



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
JUZGADO TERCERO PROMISCUO MUNICIPAL DE MAGANGUÉ

Sentencia N° 129

Rad.: 13 - 430 - 40 - 89 - 003 - 2020 - 00311 - 00

Magangué, Bolívar, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

1. ANTECEDENTES

ANA ELVIRA HERRERA HERNÁNDEZ, actuado como agente oficioso de su hijo RAFAEL ANTONIO GALVIS HERRERA, instaura acción de tutela contra AMBUQ EPS para que le sean protegidos los derechos fundamentales a la vida, vida digna y seguridad social, los cuales estima vulnerados por los hechos que a continuación se sintetizan:

- Manifiesta el agente oficioso que se encuentra afiliada junto con su familia a la EPS AMBUQ ,
- Que en varias ocasiones se ha expedido la orden de programación de cirugía de su hijo RAFAEL ANTONIO GALVIS HERRERA, quien padece POLIPO ANTROCONAL IZQUIERDO, según diagnostico medico lo que hace que su hijo no pueda respirar normalmente y en ocasiones presenta estado agónico.
- Que en Ambuq EPS, ha hecho entrega de la orden para la programación de la cirugía requerida por su hijo, sin embargo no ha sido posible llevarla a cabo, debido a que las clínicas donde es trasladado su hijo no cuentan con contrato con la EPS Ambuq
- Que dicha situación ha generado deterioro en el estado de salud de su hijo y gastos económicos debido a que su lugar de residencia es San Pablo Bolívar

2. PRETENSIONES

Tutelar sus derechos fundamentales a la vida, vida digna y seguridad social y como consecuencia se ordene al representante legal de y AMBUQ EPS, que realice la contratación con la clínica requerida para dar cumplimiento a lo ordenado por el médico especialista tratante y se realice la cirugía de su hijo menor Rafael Antonio Galvis Herrera y así evitar deterioro en su estado de salud.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto del 10 de diciembre del 2020 y se requirió al Representante Legal de AMBUQ EPS, para que rindiera un informe pormenorizado sobre los hechos que dieron origen a la presente acción, debiendo acompañar copia de los antecedentes del caso y de la reglamentación aplicable a éste. De igual forma se informó que la omisión injustificada en la remisión del informe acarrea las consecuencias previstas en el artículo 20 del Decreto 2591/ 91.

3.1. Contestación de AMBUQ EPS

A través de su Gerente Regional Bolívar, contesto manifestando que, que la accionante ANA ELVIRA HERRERA HERNANDEZ en calidad de agente oficioso del menor RAFAEL ANTONIO GALVIS HERRERA, tramita acción de tutela adiada y notificada el 1 de Diciembre de 2020 emanado por el JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE MAGANGUE con RAD 2020-00320-00 en el cual ordena a nuestra entidad AMBUQ EPS-S autorizar la cirugía de RESSICION ENDOSCOPICA DE LESSION BENIGNA EN FOSA NASAL+ HEMOGRAMA TP- TTP + MAXILOETMOIDECTOMIA MEDIAL ENDONSCOPICA IZQUIERDA + TURBINOPLASTIA, de acuerdo a las prescripciones del médico tratante, lo cual es la misma pretensión generadora de la presente acción constitucional, la cual viola flagrantemente lo dispuesto Artículo 38 del Decreto 2597 de 1991 Actuación temeraria. "Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes", configurando esta, como un desgaste a la justicia y por ende a la congestión de los Despachos Judiciales de la Republica.

Finalmente solicita se nieguen las pretensiones de la acción por temeridad

4. PRUEBAS

4.1. Aportadas por la parte accionante

- Historia Clinica
- Ordenes de Ambuq EPS de la programación de cirugía enviadas para el Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja
- Copia de la tarjeta de identidad del menor
- Copia de la cedula de ciudadanía del agente oficioso.

4.2. Aportadas por la parte accionada

- Copia de la acción de tutela con Rad. 2020-00320-00
- Copia de la respuesta a tutela con Rad. 2020-00320-00

5. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Magangué es competente para conocer del presente trámite de tutela en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho determinar si, en el presente caso si la negativa de Ambuq EPS no ha llevado a cabo la operación requerida por el menor RAFAEL ANTONIO GALVIS HERRERA, vulnera sus derechos a la vida, vida digna y seguridad social.

Para analizar y resolver el problema jurídico planteado, se reiterará los precedentes constitucionales agrupándolos de la siguiente forma (i) la agencia oficiosa, (ii) El derecho fundamental a la salud de las niñas, los niños y los adolescentes. El derecho al diagnóstico efectivo como una de sus facetas esenciales. Reiteración de jurisprudencia, (iii) Naturaleza jurídica de los copagos y cuotas de recuperación que se exigen a los afiliados al régimen subsidiado de salud y las condiciones que permiten su exoneración. Reiteración de jurisprudencia.; por último, se analizará el caso concreto.

5.2.1. La agencia oficiosa en la acción de tutela. Legitimación en la causa por activa.

De conformidad con lo establecido el artículo 86 de la Constitución Política, es titular de la acción de tutela toda persona que por sí misma o por quien actúe a su nombre reclame la protección de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados. En complemento de lo anterior el artículo 10º del Decreto Estatutario 2591 de 1991 dispone que:

“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”

De esta manera, si por las condiciones adversas el titular del derecho no está en capacidad de desarrollar su propia defensa mediante la acción de tutela, este podrá hacerlo por intermedio de cualquier persona.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no es suficiente la sola manifestación de la imposibilidad del titular del derecho para ejercer su defensa, sino que también se requiere la explicación de los motivos que

sustentan la intervención en nombre del interesado. La Corte en la sentencia T-444 de 2016 precisó:

"Los presupuestos esenciales para la utilización de la agencia oficiosa se resumen en una situación cierta de imposibilidad del titular de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados de defender el propio interés y en la condición a cargo del agente oficioso de dar a conocer esa situación al juez ante el cual promueve la acción, en el momento de presentación de la solicitud. Adicionalmente, la agencia oficiosa sólo se justifica en la medida en que el agente oficioso procure hacer valer el interés del titular de los derechos fundamentales que aparecen como vulnerados o amenazados y por el cual se actúa; por lo tanto no se puede intentar proteger el 'propio beneficio o interés' del agente a expensas de una solicitud presentada a nombre y beneficio de otra persona; pues se requiere la formulación independiente de la propia acción. Si los elementos básicos para la formulación de una acción de tutela mediante el ejercicio de la agencia oficiosa no se cumplieron, necesariamente la acción no puede prosperar por indebida legitimación por activa en la causa".

En este sentido, actuar por otra persona para proteger sus derechos fundamentales, es un evento legalmente contemplado en el Decreto Estatutario que regula la acción de tutela y respaldada a su vez por la jurisprudencia de esta Corporación, con lo cual, no queda duda que la figura procesal de la agencia oficiosa es procedente y viable el ejercicio de este mecanismo, siempre y cuando se demuestre que: (i) el agente oficioso está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se pueda inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y el agenciado; y (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso

En consecuencia, esta Corporación condiciona la procedencia de la acción de tutela mediante agente oficioso a la debida sustentación del porqué de la intervención de este último según el caso concreto.

5.2.2. Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que *"la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"*.

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte

del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación¹ y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015² le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares “(...) *el trato a la persona conforme con su humana condición*(...)”³.

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015⁴ fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que *“la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”*.

Sobre esa base, sostuvo la Corte en reciente sentencia T - 579 de 2017⁵ que *“(...) el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influye sobre las condiciones de vida de cada*

¹ Mediante sentencia T-760 de 2008, la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es 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”. Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

² El artículo 1 de la ley en cita establece que: “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”. Por su parte, el artículo 2 dispone: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

³ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T- 579 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible". De allí, que su protección trascienda y se vea reflejada sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida. Preciso esta Corporación mediante el precitado fallo que "(...) *el derecho a la salud además de tener unos elementos esenciales que lo estructuran, también encuentra sustento en principios igualmente contenidos en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, dentro de los que de manera especial sobresalen los de pro homine, universalidad, equidad, oportunidad, integralidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad, entre otros*".

Con fundamento en lo anterior, ha resaltado la Corte que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía *"pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente"*⁶.

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud con todos sus componente y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

5.2.3. La dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes como componente esencial del derecho a la salud - Reiteración de jurisprudencia

Como ya se dijo, el orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela. Este derecho, ha establecido la jurisprudencia, debe ser interpretado de forma amplia, de manera que su ejercicio solo no se predica cuando peligra la vida como mera existencia, sino que por el contrario, ha considerado la propia jurisprudencia que "(...) *salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad*". Resaltando que la misma es *"es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas"*.

Al respecto, en sentencia T - 562 de 2014 la Corte precisó que "(...) *algunas enfermedades o padecimientos no solamente se originan en una disfunción física*

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

o funcional, sino que también se generan por presiones del medio social, que producen baja autoestima, aislamiento, inconformidad con la propia imagen, depresión, etc. Dichas presiones deben evitarse, para garantizar la faceta preventiva del derecho a la salud e impedir que se llegue a situaciones probablemente irreversibles, que impliquen altos costos económicos, sociales y emocionales”.

Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, en el cual se establecen como derechos fundamentales de estos sujetos *“la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”*, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de *“asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”*. Precisa la misma disposición constitucional que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”*

En el ámbito internacional los derechos fundamentales de los niños gozan igualmente de un amplio reconocimiento y de una especial protección. Por un lado, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece que *“[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*. Todo esto reflejado en los mismos términos en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales los cuales prevén en su articulado disposiciones orientadas a salvaguardas de manera prioritaria los derechos de los menores.

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3.1⁷ se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en *“todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Así las cosas, la protección que la Constitución Política y las normas internacionales le confieren a los niños es una manifestación de la necesidad social de garantizar las mejores condiciones para el desarrollo integral de estos sujetos, fomentando ambientes propicios para que pueden ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, ajenos a las presiones y a las agresiones y las burlas, capaces de tener una buena imagen de sí mismos que les permita trabar relaciones sanas con sus familiares y amigos. Así lo señaló la Corte en sentencia T - 307 de 2006 donde la Sala Séptima de Revisión conoció de una acción de tutela

⁷ Adoptada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

promovida por la madre de un menor de 7 años de edad que nació con un defecto en sus orejas -*apéndices preauriculares*- razón por la cual el niño era constantemente objeto de burlas, afectando ello, su normal desarrollo espiritual, emocional y social.

En dicha oportunidad, la Corte tuteló el derecho fundamental del menor a la salud integral y a la dignidad humana recordando que la Constitución compromete de manera solidaria a la familia, a la sociedad y al Estado para que, de consuno, colaboren con la debida realización de los derechos fundamentales de los niños. Así, en lo que se refiere concretamente al desarrollo integral de los niños y niñas consideró esta Corporación que su materialización se proyecta “(...) *en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural*” haciendo especial hincapié en que “(...) *el desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos*”.

Bajo la misma línea se pronunció la Corte en sentencia T - 562 de 2014 donde, en un caso análogo al anteriormente reseñado, en el que se veían igualmente comprometidos los derechos fundamentales de un menor de 14 años que padecía de “*orejas de pantalla de carácter bilateral*”, consideró que “(...) *la protección al derecho a la salud no implica únicamente el cuidado de un estado de bienestar físico o funcional, incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos permiten configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. Dicho en otras palabras, el derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta física o funcionalmente a la persona, sino cuando se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud*”.

En este orden, resulta evidente la importancia que la jurisprudencia de esta Corporación le ha conferido al carácter protector que asumen los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Ha sido clara la Corte en señalar que “(...) *las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado confluyen para garantizar a los niños una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades*”. Al respecto, resaltó este Tribunal en sentencia C-507 de 2004 que “*el Estado debe apoyar a la familia y a la sociedad en el desempeño de sus tareas. En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los menores, le corresponde al Estado hacerlo. Tal como lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, el Estado debe asegurar plenamente el derecho de los menores a un nivel de vida adecuado, incluidos el derecho a la vivienda, a la alimentación y al más alto nivel posible de salud*”.

En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el despliegue integral de la personalidad de un menor incluye el plano físico, psíquico, intelectual, emocional, espiritual y social. Sobre el particular, en la referida sentencia T – 307

de 2006 esta Corporación concluyó que “(...) *un niño capaz de tener una imagen positiva de sí mismo se relacionará de mejor manera con su pares, con su padres y con la sociedad que lo rodea. Sabrá enfrentar los obstáculos que le vida le ponga y podrá superarlos*”.

5.2.3. El caso concreto

El despacho aclara que en el caso se descarta la **actuación temeraria** de la señora Ana Elvira Herrera Hernández (como representante de su hijo) que como pretensión principal solicitó se ordene al representante legal de y AMBUQ EPS, que realice la contratación con la clínica requerida para dar cumplimiento a lo ordenado por el médico especialista tratante y se realice la cirugía de su hijo menor Rafael Antonio Galvis Herrera y así evitar deterioro en su estado de salud

La Corte Constitucional ha definido que 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 jurisprudencia de esta Corte ha dicho que una 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 a pesar de existir duplicidad de mecanismos, 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.

Así mismo, 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.

El Despacho verifica que si bien la señora herrera Hernández promovió acción constitucional contra la EPS encartada, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de este municipio, es del suyo observable que dicha acción fue desistida por la actora el día 10 de diciembre de 2020, tal como lo dio a conocer el Juzgado en mención a través de correo electrónico

Por lo anterior, al no cumplirse los requisitos de la temeridad, se procederá a conocer de fondo la controversia.

Conforme ha sido expuesto, le corresponde al despacho establecer si se vulneraron los derechos a la vida, vida digna y seguridad social del menor Rafael Antonio Galvis Herrera, con ocasión de que la AMBUQ EPS no ha celebrado contrato con IPS la realización de la cirugía de *“recesión endoscópica de lesión benigna en fosa nasal”*.

Para efectos de darle solución al objeto de la *litis*, es preciso señalar que de los elementos de juicio allegados al proceso, se encontró probados los siguientes hechos:

- (i) La acción de tutela se promueve en favor de una menor de 17 años de edad que padece de obstrucción de fosa nasal izquierda de 2 años de evolución.
- (ii) El menor se encuentra afiliado en el régimen subsidiado a AMBUQ EPS .
- (iii) Como consecuencia de su diagnóstico el médico tratante – Otorrinolaringólogo- , adscrito a la entidad accionada ordenó el en julio del 2020 la *“recesión endoscópica de lesión benigna en fosa nasal”*.
- (iv) Conforme a lo anterior, la madre del menor le solicitó a la demandada autorizar el procedimiento antes señalado. Sin embargo aunque dicho requerimiento fue aprobado por la accionada no ha sido posible llevarlo a cabo por falta de contratación de la EPS accionada con una IPS que puede practicar dicha intervención quirúrgica.

Así, en lo que respecta específicamente al procedimiento quirúrgico de *“recesión endoscópica de lesión benigna en fosa nasal”* que le fue ordenado al menor Galvis Herrera, se precisa que el mismo no se encuentra expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). En todo caso, el artículo 15 de la ley Estatutaria en Salud que aquellos procedimientos que *“(…) tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas”*, no serán financiados con los recursos públicos asignados a la salud. Argumento que, en

efecto, puede concluirse es utilizado por la accionada para negar autorización del servicio solicitado.

En ese contexto, en tratándose del derecho a la salud de los menores, ha considerado la jurisprudencia de Honorable Corte Constitucional que el mismo no se reduce únicamente a aspectos funcionales, sino incluye también su bienestar psíquico, emocional y social. En aras de su protección, a la familia, a la sociedad y, en particular, al Estado, les compete llevar a cabo las acciones que corresponda para garantizarles a estos sujetos una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades.

Ahora bien, argumenta la entidad accionada, que ha generado autorizaciones de servicios a la salud para la cirugía recisión endoscópica de lesión benigna en fosa nasal +hemograma tp - tip + maxiloetmoidectomia medial endoscopica izquierda + turbinoplastia y demás servicios complementarios de acuerdo a la resolución no. 3513 de 2019, sin embargo lo expresado por la agente oficiosa, se puede inferir que la cirugía no ha sido practicada por cuenta de falta de contratación con IPS especializada, a pesar de que, como se ha mostrado, en realidad, la cirugía busca mejorar las condiciones de vida del menor Galvis Herrera.

Al respecto, como se indicó, “(...) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente. En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad.”⁸ Así las cosas, siendo la EPS la que debería demostrar que no se trata de un procedimiento funcional -aun cuando un médico cirujano adscrito ya conceptuó favorablemente-, está trasladándole una carga desproporcionada a la accionante, y en consecuencia, vulnerando continuamente su derecho a la salud.

Por las consideraciones previamente esbozadas y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional, procederá esta instancia a tutelar los derechos a la vida, vida digna y seguridad social, del menor RAFAEL ANTONIO GALVIS HERRERA y, como consecuencia de ello, se ordenará AMBUQ EPS, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de la comunicación correspondiente, autorice sin trabas administrativas la cirugía recisión endoscópica de lesión benigna en fosa nasal, en entidad que tenga contrato vigente con dicha EPS, garantizando los demás servicios que en razón a dicha intervención y de su patología requiera el menor Rafael Antonio Galvis Herrera para el restablecimiento integral de su salud física

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-142 de 2014.

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, el JUZGADO TERCERO PROMISCOUO MUNICIPAL DE MAGANGUÉ, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la vida, vida digna y seguridad social, del menor RAFAEL ANTONIO GALVIS HERRERA, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia del numeral anterior, se ordena a CAJACOPI EPS-S, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de la comunicación correspondiente, autorice sin trabas administrativas la cirugía recisión endoscópica de lesión benigna en fosa nasal, en entidad que tenga contrato vigente con dicha EPS, garantizando los demás servicios que en razón a dicha intervención y de su patología requiera el menor Rafael Antonio Galvis Herrera para el restablecimiento integral de su salud física .

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible, advirtiéndoles que esta decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: En el evento de no ser impugnada esta providencia, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez sean levantados la suspensión de términos judiciales que en ese sentido decretó el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDUARDO ANDRÉS QUINTERO RODRÍGUEZ.
Juez

Firmado Por:

Acción de Tutela
Rad. 13- 430-40-89-003-2020-00311-00

**EDUARDO ANDRES QUINTERO RODRIGUEZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 003 PROMISCOU MUNICIPAL MAGANGUE**

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:

155f26939f424a6aac09ac87e10688a33a25756e52602443342b7847de671360

Documento generado en 18/12/2020 09:03:17 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**