponente MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, en la que se indicó:

“Diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia consagran el derecho humano a la seguridad social.

¹⁵ Ver sentencia SU-062 de 1999.

¹⁶ Ver sentencia T 214 de 2019.

¹⁷ La seguridad social fue definida en la Sentencia T-1040 de 2008, como el “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.”

Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagran este derecho. Estos antecedentes serían recogidos con posterioridad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, también conocido como el “Protocolo de San Salvador”. (...)

(...) En este sentido, la Corte Constitucional ha interpretado el derecho a la seguridad social de conformidad con lo dispuesto en la Observación General 19, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), en el que se señaló el contenido y alcance del derecho a la seguridad social consagrado en el PIDESC. De conformidad con esta Observación General el derecho a la seguridad social “incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”. (...)

(...) Adicionalmente, de acuerdo con el Comité DESC, el derecho a la seguridad social implica tres obligaciones: (i) respetar, (ii) proteger y (iii) cumplir. La obligación de respeto “exige que los Estados Parte se abstengan de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social”. La obligación de proteger “exige que los Estados Parte impidan que terceros interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social”. La obligación de cumplir implica el deber del Estado de facilitar, promover y garantizar el goce y ejercicio del derecho a la seguridad social. (...)

Con fundamento en el texto de la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental. La Corte ha precisado en su jurisprudencia más reciente que no resulta razonable separar los derechos fundamentales de los derechos económicos sociales y culturales, porque en la Constitución se les otorga el carácter de fundamentales a todos los derechos¹⁸. (...)

(...) De conformidad con los precedentes citados es posible concluir que el derecho a la seguridad social: (i) es un derecho fundamental que se encuentra amparado en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y (ii) puede ser protegido a través de la acción de tutela, cuando reúne las características señaladas en la jurisprudencia para ser considerado como un derecho subjetivo”.

¹⁸ Sentencia T-016 de 2007.

El caso concreto

Analizando la documental remitida por la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR (COLSUBSIDIO), observa el despacho que el procedimiento quirúrgico denominado “*BIOPSIA DE ENDOMETRIO POR HISTEROSCOPIA*”, fundamento de la acción de tutela, fue programado para el próximo 18 de diciembre de 2023 a las 2 pm; asimismo, se informó que la referida fecha le fue informada a la usuaria. Estas actuaciones fueron informadas al juzgado el 07 de noviembre de 2023, esto es, con posterioridad a la notificación del auto que admitió el presente trámite, y dentro del término con que cuenta el despacho para proferir fallo que ponga fin a la instancia.

Carencia actual de objeto por hecho superado

Acerca de la teoría de carencia actual de objeto por presentarse un hecho superado en materia de tutela, ha indicado la Corte:

“Por un lado, la carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna.

En estos casos, se debe demostrar que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

Por otro lado, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental”¹⁹.

Por lo anterior, y sin entrar en mayores consideraciones, bajo esta perspectiva se debe señalar que, pese a que la accionante solicitó el amparo de sus derechos por considerar que estos fueron transgredidos por las autoridades accionadas, lo cierto es que con las actuaciones desplegadas por la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR (COLSUBSIDIO) se tuvo atendida la

¹⁹ Sentencia T-200 de 2013.

solicitud perseguida, por lo que no resultaría acertado declarar la vulneración que se alude y, en su lugar, teniendo de presente la teoría de la carencia actual de objeto por generarse un hecho superado, desarrollado a partir de la línea jurisprudencial previamente citada, se negará la protección de los derechos invocados, toda vez que ha cesado su vulneración.

DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá D.C., administrando justicia en el nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

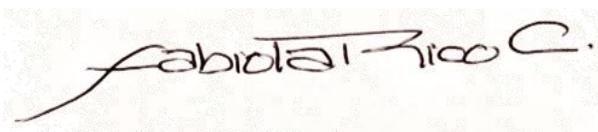
PRIMERO. NEGAR el amparo de los derechos fundamentales de la ciudadana ESTHER GÓMEZ DE SILVA, al configurarse la carencia actual de objeto por **hecho superado**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. NOTIFICAR esta providencia por el medio más expedito a las partes, indicando que esta puede ser impugnada dentro de los **tres (03) días** siguientes a su notificación.

TERCERO. De no ser impugnada la presente decisión, REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 26591 de 1991.

NOTIFÍQUESE

La Juez,



FABIOLA RICO CONTRERAS

KB