

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI

SENTENCIA Nro. 070
Radicación Nro. 2020-0286

Cali, diciembre quince (15) de dos mil veinte (2020)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede esta instancia judicial a proferir sentencia en la presente actuación de tutela, en la que figura como accionante Agente Oficiosa la señora ROSA ELIA RENDÓN esposa del señor JOSE ALONSO RUALES, contra la NUEVA EPS, vinculados el CONSORCIO NUEVA CLINICA RAFAEL URIBE, CLINICA DESA, GERENTE REGIONAL NUEVA EPS, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL –ADRES-, JUZGADO 23 PENAL DEL CIRCUITO DE CALI e IPS CUIDARTE EN CASA.

II. ANTECEDENTES

1. Manifiesta la parte accionante esposa del señor Ruales que este tiene 95 años, requiriendo atención especial e integral en casa conforme su grave y difícil situación de salud según el multidiagnóstico que presenta: Enfermedad Arterial Periférica, Diabetes Mellitus Hipertensión Arterial, Hipotiroidismo, Miembro Derecho Inferior Amputado a nivel del muslo, Enfermedad Renal Crónica, Taquicardia Supraventricular y Atrial en complejos anchos, Vertigo, Incontinencia Urinaria, Demencia Senil y Enfermedad de Alzheimer, es dependiente para bañarse, comer ponerse de pie, desplazarse y caminar. Resalta la accionante que como esposa es la cuidadora de su esposo, cuenta con 76 años y padece de artrosis, pérdida de visión, cataratas, cáncer en canal anal superado recientemente y otras patologías. Resalta que su grupo familiar les brinda ayuda con el mayor esfuerzo posible y que el ingreso mínimo pensional que recibe, resulta insuficiente para atender todos los requerimientos de salud y costos requerido para atender de manera integral a su esposo.

Precisa que se presentó acción de tutela anterior que fuera negada en segunda instancia, precisando por que no considera la presente acción como temeraria, dadas las circunstancias, complejidad y multimorbilidad de su esposo que requiere por tanto la atención integral que le ha sido negada, pese haber ordenamientos médicos acreditados en la actuación.

Conforme a lo anterior, solicita ordenar a la accionada brindar servicio de enfermería 12 horas los siete días de la semana, cama hospitalaria, colchón anti-escaras, jabón y paños húmedos, silla de ruedas, guantes estériles y guantes de vinilo, alimento especial para personas con diabetes, transporte vehicular ambulancia para las citas médicas y de procedimientos que sean ordenadas,

Por lo anterior, solicita se ordene a la accionada brindar el servicio requerido para la garantía del Derecho a la Salud y la Vida

Acompañando los siguientes documentos en copia: Sentencia de Tutela dictada por el Juzgado 23 Penal del Circuito en febrero 14 de 2020, en la cual se niega el amparo, revocando lo ordenado precedentemente sobre el cuidador en casa las 24 horas; Historia Clínica, Pruebas Diagnósticas; Documentos Fotográficos; facturas de servicios públicos; declaraciones extrajudicio (fls. 1 a 117). Se allegó a la actuación por gestión del despacho, copia de Sentencia de Segunda instancia, confirmando la decisión de primera instancia (fls. 118 a 123).

2. En auto se avoca el conocimiento de esta acción de tutela por parte de este Despacho Judicial con fundamento en el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, disponiéndose a su vez la vinculación pertinente indicada (fl. 5).

3. En el término de traslado se presentó contestación que hace constar la secretaría y que se puede resumir de la siguiente manera en lo pertinente (fls. 9 a 12).

La parte accionada Nueva EPS, luego de la relación reglamentaria que considera pertinente, manifiesta que se esta ante el fenómeno de Cosa Juzgada, teniendo en cuenta que los mismos hechos fueron relacionados y objeto de pronunciamiento por el juez constitucional, como se acredita en la actuación, en la cual se negó la pretensión de cuidador permanente, dado que lo que requería el accionante no era un servicio de salud sino acompañamiento y soporte para ejecución de actividades básicas de la vida diaria. Precisa que no se cuenta con órdenes médicas para servicio de enfermería, como tampoco respecto de los insumos solicitados, e igualmente los servicios de transporte solicitados no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios, como tampoco el tratamiento integral que se reitera por la parte accionante. Por lo anterior, solicita negar la acción de tutela instaurada.

La parte vinculada Juzgado Penal del Circuito, remite la decisión constitucional impartida precedentemente y ya referenciada.

La vinculada ADRES solicita negar el amparo dado que no ha vulnerado derecho alguno del accionante, e igualmente solicita negar el recobro solicitado, pues ya fueron transferidos los recursos pertinentes.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este despacho es competente para resolver sobre la presente actuación, con base en lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y normas concordantes.

2. El Problema Jurídico

Se deberá dilucidar en el presente caso, si se ha presentado vulneración al derecho fundamental invocado por el actor en protección tutelar y, si es esta la vía judicial procedente a dicha protección.

3. La protección del derecho fundamental a la salud a través de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia¹

“El derecho a la salud se encuentra establecido en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples derechos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros².

14.- De conformidad con lo establecido en la **sentencia T-599 de 2015**³, la Corte afirmó que la estructura del derecho a la salud es de carácter complejo, pues tanto su concepción, como la diversidad de obligaciones que de éste se derivan, le demandan al Estado y a la sociedad, una diversidad de facultades positivas y negativas para su cumplimiento.

La complejidad de éste derecho, no sólo redunda en las acciones y omisiones por parte del Estado y la sociedad, sino también implica que se cuente con suficientes recursos materiales e institucionales que permitan su goce efectivo⁴. En efecto, esta Corporación ha reconocido desde sus inicios, que el Estado o la sociedad, pueden vulnerar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona⁵.

15.- En este sentido, la Corte Constitucional, ha aceptado que el derecho a la salud, puede ser protegido y salvaguardado a través de la acción de tutela. No obstante, esta postura ha sufrido diferentes cambios jurisprudenciales, pues desde un inicio, la salud no era reconocida como un derecho de carácter fundamental, a menos que estuviera plenamente relacionada con alguno de los derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional⁶. Sin embargo, esta Corporación siempre afirmó que el derecho a la salud podía protegerse de manera autónoma, siempre y cuando, el accionante fuera un menor de edad, y en general cuando el titular fuera un sujeto de especial protección constitucional⁷.

16.- Sin perjuicio de lo anterior, esta postura fue cambiada con la **sentencia T-859 de 2003**⁸, la cual afirmó que la naturaleza del derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, lo cual implica que *“tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”*.

Lo anterior fue reiterado en la **sentencia T-760 de 2008**, dentro de la cual se sostuvo que *“el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el*

¹ Corte Constitucional, Sen. T-314 de 2016

² Corte Constitucional, Sen. T-096 de 2016

³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴ T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto

⁵ T-328/1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ T-200/2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷ T-581/2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁸ Decisión reiterada en las sentencias: T-060/2007, T-148/2007, T-815/2012, T-931/2012, entre otras.

ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía".

17.- En consideración a lo anterior, la Sala reitera la jurisprudencia de esta Corporación que establece que todas las personas sin distinción alguna, pueden hacer uso del mecanismo de amparo para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación⁹, sin necesidad de encontrarse en una situación de vulnerabilidad manifiesta o ver conculcado cualquier otro derecho constitucional.

4. Derecho a la Salud y a la Seguridad Social. Fundamentales cuando están en conexidad con la vida, dignidad humana e integridad física. Precedente jurisprudencial.

La Corte ha explicado en forma insistente que el derecho a la salud cuenta con elementos que permiten darle dos connotaciones a su naturaleza¹⁰: la de ser un componente o predicado inmediato del derecho a la vida, que implica un estado completo de bienestar físico, mental y social, el cual es variable y susceptible de afectaciones múltiples que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo¹¹ y de otra parte, el ser un derecho de reconocimiento constitucional, según se sienta en el artículo 49 de la Carta Política, que en principio no es derecho fundamental autónomo¹², pues su efectividad se encuentra ligada a la existencia de regulaciones para la prestación del servicio por parte del Estado, lo que hace que corresponda a un derecho de carácter prestacional. Pero igualmente, se ha reconocido que puede adoptar la calidad de derecho fundamental por conexidad, merced a su relación inescindible con el derecho a la vida y a la integridad física, lo que sucede, cuando es necesario garantizar estos últimos a través de la recuperación del primero¹³ y por la garantía constitucional del Estado social de derecho, al disfrute de unas condiciones dignas mínimas de orden vital¹⁴.

Con relación a la seguridad social, se instituye en el artículo 48 Superior como un servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado y como derecho irrenunciable de todos los habitantes, que debe ser desarrollado en la ley; considerándose por ello jurisprudencialmente, como un derecho de naturaleza prestacional. Pero cuando la falta

⁹ T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁰ En la sentencia T-484 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz, esta Corte precisó: "El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela". En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias SU-039 de 1998; SU- 819 de 1999; T-1104 de 2000; T- 689 de 2001.

¹¹ Ver Sentencias T-597 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-645 de 1998 M.P., Fabio Morón Díaz.

¹² Ver sentencias T-395 de 1998, T-076 de 1999 y T-231 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-090 de 2003 M.P., Clara Inés Vargas Hernández, entre muchas otras.

¹³ Esta línea jurisprudencial se ha seguido de manera reiterada en múltiples pronunciamientos de la Corporación, entre los cuales se enuncian para su confrontación, las sentencias T-494 de 1993 M.P., Vladimiro Naranjo Mesa; T-271 de 1995 M.P., Alejandro Martínez Caballero, T- 927 de 2004, T- 510, T- 616 y T- 618 de 2005 M.P., Álvaro Tafur Galvis; T- 681, T- 828 de 2005 M.P., Humberto Antonio Sierra Porto; T- 581, T- 738 de 2004, T-940 de 2005 M.P., Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴ Sentencia T-732 de 1998 M.P., Fabio Morón Díaz.

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2020-0286
Sentencia nro. 070

de su prestación tiene incidencia directa en un derecho de jerarquía fundamental, adquiere esta categoría por conexidad.

También la alta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida, no solo debe ampararse cuando se está frente a un peligro de muerte, o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino cuando está comprometida la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad¹⁵. Esta relación jurisprudencial de la salud con el derecho a la vida digna, se ha expresado en múltiples pronunciamientos de la Corte, entre otros, en los siguientes términos:

"(...) El ser humano, ha dicho la jurisprudencia, necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías en la salud, aun cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles, poniendo en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que el paciente tiene derecho, a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar, por los medios posibles, la posibilidad de una vida, que no obstante las dolencias, pueda llevarse con dignidad."¹⁶

"El derecho constitucional fundamental a la vida no significa, en manera alguna, la posibilidad de existir de cualquier manera, sino la posibilidad de tener una existencia digna. Así, no solamente el que la persona sea puesta al borde de la muerte amenaza el derecho a la vida, sino que, aunque tal circunstancia sea lejana, también lo amenaza el hecho de que su titular sea sometido a una existencia indigna, indeseable, dolorosa, etc. El dolor es, sin lugar a dudas, una de aquellas circunstancias que hacen indigna la existencia y si insistimos en que el derecho a la vida debe entenderse a la luz del artículo 1º de la Constitución Política, que funda esta República unitaria en "el respeto de la dignidad humana", aunque su padecimiento no ponga a quien lo sufre al filo de la muerte, hay violación de dicha garantía fundamental cuando nada se hace para superarlo, siendo ello posible."¹⁷

Es entonces el enlace que surge entre el hecho de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios de la salud y a la seguridad social y el riesgo o afectación que ello ocasiona sobre derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física o al principio que impone el respeto por la dignidad de la persona humana, lo que hace que esos derechos prestacionales adquieran por conexidad la categoría de fundamentales y así, sea procedente la acción de tutela para prodigar su amparo¹⁸. Y en este contexto, ha definido la Corte, que la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales, es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente¹⁹ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones.²⁰

¹⁵ Ver Sentencia T-271 de 1995 M.P., .Alejandro Martínez Caballero

¹⁶ Sentencia T-1344 de 2001, M.P., Álvaro Tafur Galvis.

¹⁷ Sentencia T-010 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En el mismo sentido, Cfr. entre otras sentencias T-119 y T-579 de 2000.

¹⁸ Ver sentencias T-491 de 1992, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-039 de 1998, M.P., Hernando Herrera Vergara, entre muchas otras.

¹⁹ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰ Sentencia C-064 de febrero 2 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Recordemos que la jurisprudencia constitucional²¹ "ha sido reiterativa al afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando la presencia de ciertas anomalías -aun cuando no tengan el carácter de enfermedad- afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias y buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad."²²

La Corte en el precedente en cita, enfatiza que la Constitución Colombiana no ha hecho en este sentido nada diferente que reiterar lo que los pactos y tratados internacionales han establecido. De igual manera, cabe recordar, que tales instrumentos del derecho internacional, han sido ratificados por la República de Colombia, y por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política.

5. El derecho fundamental a la salud, la continuidad en la prestación del servicio médico. Reiteración Jurisprudencial²³

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y por otro en un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación en observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional en un principio, entendió que el derecho a la salud no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que "se concretara en una garantía subjetiva"²⁴ es decir, cuando al ciudadano se le negaba el derecho a recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y sus normas complementarias o, cuando en aplicación de la tesis de la conexidad se evidenciaba que su no protección a través del mecanismo de tutela acarreaba a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal.²⁵

Y ello se entendió así porque, tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano se hacía la distinción entre derechos civiles y políticos -derechos fundamentales-, por una parte, y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional -derechos de segunda generación- para cuya realización es necesario de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento. Frente a los primeros, la protección a través del mecanismo de tutela operaba de manera directa mientras que frente a los segundos era necesario que el peticionario entrara a demostrar que la vulneración de ese derecho -de segunda generación- conllevaba a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental.²⁶

Así las cosas, con anterioridad para obtener la protección directa del derecho a la salud

²¹ Ver, sentencia T- 949 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Igualmente ver Sen. T-888/06.

²² Ver, sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada posteriormente en la sentencia T-722 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²³ Corte Constitucional, Sen. T-392 de 2009. MP.Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

era necesario, (i) que la prestación negada se encontrara incluida dentro del Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud o el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado ó (ii) que el desconocimiento de ese derecho constitucional impidiera el goce efectivo de un derecho fundamental, como la vida o integridad personal. Con todo, la jurisprudencia de esta Corte, también, señaló que el derecho a la salud era tutelable “en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”²⁷ en virtud del “principio de igualdad en una sociedad”²⁸

Ahora bien, en su afán de proteger y garantizar los derechos constitucionales de todos los habitantes del territorio nacional, la jurisprudencia constitucional replanteó las subreglas mencionadas y precisó el alcance del derecho a la salud. Así, haciendo una relación entre derecho fundamental y dignidad humana llegó a la conclusión de que “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”²⁹ pues, “uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de “dignidad humana”, el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona”³⁰

Con base en ello, la Corte Constitucional en sus más recientes pronunciamientos consideró “artificial” tener que acudir a la tesis de la “conexidad” para poder darle protección directa al derecho a la salud y estimó que “la fundamentalidad de los derechos no depende - ni puede depender - de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios - económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”³¹

A su vez, también precisó que en el derecho fundamental a la salud “su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1993.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud - supuestamente no fundamental - con el derecho a la vida u otro derecho fundamental - supuestamente no prestacional-."32

Y, en sentencia T-760 de 2008 se señaló:

"Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud "en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal" para pasar a proteger el derecho "fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional "(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud."33

Por consiguiente, esta Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental. Por consiguiente, cuando quiera que las instancias políticas o administrativas competentes sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para orientar la realización de estos derechos en la práctica, a través de la vía de tutela el juez puede disponer su efectividad, dada su fundamentalidad, más aún cuando las autoridades desconocen la relación existente entre la posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales34.

5.- Ahora bien, en lo que hace relación con el principio de continuidad, tal como quedó expuesto en líneas anteriores, el derecho a la salud es un servicio público esencial que debe ser prestado por el Estado y por las entidades privadas que para tal efecto se creen con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, conforme lo dispone el artículo 49 de la Constitución.

En aplicación de dichos postulados constitucionales, la Ley 100 de 1993, en su artículo 153, numeral 9º contempló como principio rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud la calidad y estableció que "El Sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, **continua**, y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia."

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha señalado que "la eficiencia en la prestación de los servicios públicos está ligada **al principio de continuidad, el cual supone que la prestación del servicio sea ininterrumpida, permanente y constante**; y con ello, en aras de proteger los derechos fundamentales, el juez constitucional está en el deber de impedir que controversias de tipo contractual, económico o administrativo "permitan a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular."35 (negrilla fuera de texto)

³² Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-736 de 2004.

³⁴ Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-523 de 2007.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 2005.

Por lo tanto, es claro que las Entidades Promotoras de Salud violan el principio de continuidad cuando de manera súbita es interrumpido el servicio de salud no obstante que, el paciente no se ha estabilizado o recuperado en su salud. Por ello, es deber del juez constitucional rechazar toda conducta de las entidades prestadoras del servicio de salud que interrumpen o niegan el suministro de las ayudas médicas de forma repentina arriesgando la salud del usuario.

6. Principio de Integralidad. Precedente jurisprudencial³⁶.

De conformidad con la ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, la seguridad social en salud en Colombia se rige por el principio de la atención integral, lo que se ve reflejado en los contenidos del plan obligatorio de salud. De acuerdo con este principio las personas afiliadas al régimen de seguridad social en salud tienen derecho a recibir los servicios de promoción y fomento de la salud, y de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, lo que significa que las Empresas Promotoras de Salud están obligadas a prestar estos servicios a sus afiliados y a los beneficiarios de estos últimos, respetando en todo caso dicho principio de integralidad.³⁷ En la Sentencia T-556 de 1998³⁸, se señaló al respecto lo siguiente:

"Uno de los sectores más débiles de la población está conformado por los niños, quienes a pesar de ser la esperanza de la sociedad, son al mismo tiempo objeto de maltrato y abandono. Una comunidad que no proteja especialmente a los menores mata toda ilusión de avanzar en la convivencia pacífica y en el propósito de lograr un orden justo (Preámbulo y artículo 2 C.P.). **Es por ello que los niños beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, que se rige por el principio de integralidad, tienen derecho a que se les suministren aquellos elementos indispensables para corregir un defecto físico, pues está en juego su derecho fundamental a la salud (art. 44) y su desarrollo armónico, completo y adecuado.** El Estado, no puede poner barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños y, por tanto, se inaplicarán, en el presente caso, las disposiciones que van dirigidas a imponer limitaciones". (Negritas fuera de texto).

Más recientemente la jurisprudencia constitucional³⁹ recalcó, en cumplimiento y desarrollo del Principio de Integralidad, que el juez de tutela debe ordenar que se garantice el acceso al resto de los servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento. Recordó con ello el precedente pertinente:

"La atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley."⁴⁰

Lo anterior, precisa, con el fin de (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitarle al accionante la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que le sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión a una misma patología⁴¹.

³⁶ Corte Constitucional. Sen. T-282, abril 6/06. M.P.Dr. Alfredo Beltrán Sierra

³⁷ Sentencia T-179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-988 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁸ M. P. José Gregorio Hernández Galindo

³⁹ Corte Constitucional Sen. T- 202 de Marzo 16/06. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional, T-136 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴¹ Criterio reiterado en la sentencia T-830 de 2006, MP, Jaime Córdoba Triviño.

7. La protección constitucional de los menores de edad y las personas en situación de discapacidad exige la consecuente obligación de desarrollar acciones afirmativas a su favor. Precedente Jurisprudencial⁴²

El constituyente primario a través de sus delegatarios en el Preámbulo Constitucional determinó los principios que la orientan la Carta Política, los fines a cuya realización se dirige, los valores de justicia con el propósito de asegurar a sus integrantes la vida y la igualdad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

La Corte Constitucional, en distintos pronunciamientos, estableció que el Preámbulo hace parte de la Constitución Política como sistema normativo y tiene efecto vinculante sobre los actos de las tres ramas del poder público y constituye parámetro de control de sus manifestaciones. Tal como lo expuso la Corte, desde sus inicios en la sentencia C-479 de 1992: “el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.”

Por mandato del artículo primero de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, fundada, entre otros principios, en el respeto de la dignidad humana y la solidaridad de las personas que la integran. Al efecto, la Corte Constitucional considera que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho “(...) le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia- vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.”

En consecuencia, las entidades públicas en sus actuaciones deben cumplir con los fines esenciales del Estado como son “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”

Por su parte, el artículo 13 de la Constitución Política establece la obligación a cargo del Estado de adelantar acciones afirmativas a favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, a fin de garantizar efectivamente la especial protección de que gozan las personas en estas circunstancias.

Como se enunció de manera previa, los artículos 44 y 47 consagran unos derechos a favor de las personas menores de edad y aquellos que se encuentran en situación de discapacidad, que se convierte en un compromiso familiar y Estatal que propenda por la efectividad de los derechos de estos sujetos de especial protección.

⁴² Corte Constitucional Sen. T-208 de 2017

De la interpretación de estas normas, la Corte Constitucional ha dicho que los niños, las niñas y las personas en situación de discapacidad tienen derecho a que el Estado adopte medidas positivas con el fin de lograr la efectividad de sus derechos, pues reconoce que estas personas son sujetos de especial protección dada la vulnerabilidad y la discriminación de las que son objeto, de tal forma que se deben eliminar las barreras que impiden el goce y disfrute de todos sus derechos en las mismas condiciones que las demás personas.

Especialmente, en aquellos casos donde dichos sujetos de especial protección constitucional pertenecen a familias de bajos recursos económicos, pertenecientes a los niveles 1 y 2 del SISBEN, se presume la incapacidad de pago, pues dependen de las ayudas que ofrecen los distintos programas estatales, como por ejemplo el Régimen Subsidiado que permite la satisfacción y el disfrute del derecho fundamental a la salud, como presupuesto de vida digna.

Ahora, cuando las necesidades de los pacientes no se encuentran directamente relacionadas con la garantía del derecho a la salud sino que tienen carácter asistencial, como es el caso de la adecuada alimentación o la ayuda permanente de un cuidador, para las personas que tienen limitado totalmente sus movimientos, cuyos padres de familia no cuentan con los recursos económicos para cubrir sus necesidades, se requiere la articulación de las autoridades responsables de los programas o planes que permitan asegurar el goce efectivo de sus derechos y cumplir progresivamente con los fines estatales.

Así las cosas, dado el mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina las funciones principales en un Estado Social de Derecho, les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho de su población, "conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad".

Precisamente, el propósito del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2014 - 2018: Todos por un nuevo país, es construir una Colombia en paz, equitativa y educada, para cumplir estos propósitos, se trazaron unos objetivos y lineamientos generales como son:

"Erradicar la pobreza extrema en 2024 y reducir la pobreza moderada Fortalecer la inclusión social a través de una oferta de programas de protección y promoción social articulada y focalizada.

Se fortalecerá la articulación, coordinación y evaluación de la oferta de programas de protección y promoción social a partir del desarrollo de un inventario actualizado y detallado de los programas sociales, que incluya la oferta disponible en los niveles nacional, departamental y municipal.

Para esto, se definirá la institución del Estado que realizará un registro consolidado de toda la oferta que permita detectar complementariedades, duplicidades y vacíos en la atención a la población, con actualizaciones periódicas, y un análisis de gestión y pertinencia de la oferta. Este registro será una herramienta fundamental para el diseño de rutas de atención integral y de mecanismos de atención unificados y estandarizados, que permitan canalizar la atención y los programas según las necesidades de los individuos, de acuerdo con el diagnóstico de la situación y el contexto de las personas y sus hogares.

Con el fin de mejorar la eficiencia de las políticas sociales, el país profundizará en los análisis de brechas y caracterización de población beneficiaria. Esta será la base

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2020-0286
Sentencia nro. 070

para una mejor focalización de los programas. Para avanzar en estos procesos, se fortalecerá el sistema de información de la política social del país para que sea el soporte de la atención integral de las personas, del seguimiento efectivo a los beneficiarios, y de la optimización del gasto social.

Esto requiere fortalecer las plataformas existentes, definir protocolos para la unificación de la información básica de los beneficiarios y establecer un sistema unificado de consulta y seguimiento. Para ello, el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), herramienta central en la focalización de los programas sociales, así como el Registro Único de Afiliados (RUAF), serán el marco de referencia para la operación del sistema. Para facilitar estos procesos, las entidades del sector de la inclusión social y reconciliación incorporarán la innovación social como herramienta de gestión pública de las políticas, así como el uso de prácticas y metodologías asociadas, para aumentar la eficiencia y pertinencia del gobierno en la prestación de servicios que mejoren el bienestar la población en situación de pobreza y vulnerabilidad."

En atención a los objetivos fijados en el PND, las entidades territoriales, deben contar con la suficiente capacidad de autogestión y coordinación para cumplir con lo que se propone, de tal manera que se protejan los derechos fundamentales de los niños, las niñas y las personas en situación de discapacidad.

Para cumplir con lo propósitos fijados en el PND, las regiones cuentan con autonomía para gestionar, administrar los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones y establecer los tributos necesarios para financiar, adecuadamente la prestación de los servicios que están a su cargo, conforme lo desarrolla el artículo 287 de la Constitución. Sin embargo, cuando los municipios no cuenten con los recursos suficientes para cubrir las necesidades de su población, debe concurrir en su financiación los departamentos y en aquello que le compete a las instancias centrales.

En consecuencia, la población más vulnerable como son los niños y niñas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad extrema y aquellas personas en situación de discapacidad que dependen de la asistencia de un tercero, requiere de acciones afirmativas que permitan garantizar el desarrollo armónico e integral de los derechos fundamentales como el disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo.

A partir de una equitativa distribución de los recursos y oportunidades, dentro de la comunidad, unida a la satisfacción de las exigencias fundamentales de los individuos que la componen, se puede contribuir eficazmente a contener la exclusión y la marginación de las personas más vulnerables.

En conclusión, la protección constitucional de los menores de edad y las personas en situación de discapacidad exige el desarrollo de acciones afirmativas a su favor.

En ese sentido, una adecuada coordinación institucional permitirá proveer los servicios de carácter asistencial que necesitan, por lo tanto le corresponde a las autoridades locales donde reside paciente: (i) identificar los menores de edad que padecen enfermedades relacionadas con la mala nutrición y aquellos que padecen parálisis cerebral severa y (ii) incluir a esos pacientes y a sus familias en planes y programas que sean necesarios para garantizar el goce efectivo de sus derechos.

7. Jurisprudencia de unificación de reglas para acceder a servicios o tecnologías en salud como pañales, pañitos, cremas, sillas de ruedas, transporte y servicio técnico de enfermería⁴³

La Corte Constitucional, conoció 30 expedientes en los cuales se discutía la prestación de servicios y el suministro de tecnologías de salud que se encontraban excluidos del Plan de Beneficios de Salud (PBS), tales como pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, silla de ruedas, enfermería y transporte.

Los ciudadanos sostenían que los pacientes, así como sus familiares, eran personas de escasos recursos y, por ello, no podían sufragarlos por su cuenta. Asimismo, afirmaban que los servicios y tecnologías en salud garantizaban a los pacientes unas condiciones adecuadas para llevar sus padecimientos.

La Corte estudió la procedencia de la acción y encontró que, si bien existe la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud para debatir asuntos relacionados en la materia, este mecanismo presenta algunos vacíos y problemas operativos, pese a las reformas normativas introducidas por la Ley 1949 de 2019.

Determinó que mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la dicha Superintendencia no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos.

Reiteró el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud conforme a la jurisprudencia constitucional; así como en el artículo segundo de la Ley Estatutaria en Salud (L.1751/2015).

De este modo, la Sala Plena indicó que la prestación de servicios en salud se concreta en la Ley 1751 que contempla un modelo de exclusión expresa cumpliendo lo señalado en la Sentencia C-313 de 2014. Esto significa que el legislador optó por la siguiente regla: todo servicio y tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido en el PBS.

Además, la Corte reiteró que el derecho al diagnóstico, como componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere.

Conforme a todo lo anterior, y teniendo en cuenta la resolución de los casos objeto de estudio, la Corporación unificó las siguientes reglas para el suministro de los servicios y tecnologías en salud que se relacionan a continuación:

Servicio	Subreglas
Pañales	i. No están expresamente excluidos del PBS. Están incluidos en el PBS. ii. En aplicación de la C-313, no se debe interpretar que podrían estar excluidos al subsumirlos en la categoría genérica de “insumos de aseo”. iii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela. iv. Si no existe orden médica: a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, por la falta del control de esfínteres derivada de los padecimientos que aquejan al paciente o de

⁴³ Corte Constitucional, Boletín 184 de diciembre 8 de 2020 y en trámite de publicación de la sentencia.

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2020-0286
Sentencia nro. 070

	la imposibilidad que tiene este de moverse, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de los pañales condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante. b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección. v. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela.
Crema anti-escaras	i. No está expresamente excluido del PBS. Está incluido en el PBS. ii. En aplicación de la C-313, no se debe interpretar que podrían estar excluidas al subsumirlas en la categoría de "lociones hidratantes" o "emulsiones corporales". iii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela. iv. Si no existe orden médica: a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de las cremas anti-escaras condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante. b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección. v. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar cremas anti-escaras por vía de tutela.
Pañitos húmedos	i. Están expresamente excluidos del PBS. ii. Excepcionalmente pueden suministrarse por vía de tutela, si se acreditan los siguientes requisitos (reiterados en la C-313): a. Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un claro deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas. b. Que no exista dentro del plan de beneficios otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario. c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores. d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2020-0286
Sentencia nro. 070

	la que se solicita el suministro. iii. En el caso que no cuente con prescripción médica, el juez de tutela puede ordenar el diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.
Sillas de ruedas de impulso manual	i. No están expresamente excluidas del PBS. Están incluidas en el PBS. ii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela. iii. Si no existe orden médica: a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de las sillas de ruedas condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante. b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección. iv. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar sillas de ruedas por vía de tutela.
Transporte intermunicipal	i) Está incluido en el PBS. ii) Se reitera que los lugares donde no se cancele prima adicional por dispersión geográfica, se presume que tienen la disponibilidad de infraestructura y servicios necesarios para la atención en salud integral que requiera todo usuario; por consiguiente, la EPS debe contar con una red de prestación de servicios completa. iii) No es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS. iv) No requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema. Es obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización del servicio en un municipio diferente al domicilio del paciente. v) Estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS.
Servicio técnico de enfermería	i. Está incluido en el PBS. ii. Se constituye en una modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria. El servicio se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y no sustituye el servicio de cuidador. iii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela. iv. Si no existe orden médica, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.

8. La temeridad en la acción de tutela -reiteración jurisprudencial⁴⁴

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-502 de 2008, T-396 de 2014, SU-154 de 2006, T-400 de 2016, T-548 de 2017, entre otras.

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2020-0286
Sentencia nro. 070

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que la temeridad puede ser comprendida de dos formas diferentes. La primera concepción se refiere a que dicha institución solo puede configurarse si el accionante actúa de mala fe. La segunda definición desecha ese elemento para su consolidación, y solamente exige que para su perfeccionamiento, el accionante presente varias veces una demanda de tutela por los mismos hechos sin justificación alguna, según la interpretación literal del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.

Ante tal ambivalencia, la Corte concluyó que declarar improcedente la acción de amparo por temeridad debe estar fundado en el actuar doloso y de mala fe del peticionario, toda vez que ello es la única restricción legítima al derecho fundamental del acceso a la administración de justicia que implica el ejercicio de la acción de tutela. En este sentido, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- (i) identidad de partes;
- (ii) identidad de hechos;
- (iii) identidad de pretensiones; y
- (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.

En armonía con lo anterior, la sentencia T-001 de 1997 conoció de varias acciones de tutela presentadas por antiguos trabajadores de FONCOLPUERTOS que buscaban el pago de prestaciones sociales adeudadas. Al valorar algunos de los casos, el Tribunal encontró que se había presentado amparos anteriores por lo que se procedió a negar las respectivas tutelas. Así, señaló que la actuación es temeraria cuando:

- (i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones;
- (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable;
- (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción; o finalmente
- (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia.

En contraste con lo anterior, una actuación no es temeraria cuando aun existiendo dicha duplicidad, la acción de tutela se funda:

- (i) en la ignorancia del accionante;
- (ii) el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o
- (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho.

En estos casos, si bien la tutela debe ser declarada improcedente, la actuación no se considera “temeraria” y, por ende, no conduce a la imposición de una sanción en contra del demandante. En ese sentido, la sentencia T-1034 de 2005 precisó que hay ciertos supuestos que le permiten a una persona interponer nuevamente una acción de tutela sin que con ello se configure una acción temeraria. Dichos elementos son:

- (i) el surgimiento de circunstancias adicionales fácticas o jurídicas; y
- (ii) la inexistencia de pronunciamiento de la pretensión de fondo por parte de la jurisdicción constitucional.

En conclusión, la institución de la temeridad pretende evitar la presentación sucesiva o múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que existen elementos materiales particulares para determinar si una actuación es temeraria o no. En ese sentido, la sola existencia de dos amparos de tutela aparentemente similares no hace que la tutela sea improcedente. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia.

8. Sobre el Caso

En el presente asunto, se observa que la accionada no ha brindado garantía oportuna, sostenida, plena, continua e integral a la situación de grave afectación de salud formulada por la parte accionante y menos la accionada ha presentado contestación plena fundamentada jurídica, jurisprudencial y probatoriamente a la acción de tutela instaurada en su contra conforme los hechos específicos que revelan el grave padecimiento de la parte actora y su urgente, ininterrumpida e integral atención en salud, lo que permite la aplicación de la *Presunción de Veracidad* establecida en el art. 20 del Dcto. 2591/91, por lo que se tienen por ciertos los hechos planteados por la parte actora y se obliga la resolución pertinente.

La accionada, con pleno conocimiento de la situación grave de salud del paciente - conforme al Reporte Clínico del paciente que se allega en la actuación - no le ha brindado la atención integral y oportuna que ha requerido y menos tomado en cuenta la implicación personal, familiar y social que ha representado la afectación de salud para el paciente, todo lo cual no se ha desvirtuado en la actuación y por el contrario, se evidencia el conocimiento de la accionada y el deber no cumplido de atención integral no solo en salud preventiva, sino también en salud promocional y terapéutica interdisciplinaria integral – omitiendo igualmente la aplicación plena de Principios de Equidad, Solidaridad y Dignidad Humana - máxime en tratándose de persona en situación de discapacidad que cuenta con protección especial reforzada Constitucional y Convencional.

La respuesta brindada por la accionada, no se corresponde con la atención prioritaria y prevalente e integral que requiere el paciente, dado su grave padecimiento, por lo que someterlo a mayores trámites y obstáculos de los que ha adelantado, solo fomenta diluir y dilatar su atención, sin justificación válida constitucionalmente y con el agravamiento de su padecimiento, conforme lo ordenado por médico tratante.

En igual sentido, conforme lo establece reiteradamente la sentencia de unificación indicada precedentemente, se hace procedente lo solicitado detalladamente por la parte accionante, conforme lo requerido para la atención integral de la persona en situación de discapacidad: los pañales no están excluidos expresamente del PBS, aun no existiendo orden médica, pues resulta en hecho notorio su necesidad conforme a Historia Clínica aportada y de claro conocimiento de la parte accionada sobre la complejidad y el múltiple diagnóstico y sus repercusiones en la salud del paciente que recuerda con precisión y clamor la parte accionante, debiendo precisar que bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible, el requisito de la capacidad económica para brindar dicha autorización; igual acontece con las cremas anti-escaras, la silla de ruedas y los

pañitos húmedos, precisando sobre estos que se hace procedente su entrega excepcional en el presente caso, dado el cumplimiento de los presupuestos contemplados en la jurisprudencia de unificación; con relación al transporte, está incluida en el PBS y con relación al servicio técnico de enfermería, está incluido en el PBS como modalidad de atención de la prestación de salud extrahospitalaria y que se puede ordenar aún sin prescripción médica, atendiendo la historia clínica, el diagnóstico reacionado y la necesidad del tratamiento integral requerido por el paciente. Conforme el marco fáctico, normativo y jurisprudencial indicado precedentemente, se establece la obligación de la accionada de brindar lo requerido por el paciente accionante, sin discriminación o barrera alguna y con acciones afirmativas, garantía de acceso sustancial a la atención oportuna, sostenida, digna e integral.

Por tales razones, el despacho encuentra que la accionada y vinculada sí desconoció los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas de la parte accionante/paciente al dilatar y negar oportunamente la autorización para la continuación de los servicios de salud integral que con prioridad ha requerido y requiere de manera sostenida y completa el paciente dado su grave afectación de salud y protección especial y prevalente con que cuentan sus derechos fundamentales.

Debe recordar igualmente la accionada que tiene la obligación constitucional, convencional, legal y reglamentaria de brindar el tratamiento de manera integral, lo que implica que debe garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante⁴⁵, debiendo acatar lo dispuesto en la jurisprudencia constitucional de su pleno conocimiento: *"Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos"*⁴⁶. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en *"asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes"*⁴⁷.

Por ello, se hace procedente ordenar el tratamiento integral en el presente caso, por cuanto: **(i)** se evidencia que la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ha puesto en riesgo y vulneración los derechos fundamentales del paciente⁴⁸; **(ii)** igualmente se verifica en la actuación que el accionante paciente es un sujeto de especial protección constitucional y **(iii)** la accionada tiene pleno conocimiento de las *condiciones de salud extremadamente precarias e indignas en que se encuentra el paciente vulnerado en sus derechos*⁴⁹.

Por lo anterior, se ordenará a la accionada que en el término de cuarenta y ocho horas, disponga todo lo necesario en su responsabilidad y competencia, para brindar el Servicio de Salud Integral oportuno que el paciente requiere, en especial el procedimiento quirúrgico que sea requerido y para el cumplimiento del tratamiento interdisciplinar ordenado por el médico y equipo de salud tratante, conforme lo dispuesto en esta sentencia y la jurisprudencia constitucional indicada precedentemente.

Recordemos que el Sistema de Seguridad Social en Salud se rige por los Principios de Eficiencia, Universalidad, Solidaridad, Integralidad, Unidad y Participación (Ley 100/93, art.

⁴⁵ Sentencia T-365 de 2009.

⁴⁶ Sentencia T-124 de 2016.

⁴⁷ Sentencia T-178 de 2017.

⁴⁸ Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posición reiteradas en la Sentencia T-092 de 2018.

⁴⁹ Ver Sentencias T-062 y T-178 de 2017.

2), por ello, no es razonable ni prohijado en nuestro sistema jurídico humanista y constitucional, que se exija – *directa o indirectamente* - por el Sistema de Seguridad Social en Salud al que pertenece la accionada, la intervención judicial para que las personas obtengan un servicio en condiciones de dignidad, continuidad e integralidad.

Sobre las entidades vinculadas no corresponsables, se dispondrá su condicionada desvinculación a lo que conforme al Sistema de Seguridad Social en Salud les corresponde, precisando que la entidad accionada podrá adelantar los trámites de su competencia para los recobros que conforme a la ley sean eventualmente procedentes conforme a la ley.

Con relación a la temeridad de la acción de tutela no se establece su existencia y menos Cosa Juzgada sobre lo demandado por la parte accionante.

Conforme al precedente constitucional relacionado, no se cumplen los presupuestos para tal declaratoria y por el contrario, se resalta la importancia, necesidad, justificación y procedencia de la acción tutelada como fuera motivado precedentemente, más aún teniendo en cuenta el nivel de gravedad del estado de salud del paciente, que conllevó hace poco menos de un mes a que le fuera amputada parte de su cuerpo acentuando su afectación en la salud física y mental y la necesidad de priorizar su atención integral en salud y garantía de una Vida Digna.

Se verifica en la actuación que: la parte accionante no obró de mala fe o con dolo en momento alguno y por el contrario funda la acción de manera suficientemente justificada en beneficio de su ser querido y expuesto a la vulneración de derechos por la no atención integral y oportuna del Sistema de Seguridad Social en Salud como se evidenció en la actuación; no existe identidad plena de hechos y pretensiones, pues clara y detalladamente, no solicita el servicio planteado en la primera acción de tutela, sino que detalla y cualifica lo solicitado, acorde con lo requerido justificadamente por la persona en situación de discapacidad acorde a su patología compleja conocida desde un primer momento por la parte accionada; el propósito de la parte accionante, es claramente transparente, humanitario y con propósitos e intereses legítimos desde la perspectiva legal, constitucional y convencional, procurando con mecanismos constitucionales y convencionales, brindar la garantía de acceso a la justicia, en perspectiva diferencial y de género en el marco que le autoriza el control de convencionalidad acorde con el sistema interamericano de administración de justicia y el cumplimiento pleno y efectivo del derecho internacional de los derechos humanos incorporado al ordenamiento interno y acorde con la doctrina que fundamenta la existencia del Bloque de Constitucionalidad; la accionante supera de esta forma el estado de indefensión en que se encuentra la persona en situación de discapacidad y la propia que también precisa por la necesidad extrema de defender los derechos humanos fundamentales que cuentan con protección reforzada y prevalente constitucional y convencional; demuestra igualmente las circunstancias adicionales fácticas y jurídicas que se han relacionado, incluida la jurisprudencia de unificación última.

Finalmente, se advertirá sobre la procedencia de la impugnación de la presente sentencia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali – Valle del Cauca,

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA,

R E S U E L V E:

PRIMERO: **TUTELAR** el **DERECHO** a la **SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD INTEGRAL** y la **VIDA DIGNA** de la **JOSE ALONSO RUALES**.

SEGUNDO: **ORDENAR** a la **DIRECCION/REPRESENTANTE LEGAL y la GERENCIA REGIONAL** de la **NUEVA EPS y DIRECCIÓN/GERENCIA** que en el término de cuarenta y ocho horas (48:00) contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, disponga todo lo necesario en su responsabilidad y competencia, para brindar el servicio de salud integral oportuno que el paciente requiere, conforme lo dispuesto en esta sentencia y la jurisprudencia constitucional indicada precedentemente, especialmente en cuanto a brindar servicio de enfermería 12 horas los siete días de la semana, cama hospitalaria, colchón anti-escaras, jabón especial antibacterial y paños húmedos, silla de ruedas, guantes estériles y guantes de vinilo, alimento especial para personas con diabetes, transporte vehicular ambulancia para las citas médicas y de procedimientos que sean ordenadas y garantizar el tratamiento especializado e integral y sin que recobros o copagos sean obstáculos para brindar el servicio, pudiendo ejercer las acciones pertinentes de ley a dicho efecto. Se ordena igualmente que se garantice el acceso al resto de servicios médicos e **INTERDISCIPLINARIOS** que sean necesarios para proseguir el tratamiento necesario e integral y continuo que permita el pleno tratamiento y el mayor restablecimiento posible del estado de salud de la paciente, con lo cual se garantiza la **ATENCIÓN EN SALUD INTEGRAL**, la continuidad en la prestación del servicio y se evita que el paciente deba interponer nuevas acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad con ocasión de su padecimiento y conexos: **ENFERMEDAD ARTERIAL PERIFÉRICA, DIABETES MELITUS HIPERTENSIÓN ARTERIAL, HIPOTIROIDISMO, MIEMBRO DERECHO INFERIOR AMPUTADO A NIVEL DEL MUSLO, ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA, TAQUICARDIA SUPRAVENTRICULAR Y ATRIAL EN COMPLEJOS ANCHOS, VERTIGO, INCONTINENCIA URINARIA, DEMENCIA SENIL Y ENFERMEDAD DE ALZHEIMER**.

TERCERO: **DESVINCULAR** a las entidades objeto de dicha medida y **CONDICIONAR** la desvinculación de las demás entidades vinculadas del **SISTEMA DE SALUD** objeto de dicha medida, al **CUMPLIMIENTO** de lo de su **COMPETENCIA Y CORRESPONSABILIDAD**, precisando que la entidad accionada podrá adelantar los trámites de su competencia para los recobros que conforme a la ley sean eventualmente procedentes.

CUARTO: **NOTIFICAR** la presente Sentencia a quienes corresponda conforme a la ley, advirtiéndole sobre la posibilidad de su impugnación.

QUINTO: **ADVERTIR** que en caso de incumplimiento de la presente Sentencia, se abrirá trámite incidental por desacato previo el requerimiento de ley,

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2020-0286
Sentencia nro. 070

conforme lo establecido en el Decreto 2591/91 y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

SEXTO: **REMITIR** la presente actuación ante la Honorable Corte Constitucional, para lo de su competencia, previo trámite de la eventual impugnación.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

EL JUEZ


ARMANDO DAVID RUIZ DOMINGUEZ