



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

Soledad, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA

Demandante: ZENIT ESTHER BAENA MARÍN, POR INTERMEDIO DE AGENTE OFICIOSO (JAVIER CITARELLA ESPINOZA)

Demandado: AMBUQ E.P.S., SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO, SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE MALAMBO, DEFENSOR REGIONAL DEL ATLÁNTICO, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Radicado: No. 2022-00165-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de abril de dos mil veintiunos (2021), por medio de la cual el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, concedió la acción de tutela interpuesta por la señora ZENIT ESTHER BAENA MARÍN a través de agente oficioso.

I. ANTECEDENTES

La señora ZENIT ESTHER BAENA MARÍN, actuando a través de agente oficioso, presentó acción de tutela contra AMBUQ E.P.S., SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO, SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE MALAMBO, DEFENSOR REGIONAL DEL ATLÁNTICO, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD., por la presunta violación de los derechos fundamentales a la vida digna humana, seguridad social, integridad física, el mínimo vital y libre escogencia elevando las siguientes:

I.I. Pretensiones

“... (...) Solicito señor juez tutelar los derechos fundamentales al diagnóstico la vida digna humana seguridad Social y integridad personal y el mínimo vital en el término improrrogable de 48 horas se ordene a la EPS ese BARRIOS UNIDOS en la valoración de la paciente en una IPS con disponibilidad para realizar los procedimientos ordenados

Xeromamografía mamografía bilateral Interconsulta por cirugía general Cita de control con resultados.

Se ordene a la EPS barrios unidos la realización de la COLPOPERINEOPLASTIA más posible TYT Colocación de malla por urología se ordene la urodinamia

Se ordene realizar el procedimiento cistouretopexia con cabestrillo "sling" total colcoerinoplastia y el procedimiento quirúrgico con urología.

*Se conceda el derecho de libre escogencia se considera tratamiento integral qué no se le permita la desvinculación de la Súper salud pues los derechos del usuario han sido violados flagrantemente por la EPS ese Barrios unidos (...).
...".*

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

II. Hechos

Se sintetizan los hechos narrados a saber:

"...1. El accionante, señor JAVIER CITARELLA ESPINOZA, actuando en su calidad de agente oficioso de la señora ZENIT ESTHER BAENA MARIN, relata que su agenciada tiene 47 años de edad, está afiliada a AMBUQ E.P.S, régimen subsidiado con diagnóstico de INCONTINENCIA URINARIA POR TENSIÓN CISTOCELE Y TRANSTORNOS INFLAMATORIOS DE LA MAMA, QUISTE SOLITARIO DE MAMA.

2. El pasado 12 de febrero de 2020, fue atendida en la Fundación Hospital del Norte, por el médico ginecólogo y obstetra Gustavo Del Rio Roldan, quién en la valoración deja constancia que la paciente está direccionada para la realización de COLPERINOPLASTIA MAS POSIBLE TYT COLOCACIÓN DE MALLA POR UROLOGIA POR POSIBLE INCONTINENCIA URINARIA DE ESFUERZO, y ordenó URODINAMIA, la cual no se ha podido realizar por problemas con la E.P.S. AMBUQ, al estar intervenida por la SUPERSALUD, puesto que desde el mes de agosto dejó de pagar a las I.P.S. contratadas.

3. Una vez, confirmado la incontinencia urinaria de esfuerzo de la paciente, se determinó que es candidata para SLING TOTAL, CISTOURETROPEXIA CON CABESTRILLO SLING TOTAL CONCOPERINOPLASTIA PROCEDIMIENTO QUIRURGICO CON UROLOGIA. A pesar que la E.P.S. entregó las órdenes, las clínicas no prestan el servicio porque AMBUQ E.P.S. no les paga desde el 12 de febrero de 2020.

4. Que el cirujano general, Dr. Luis Miguel Calderón, el día 10 de febrero de 2.020, le ordenó una XEROMAMOGRAFIA O MAMOGRAFIA BILATERAL, una interconsulta por cirugía general y una cita de control con resultados; las cuales a pesar de ser autorizadas un año después no le han sido realizado.

5. Agrega que debido a que la E.P.S. AMBUQ, se encuentra intervenida por la SUPERINTENDENCIA DE SALUD, "supuestamente desde el 1 de marzo de 2021 los usuarios serían trasladados a otras E.P.S., pero a la fecha nadie se pronuncia sobre los traslados y AMBUQ no cumple con la atención a los usuarios. Las E.P.S. receptoras no tienen capacidad de atención, y los usuarios que quieran trasladarse no pueden hacerlo porque deben cumplir con 1 año de permanencia afiliado a las receptoras, lo que va en contra de lo establecido en la ley 1438 de 2008...".

IV. La Sentencia Impugnada.

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, mediante providencia del 21 de abril de 2021, concedió tutelar los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, salud, seguridad social e integridad física de la señora ZENIT ESTHER BAENA MARIN, al considerar:

“...En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere o que suministros necesita, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos, tal como podría ocurrir en el caso concreto.

Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico...”.

V. Impugnación

La parte accionante ZENIT ESTHER BAENA MARIN, quién actúa por intermedio de Agente Oficioso -JAVIER CITARELLA ESPINOZA a través de memorial, presentó escrito de impugnación, reiterando los hechos y fundamentos en relación al tratamiento integral y a la libre escogencia de IPS.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

VII.I. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este Despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

VII.II Problema jurídico

Corresponde al despacho dentro de la actuación de marras, determinar si los accionados están vulnerando los derechos fundamentales de la accionante, al no ordenar el tratamiento médico solicitado en forma integral y la IPS de su preferencia.

- **Derecho a la Salud de sujetos de especial protección constitucional.**

El derecho fundamental a la salud¹ ha sido definido como “*la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.*”² Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de dignidad humana, toda vez que “*responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales*”³.

El núcleo esencial del derecho a la salud obliga a resguardar la existencia física del ser humano, y se extiende a los ámbitos psíquicos y afectivos de la persona⁴, la necesidad de garantizar éste derecho y atender al principio de dignidad humana ha llevado a sostener que “[e]l ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal”⁵

Lo anterior por cuanto la garantía del derecho fundamental a la salud está funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. De allí que la jurisprudencia constitucional ha indicado que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. Al respecto esta Corte indicó:

“(...) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que, por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema”¹³

Por lo anterior, la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ven afectadas por razones de salud las condiciones de vida digna del paciente, en tanto el derecho a la salud comporta el goce de distintos derechos que deben ser garantizados por el Estado⁶.

En relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional es preciso considerar que a partir de normas constitucionales como los artículos 13, 44, 46 y 47, se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan. Dentro de tales destinatarios se encuentran los niños, niñas y adolescentes y las personas de la tercera edad.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución atribuyó al Estado la obligación de promover las condiciones “*para que la igualdad sea real y efectiva*”, por lo cual le corresponde adoptar “*medidas a favor de grupos discriminados o marginados*”. Ese principio constitucional presupone un mandato de especial protección en favor de “*aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta*”.

En dicho contexto, la norma superior señaló algunos sujetos que por su condición de vulnerabilidad merecen la especial protección del Estado, como los niños (Art. 44), las madres cabeza de familia (Art. 43), los adultos mayores (Art. 46) los disminuidos físicos,

sensoriales y psíquicos (Art. 47), y las personas que padezcan enfermedades catastróficas, y a quienes es un imperativo prestarles la atención especializada e integral que requieran, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS-⁷.

VII. Solución del caso concreto.

Se observa acreditado en el caso que nos ocupa de acuerdo con los documentos acompañados a la demanda, que la señora ZENIT ESTHER BAENA MARIN se encuentra afiliada en salud a BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO AMBUQ EPS, e igualmente que aquella cuenta con un diagnóstico de trastorno inflamatorio de la mama, quiste solitario de la mama y orden medica ambulatoria de xeromamografía o mamografía bilateral

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo- Atlántico, concedió la acción de tutela interpuesta en forma parcial, decisión que fue objeto de impugnación pro al accionante, en relación al tratamiento integral.

Dicho lo anterior, y antes de entrar a estudiar el asunto objeto de estudio, tenemos que revisada la presente acción de tutela se observa que es presentada por el señor JAVIER CITARELLA ESPINOSA, quien en otras oportunidades ante este mismo despacho ha radicado otras acciones de tutela, actuando en calidad de agente oficioso, como en esta oportunidad en nombre de la señora ZENIT ESTHER BAENA MARIN, quien sería la persona directamente afectada en sus derechos fundamentales.

Al respecto, tenemos que el artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela es un mecanismo judicial en virtud del cual, a través de un procedimiento preferente y sumario, toda persona puede acudir ante cualquier juez a solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades públicas.

Desde sus inicios la Corte ha sido enfática en señalar que, la acción de tutela tiene como una de sus características esenciales la del ejercicio informal, “es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano.”. (T-020 de 2.016).

Sin embargo, las normas reglamentarias de la tutela exigen como requisito la legitimidad e interés del accionante, conforme se advierte en lo estipulado en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, admitiéndose también la agencia de derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, y la intervención del Defensor del Pueblo y de los personeros municipales.

Por ello, este mecanismo de defensa judicial no admite que se pueda asumir de manera indeterminada o ilimitada la representación de otro y demandar protección constitucional a su nombre, ni la informalidad que caracteriza a la acción de tutela se opone a que su ejercicio esté sometido a requisitos mínimos de procedibilidad, entre los cuales está la legitimación en la causa por activa, la cual hace referencia a la relación sustancial que

debe existir entre las partes del proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona que ostenta la titularidad de la relación jurídica material es a quien habilita la ley para actuar procesalmente.

De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

- Por sí misma.
- Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.
- A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.
- Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho “no esté en condiciones” de promoverla directamente.

En la Tutela Rad. 072 DE 2019 la Corte Constitucional, respecto de la figura del agente oficioso indicó:

“...DERECHOS DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Relación con la capacidad jurídica La capacidad jurídica ha sido entendida en dos vías, como la facultad de ser titular de derechos y como la posibilidad de realizar actos con efectos jurídicos.

En esta medida, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha expresado que la misma resulta esencial para que las personas que poseen alguna barrera tengan una participación cierta y real en la sociedad AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA Y CAPACIDAD JURIDICA DE PERSONAS MAYORES DE EDAD EN CONDICION DE DISCAPACIDAD A partir del principio de igual reconocimiento ante la ley, resulta imperativo que el juez constitucional interprete la figura de la agencia oficiosa buscando favorecer la capacidad jurídica de las personas mayores de edad en condición de discapacidad, a efectos de preservar su autonomía y voluntad.

Para tal efecto, en lo que respecta al requisito de la imposibilidad de interponer el recurso de amparo, se deberá entrar a analizar las circunstancias del caso concreto y las barreras de participación efectiva en la sociedad que se derivan para el titular de los derechos, sin que el solo diagnóstico de una enfermedad cognitiva o psicosocial, sea un indicio suficiente para derivar el impedimento en una actuación directa.

En otras palabras, el juez constitucional debe velar porque existan escenarios en los que las personas con discapacidad, en virtud de su capacidad jurídica, se apropien de sus derechos y de la facultad para proceder a su ejercicio, con miras a fortalecer su independencia e inclusión en la vida social...”.

En el presente caso, tenemos que se alega actuar en calidad de agente oficioso, y donde además se observa cumplido los requisitos de la jurisprudencia constitucional: (i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.

En el presente caso quien actúa en calidad de agente oficioso lo hace en representación de la señora ZENIT ESTHER BAENA MARIN, quien se encuentra diagnosticada con trastorno inflamatorio de la mama y con quiste solitario de la mama, sin embargo, no se encuentra acreditado que esté imposibilitada para promover su propia defensa.

En tal medida debe entenderse que se afecta el desarrollo del principio de autonomía y voluntad de la aquí agenciada.

Ello analizando las circunstancias expuestas, encuentra el Despacho que no se acredita suficientemente el requisito de la imposibilidad de interponer el recurso de amparo directo por la accionante ZENIT ESTHER BAENA MARIN, la cual puede actuar de forma participativa efectiva en la presente acción, pues el solo diagnóstico de la enfermedad o patología puesta de manifiesto sea suficiente para estimar que se encuentra impedida para acudir directamente ante la jurisdicción para la protección de sus derechos.

Se evidencia entonces por esta judicatura que dada la informalidad de la acción de tutela se encuentran habilitados los escenarios para su directa participación. Lo anterior a efectos de garantizar que terceros no se apropien de sus derechos y de la facultad para proceder a su ejercicio con independencia e inclusión en la vida social, en los términos de la sentencia citada.

En consecuencia, a juicio del despacho carece de legitimación por activa el agente oficioso y en tal virtud se debió denegar la tutela por el impetrada, por tal virtud se revocará el fallo venido en alzada y en su defecto se denegará.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de tutela de fecha veintiuno (21) de abril de dos mil veintiunos (2021), proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, en su lugar se dispone:

PRIMERO: DENEGAR la tutela incoada por el señor JAVIER CITARELLA ESPINOSA, en calidad de agente oficioso de la señora ZENIT ESTHER BAENA MARÍN contra AMBUQ E.P.S., SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO, SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE MALAMBO, DEFENSOR REGIONAL DEL ATLÁNTICO, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, por falta de legitimación activa.

SEGUNDO: Notificar ésta providencia a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez

Firmado Por:

German Emilio Rodriguez Pacheco

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 001

Soledad - Atlantico

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

Código de verificación: **384bf0199c1a32f660eb0ad7153348ba7f1ef9192a83e2752d36ad8d5131d35**

Documento generado en 30/05/2022 07:46:04 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>