

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE
CONOCIMIENTO DE MANIZALES, CALDAS

ACCIÓN DE TUTELA – PRIMERA INSTANCIA

Radicación:	17001-31-18-001-2020-00077-00
Accionante:	Hugo Antonio López Jiménez C.C. 10.233.381
Accionada:	Nueva EPS
Vinculada	IPS Avidanti S.A.S. Dirección Territorial de Salud de Caldas - DTSC
Providencia:	Sentencia No. 053

Manizales, Caldas, seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2.020)

I. TEMA A DECIDIR

Dentro del término legal procede el Despacho a decidir la acción de tutela interpuesta por el señor Hugo Antonio López Jiménez, quien actúa en nombre propio, contra la Nueva E.P.S., donde fueron vinculadas la IPS AVIDANT S.A.S. y la Dirección Territorial de Salud de Caldas - D.T.S.C.

II. ANTECEDENTES

1. IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONANTE, DERECHOS VULNERADOS, HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El señor Hugo Antonio López Jiménez, se identifica con la C.C. 10.233.381, dice recibir notificaciones en el correo electrónico lopezjimenez.hugo1957@gmail.com y en el teléfono celular: 314-797-0771.

Manifiesta que, pertenece al régimen contributivo de salud de la Nueva EPS, indica que hace tres meses se le realizó un procedimiento médico de EXPLANTE DE MARCAPASO DEFINITIVO BICAMERAL, siendo esta la cuarta extrusión de marcapaso definitivo bicameral por rechazo del cuerpo al material identificado como ASSURTY MRI PM2272 SN 3292127 RECUBIERTO EN PARYLENE DE STJUDE MEDICAL.

Señaló que, el médico especialista en Electrofisiología, le ordenó marcapasos recubierto en oro por los antecedentes de alergia al componente del antes citado. Además, el día 17 de septiembre del presente año, se le asignó cita con el médico William Bautista en el Hospital Santa Sofía, sin embargo, no pudo ser atendido por él, indicándole que: “el dispositivo que requiere no está contratado con el distribuidor, por lo cual o es posible la asignación de la cita y debe ser remitido a otra IPS o ciudad” de igual forma la Nueva EPS nunca le notificó la cancelación de la cita dejándolo a la deriva sin darle a conocer cuál será el procedimiento que favorezca su salud.

El 29 de septiembre le comunican, si estaba dispuesto a continuar con el electro fisiólogo de la Clínica Avidanti con el doctor Orjuela, así mismo hacer junta médica para la realización del implante, debido a lo anterior tenía que redactar una carta dando la aceptación y enviándola a un correo correspondiente a la Nueva EPS, el cual hasta el día de hoy no ha tenido ninguna respuesta.

Por lo anterior, considera vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, motivo por el cual, acude ante el Juez Constitucional, para que, le ordene a la entidad accionada, proceda a implantarle un marcapaso bicameral recubierto en oro, así como, la realización de junta médica para la realización de dicho procedimiento, además, la atención integral para su diagnóstico.

2. LA IDENTIFICACIÓN DE LA ACCIONADA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NUEVA EPS S.A.

La Nueva EPS argumentó que, no le ha negado ningún servicio de salud a su afiliado, por el contrario garantiza la entrega de medicamentos, insumos, autoriza procedimientos para el manejo de su patología como a la fecha ha realizado, sin embargo el traslado a citas médicas, no cuenta con orden médica por tanto, no puede deprecarse que hace parte del manejo de la patología por lo que corresponde INDELEGABLEMENTE a sus familiares proporcionarle el traslado a citas médicas como lo ha venido haciendo hasta el momento en cumplimiento de sus deberes parentales.

También informa que tal y como se ha demostrado la NUEVA EPS no ha negado ningún servicio médico prescrito y requerido por el accionante, además el tratamiento integral que solicita el accionante, actualmente NO cuenta con orden medica vigente, además es un procedimiento que está supeditado a FUTUROS requerimientos y pertinencia médica por nuestra red de prestadores, siendo estos sujetos a futuro.

3. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS VINCULADAS Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. IPS AVIDANTI S.A.S.

La IPS Avidanti afirmó que, al accionante ya le fue tutelado su tratamiento integral respecto a su diagnóstico “presencia de válvula cardíaca protésica” mediante la sentencia de 25 de junio de 2019.

Indicó además que, una vez verificados los documentos aportados por el accionante, no se evidencia orden médica alguna que ordene “IMPLANTE MARCAPASO BICAMERAL RECUBIERTO EN ORO” así como tampoco se evidencia orden médica alguna que prescriba la realización de la “JUNTA DE MÉDICOS” a la que hace referencia el usuario en su escrito.

Mencionó también que, la Institución no cuenta con la capacidad técnico-científica necesaria para materializar dicho procedimiento, por lo anterior, la entidad aseguradora, deberá buscar dentro de su red de prestadores de servicios una entidad que cuente con las condiciones técnico-científicas para la efectiva prestación del servicio y con la cual tenga contratado el servicio solicitado por el accionante, en caso de ser considerado procedente, por ende no le asiste ninguna responsabilidad respecto a la aparente vulneración de sus derechos, siendo en consecuencia, la entidad promotora de salud a la que pertenece, la que debe atender todos sus requerimientos de salud; ante lo cual, solicitó su desvinculación.

3.2. DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS - DTSC

La entidad por conducto de abogada externa, sostuvo que, teniendo en consideración que el accionante pertenece al régimen contributivo de salud, es la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliado quien debe garantizarle todas las prestaciones médicas que requiera, en virtud de principio de integralidad, por lo cual, solicitó su desvinculación.

4. SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN Y TRÁMITE EN EL JUZGADO

La acción de tutela de la referencia fue admitida mediante Auto Interlocutorio No. 270 del día 23 de octubre de la corriente anualidad, donde se ordenó correr traslado de la demanda por el término de dos (02) días, a las entidades accionada y vinculada, para que, se manifestaran sobre los hechos que dieron lugar a la acción de tutela. Además, fue requerido el accionante, con el propósito que, allegará orden médica para el implante de marcapasos recubierto en oro.

De manera posterior, a través de proveído del día 27 de octubre hogaño y ante el informe remitido por la IPS Clínica Avidanti, el Despacho requirió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, para que, remitiera copia de las diligencias adelantadas bajo el radicado 2019-00118, correspondientes a otra acción de tutela que adelantó el señor López Jiménez.

Luego, el día 03 de los cursantes, el Juzgado con el fin de obtener los medios de prueba que permitieran resolver lo pretendido por el actor, se requirió a la Nueva EPS, a fin de constatar que acciones había adelantado para dar cumplimiento a la sentencia proferida dentro del radicado 2019-00118, además, allí fue vinculada a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, a quien, además, se le solicitó concepto, respecto al dispositivo pretendido por el accionante.

Finalmente, una vez se obtuvo por parte del Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, copia del expediente 2019-00118, se hizo menester, requerir nuevamente a la entidad accionada

por Auto del día 04 de los corrientes mes y año, para que, constatará una información presentada por el accionante en su demanda.

III. PRUEBAS

1. DE LA PARTE ACCIONANTE

- Copia cédula de ciudadanía.
- Copia historia clínica
- Copia de la carta enviada a NUEVA EPS-S.A.S

2. DE LA PARTE ACCIONADA

NUEVA EPS

- Poder para actuar.
- Certificado de Existencia y Representación legal de la Nueva EPS S.A.

3. DE LA PARTE VINCULADA

IPS AVIDANTI S.AS.

- Copia Oficio notifica fallo acción de tutela interpuesta anteriormente por el mismo accionante ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales.

4. DE OFICIO

- Con el Auto admisorio de la demanda, el Juzgado requirió al señor López Jiménez, para que, aportara copia de orden médica para la implantación de un marcapaso recubierto en oro, ante lo cual, remitió historia clínica del día 02 de octubre de 2019, en la cual, el galeno que lo trata, mencionó que en un par de oportunidades había sugerido la implantación de un marcapaso recubierto en oro, destacando que, no obstante, podría haber un riesgo de rechazo del dispositivo, incluso el recubierto en dicho metal precioso.
- El Juzgado requirió en sendas oportunidades al Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, para obtener copia de las diligencias adelantadas bajo el radicado 2019-00118, las cuales aportó, informando además que, en el mes de enero del año en curso, había archivado por cumplimiento el incidente de desacato que el accionante adelantó contra la Nueva EPS.
- Se requirió a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, para que, emitiera concepto sobre el dispositivo requerido por el actor, sin embargo, no lo aportó.
- La Nueva EPS fue requerida en sendas oportunidades, la primera de ellas, con el propósito que informara que acciones había adelantado para el cumplimiento del fallo proferido dentro del radicado 2019-00118 y en la otra oportunidad, a fin que, constatará uno de los hechos expuestos por el accionante en su demanda.

IV. CONSIDERACIONES

1. DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Este Despacho es competente para tramitar la presente Acción de Tutela, de conformidad con el Artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, por medio del cual se establecen las reglas para el reparto de la misma.

Adicionalmente, en los términos del artículo 86 de la Carta Política y 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona tiene derecho a ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la salvaguarda inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Procederá este Despacho a estudiar, sí la Nueva EPS, está vulnerando los derechos constitucionales fundamentales del señor **Hugo Antonio López Jiménez**, al no IMPLANTARLE MARCAPASO RECUBIERTO EN ORO.

3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

El Artículo 49 de la Constitución Política dispone que, el derecho a la salud tiene una doble connotación: derecho constitucional fundamental y servicio público. En tal sentido, todos los ciudadanos deben tener acceso al servicio de salud, y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación, lo que guarda estrecha relación con el cumplimiento mismo de los fines del Estado Social de Derecho y con los propósitos consagrados en el artículo 2º Superior.

La Corte precisó en la Sentencia T-760 de 2008, cuál es el ámbito de protección del derecho fundamental a la salud. Hoy, esta garantía es reconocida como un DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO. La Corte Constitucional describió así la transformación histórica que ha sufrido la protección de ese derecho¹, cuya defensa se ha intentado:

“(…) **(i)** En un período inicial, fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, igualando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela;

(ii) En otro, señalando la naturaleza fundamental del derecho en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, como niños, discapacitados, ancianos, entre otros;

(iii) En la actualidad, arguyendo la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los postulados contemplados por la Constitución vigente, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, todo con el fin de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera.

Así, al reconocer a la salud bajo la categoría de un derecho fundamental y los servicios que se requieran, es plausible entender que el derecho a la salud debe ser garantizado a todos los seres humanos como una comprobación fenomenológica de la dignidad de los mismos y no como una pauta deontológica que repose en un código predefinido. De ser así, se estaría en una situación de protección constitucionalmente inadmisibles, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede abstraerse (...).”

Ha reiterado la Corte que la redefinición de la salud como un derecho fundamental autónomo ha traído consigo la ampliación del ámbito de protección, que ya no se limita a la existencia de una amenaza a la vida o la integridad personal. Acogiendo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha insistido que se ha de amparar el derecho de todas las personas de disfrutar el **MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD**. Así lo sostuvo en la Sentencia T-1093 de 2007²:

“(…) entender la salud como un derecho fundamental autónomo, implica como es evidente, abandonar la línea argumentativa conforme a la cual, la protección de este derecho solo puede ser solicitada por medio de la acción de tutela cuando exista una amenaza de la vida o la integridad personal del sujeto. Y es que, amparar el derecho a la salud, implica ir más allá de proveer lo necesario para atender las enfermedades o padecimientos que aquejen a un sujeto y que pongan en peligro su vida o su integridad física. Una definición más completa de las obligaciones que la garantía efectiva del derecho a la salud impone puede encontrarse en el

¹ Sentencia T – 037 de 2010, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

² Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

artículo 12 numeral primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala al respecto:

‘Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’.

Con la intención de precisar el sentido conforme al cual debe ser interpretada tal disposición, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de la interpretación del Pacto señaló que:

‘El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud’.

La jurisprudencia constitucional igualmente ha indicado que el disfrute del más alto nivel posible de una salud física y mental incluye el derecho:

“i) [a] recibir la atención de salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado,
ii) a obtener la protección de los elementos esenciales del derecho a la salud como son la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad definidas en la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y,
iii) en los casos en que el paciente sea un sujeto de especial protección como en el caso de las niñas y niños, las personas con discapacidad y los adultos mayores (Sentencias T-1081 de 2001³ y T-085 de 2006⁴)”.

Ahora bien, la Observación Número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales define los elementos esenciales que permiten garantizar el derecho a la salud, de la siguiente manera:

- (i) Disponibilidad. Según este elemento el Estado debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y programas de salud.
- (ii) Accesibilidad. Todas las personas deben tener acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, a los establecimientos, bienes y servicios de salud. La accesibilidad debe ser no sólo física sino también económica.
- (iii) Aceptabilidad. “Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”.
- (iv) Calidad. En virtud de este principio los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados científica y médicamente.

Este derecho, sin embargo, se encuentra limitado por las exclusiones expresas y taxativas que estableciera el Legislador, pero, es indispensable destacar que la Corte Constitucional reiteró la posibilidad de aplicar la excepción de constitucionalidad frente a las normas que regulan la exclusión de procedimientos y medicamentos del Plan de Beneficios en Salud PBS, siempre y cuando se cumpla el presupuesto “requiere con necesidad”, que desarrolló ampliamente en la sentencia T-760 de 2008.

Al momento de dictar la orden de atención integral, el Juez tendrá en cuenta, además, las condiciones que expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-558 de 2017:

“5.1. En consonancia con lo establecido en diferentes disposiciones legales, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la atención en materia de salud debe ser integral, es decir, debe

³ Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴ Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

involucrar todas las prestaciones y servicios que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos, máxime cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional.

5.2. El artículo 8º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, titulado “la integralidad”, establece que todos los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa con el objetivo de prevenir o curar las patologías que presente el ciudadano y, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud del paciente y su sistema de provisión, cubrimiento o financiación. El aparte normativo también señala que la responsabilidad en la prestación de un servicio médico no se podrá fragmentar bajo ningún caso.

5.3. No obstante, el concepto de integralidad no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, por el contrario, debe existir un diagnóstico médico que haga determinable, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe adelantar en aras de garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal, salvo situaciones excepcionálísimas”.

4. DERECHO AL DIAGNOSTICO

Para el Despacho es claro que, pese a que el accionante ya ha sido diagnosticado con éxito de la enfermedad que lo aqueja, lo cierto es que, a la fecha, no se ha logrado determinar qué tipo de marcapasos es el adecuado para su cuerpo, al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia T – 464 de 2018, se refirió a la importancia del diagnóstico así:

“Para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud es necesario, entre otras cosas, que el individuo cuente con un diagnóstico efectivo. Lo anterior conlleva una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, la determinación de la enfermedad que padece y el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud” (Subraya propia).

5. DEBER DEL ACCIONANTE DE APORTAR LOS MEDIOS DE PRUEBA

Dentro del caso bajo análisis, es preciso recordar que, el señor López Jiménez procura que, la Nueva EPS, le autorice implante de marcapaso recubierto en oro, pretensión que debía sustentar a través de algún medio de prueba legalmente aprobado, sin embargo, pese al requerimiento del Juzgado en este sentido, el accionante allegó un aparte de su historia clínica donde se hace referencia a dicho dispositivo, pero como tal, dicho documento no sule los efectos de la orden del médico tratante en ese sentido; precisamente, sobre el deber de aportar los elementos de convicción para el Juez Constitucional, la guardiana⁵ de la Carta Magna en su vasta jurisprudencia, ha señalado lo siguiente:

“Si bien uno de los rasgos características de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que: “*el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso*”.

En igual sentido, ha manifestado que: “*un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario*.” Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio “**onus probandi incumbit actori**” que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T – 571 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho”.

V. CASO CONCRETO

1. PRESENTACIÓN

Se encuentra probado que, el señor Hugo Antonio López Jiménez, se encuentra afiliado al régimen contributivo de salud, a través de la Nueva E.P.S., además, según se deriva de la historia clínica que aportó, se encuentra diagnosticado con ENFERMEDAD NODOSINUSAL Y BLOQUEO AV PAROXITSICO, SINDROME DE SENOS ENFERMOS, SINCOPE Y COLAPSO por lo que, según, documento clínico que aportó, en los años 2012 y 2019, un galeno de la Clínica Avidanti, le recomendó la posibilidad de un implante de un marcapaso recubierto en oro, a fin de contrarrestar la posibilidad de ser repelido por su cuerpo; sin embargo, dicha recomendación no fue plasmada en ninguna orden médica.

Por su parte, la Clínica Avidanti en calidad de vinculada, informó que, en ningún momento por parte del personal médico de la institución, se había emitido orden médica en ese sentido.

Luego, de las pruebas que le fueron requeridas, el Juzgado obtuvo copia del expediente de tutela 2019-00118 que, corresponde a las diligencias que adelantó el señor López Jiménez en contra de la Nueva EPS, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, donde pretendía además del implante un marcapaso bicameral definitivo, la entrega de un fármaco que le había sido ordenado para el tratamiento de sus enfermedades, así como el tratamiento integral para su enfermedad.

Por su parte, la Nueva EPS argumentó que, no le ha negado ningún servicio de salud a su afiliado, mientras que, la Dirección Territorial de Salud de Caldas – D.T.S.C., indicó que, siendo el accionante un afiliado al régimen contributivo de salud, no tiene competencia para atender sus pretensiones.

2. CUESTIONES PREVIAS

2.1. DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Antes de ahondar en el estudio del caso concreto, el Despacho debe abordar lo concerniente a la cosa juzgada constitucional, teniendo en consideración que, dentro de este proceso se logró establecer que, además de la presente acción de tutela, este Despacho en el mes de septiembre del año en curso, conoció acción similar incoada por el señor López Jiménez y, además, estableció que, en el año 2019, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, tramitó idéntica acción en favor del aquí accionante.

En este orden de ideas, la cosa juzgada constitucional ha sido definida a través de la jurisprudencia dictada por la Corte⁶ de la siguiente manera:

“3. De conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política de 1991 *“los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”*. Sobre el particular, la jurisprudencia ha considerado que, en el marco del control concreto, las acciones de tutela también están sometidas a los parámetros de la cosa juzgada, puesto que ello garantiza que controversias que ya han sido decididas de manera definitiva por las autoridades judiciales competentes para ello no sean reabiertas y, por lo tanto, evitar que se afecte el principio de seguridad jurídica. Precisamente, una sentencia proferida en proceso de tutela hace tránsito a cosa juzgada constitucional (i) cuando es seleccionada para revisión por parte de esta corporación y fallado en la respectiva Sala o, (ii) cuando, surtido el trámite de selección, sin que ésta haya sido escogida para revisión, fenece el término establecido para que se insista en su selección.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T- 219 de 2018. M.P. Alberto Linares Cantillo.

4. Con fundamento en lo anterior, en la jurisprudencia de esta Corte se han identificado tres características que permiten advertir cuándo, en el marco de una acción de tutela, se ha vulnerado el principio de la cosa juzgada. En efecto, es necesario que *“(i) que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia; (ii) que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes; (iii) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones; (iv) que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos”*.

En el caso específico, se tiene que, el promotor de la presente demanda, en el mes de junio del año 2019, obtuvo una sentencia por parte del mencionado Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales que, en esa oportunidad tuteló sus derechos y, en consecuencia, le ordenó a la Nueva EPS, le implantara un MARCAPASO BICAMERAL DEFINITIVO, así como la entrega del medicamento CLOPIDOGREL 75Mg; además, el tratamiento integral para su patología PRESENCIA DE VÁLVULA CARDÍACA PROTÉSICA.

Luego, como se mencionó, el día 23 de septiembre del año en curso, esta Célula de la Judicatura, profirió sentencia dentro de una nueva acción de tutela presentada por el señor López Jiménez, contra la Nueva EPS y la Dirección Territorial de Salud de Caldas, donde pretendía le fuera ordenado a las accionadas proceder a implantarle un marcapaso bicameral recubierto en oro, oportunidad en la cual se negó su pretensión. Ahora, interpone nueva acción de tutela, procurando que, la Nueva EPS, le realice el implante de un marcapaso recubierto en oro.

En este orden de ideas y conforme a la jurisprudencia transcrita, el Juzgado logró establecer que respecto, a la acción de tutela que fue tramitada bajo el radicado 2019-00118 del Juzgado Segundo Civil Circuito de Manizales, ya se cumplió el requisito que permite el análisis de la cosa juzgada constitucional, esto es, que dicho proceso no fue objeto de selección por parte de la corte constitucional, quedando de esta manera ejecutoriado dicho asunto.

Superado lo anterior, se pasa al estudio de los requisitos adicionales, logrando identificar la presencia de todos los demás, a excepción de los referentes a que la acción sea originada en los mismos hechos y procuren las mismas pretensiones, es que, si bien, esta acción de tutela se cimenta en una génesis igual a las anteriores, en esta oportunidad se ventila un nuevo hecho, el cual se refiere a una cita médica con la especialidad de ELECTROFISIOLOGÍA que el accionante dice haber asistido el día 16 de septiembre del año que transcurre, sin embargo, no fue atendido, novísimo acontecimiento que, conlleva a que en el caso específico no se logró determinar fehacientemente la ocurrencia de la cosa juzgada. Además, si bien, pudiera inferirse que, lo pretendido por el accionante en la acción de tutela que tramitó el Juzgado Segundo Civil del Circuito, era la implantación de un marcapaso bicameral definitivo, corresponde al mismo dispositivo que ahora deprecia, el hecho que en esta oportunidad sea recubierto en oro, permite establecer que se está ante otra pretensión, situación que a la postre, no logró ser dilucidada por el Juzgado, pese a haber requerido a la Dirección Territorial de Salud en ese sentido.

2.2. INEXISTENCIA DE TEMERIDAD

Aunado al anterior análisis, es menester precisar que, la actuación del accionante se encuentra dentro de los límites de la temeridad, misma que, sin embargo, no se configura en esta oportunidad; precisamente la jurisprudencia constitucional ha establecido ciertas reglas con el fin de identificar una posible situación constitutiva de temeridad. Sobre el particular, esa Corporación⁷ señaló:

“La Sentencia T-045 de 2014 advirtió 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 razonable en la presentación de la nueva demanda vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del demandante. En la Sentencia T-727 de 2011 se definió los siguientes*

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T – 272 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos

elementos “(...) (i) una identidad en el objeto, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”; (ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado”.

Así, al aplicar los anteriores elementos, al caso bajo estudio, se concluye que, tal y como se afirmó en el análisis de cosa juzgada, en esta oportunidad, a juicio del Juzgado, el accionante propone un nuevo hecho que conlleva a que no se configure esta situación y de esta manera, evite un incidente en contra suya, aunado al hecho que, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, manifestó que en el mes de enero, había archivado por cumplimiento, incidente de desacato que adelantó contra la Nueva EPS, por cumplimiento al fallo de tutela que se profirió dentro del referido trámite 2019-00118.

2. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SEÑOR HUGO ANTONIO LOPEZ JIMENEZ A LA SALUD Y AL DIAGNOSTICO.

Sobrepasados los anteriores análisis y planteado el asunto, para el Despacho trasciende el hecho que, la Nueva EPS no le haya garantizado al accionante, la cita médica con la especialidad de ELECTROFISIOLOGÍA que, mencionó haber programado para el mes de septiembre del año que avanza y que, el Juzgado, dentro de este trámite, le solicitó confirmara sí el accionante había asistido o no a la misma, en la cual, el galeno tratante establecería la pertinencia de implantar dicho dispositivo recubierto en oro o en otro material, teniendo en cuenta que, el señor Hugo Antonio López Jiménez, no ha demostrado contar con una orden médica que soporte su pretensión, ya que, únicamente probó que, en un par de oportunidades el médico tratante ha tenido como opción terapéutica el marcapaso recubierto en oro, puesto que, dentro de la prueba por él allegada, se identificó que el médico tratante le manifestó que, incluso podría llegar a haber algún grado de riesgo de rechazo del marcapaso por parte de su cuerpo, aún recubierto en dicho metal, ausencia probatoria que conlleva al Despacho a no acceder a su pretensión de ordenarle la implantación del plurireferido marcapaso recubierto en oro, pues como ya se señaló, esta manifestación médica no se encuentra plasmada dentro de una orden emitida por dicho galeno.

Pese a lo anterior, ante el evidente menoscabo en el estado de salud del señor López Jiménez que, le ha generado el retiro del marcapaso bicameral definitivo que le fue implantado, el Despacho, conforme a la jurisprudencia atrás descrita, referente al derecho al diagnóstico⁸, como componente del derecho fundamental a la salud, entendido en el *sub judice*, como el derecho que tiene el señor López Jiménez, a que un médico especialista le determine qué tipo de marcapaso bicameral requiere, sea el recubierto en oro o en otro material; por lo que, en ejercicio de las facultades ultra y extra petita⁹ que se atribuyen a este Juez de Tutela, le ordenará a la Nueva EPS que, en el término perentorio de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, autorice y disponga valoración con profesional especialista en Electrofisiología, a fin que éste, determine y ordene el tipo de marcapaso que requiere el accionante, sea recubierto en oro o en otro material.

3. DEL TRATAMIENTO INTEGRAL

Precisado lo anterior, claro confluente para este Juzgador que el señor Hugo Antonio López Jiménez, requiere atención continua para el tratamiento de sus enfermedades, en específico los que han conllevado al implante de marcapaso, enfermedades que, fueron amparadas con

⁸ Véase también la Sentencia T- 259 de 2019: “El derecho al diagnóstico deriva del principio de integralidad y consiste en la garantía del paciente de *“exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”*

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-104/2018: “El juez de tutela está facultado para emitir fallos extra y ultra petita, cuando de la situación fáctica de la demanda puede evidenciar la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada por el peticionario”.

tratamiento integral en el fallo de tutela del día 25 de junio del año inmediatamente anterior, por parte del Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad.

Además de lo anterior, en el caso bajo estudio, claro emerge que, a la fecha no se encuentra claramente establecido qué tipo de marcapaso es el que requiere el señor López Jiménez, razón por la que, ordenar un tratamiento integral derivado del implante de un marcapaso que, como se dijo, aún no se ha determinado de qué tipo deberá ser implantado al accionante, por lo que, ordenar su tratamiento integral en esta oportunidad, no sería viable, ante la indeterminación del dispositivo que le debe ser implantado al accionante; en palabras de la Corte Constitucional¹⁰:

“El juez constitucional en estos casos debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior”.

Visto lo anterior, ante la duda en el tipo de marcapasos que debe ser implantado en la humanidad del señor Hugo Antonio López Jiménez, el Despacho debe abstenerse de dictar un tratamiento integral en su favor.

Por lo expuesto, administrando justicia, en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la Ley, **el Juzgado Primero Penal del Circuito Para Adolescentes con Función de Conocimiento de Manizales, Caldas,**

RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR los derechos fundamentales a la Salud y al Diagnóstico del señor HUGO ANTONIO LOPEZ JIMENEZ, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término perentorio de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, autorice y disponga valoración con profesional especialista en Electrofisiología, a fin que éste, determine y ordene el tipo de marcapaso que requiere el accionante, sea recubierto en oro o en otro material, de conformidad a lo argumentado dentro de esta sentencia.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme lo considerado en precedencia.

CUARTO. DAR cumplimiento al artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991, notificando este fallo a las partes intervinientes por el medio más eficaz, haciéndoles saber que la misma es susceptible de impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de este fallo.

QUINTO. REMITIR este expediente a la Honorable Corte Constitucional, para una eventual revisión de la sentencia, en caso de que no sea impugnada, conforme lo dispone el inciso 2 del artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



OLMEDO OJEDA BURBANO
JUEZ

¹⁰ Sentencia T – 259 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

ACCIÓN DE TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Providencia: Sentencia No. 053
17-001-31-18-001-2020-00077-00
Manizales, Caldas, seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2.020)

Accionante:

Hugo Antonio López Jiménez
C.C. 10.233.381
lopezjimenez.hugo1957@gmail.com
Teléfono: 314-797-0771
Manizales - Caldas

Accionada:

Nueva E.P.S.
secretaria.general@nuevaeps.com.co
Carrera 23 C No. 63 – 37
Manizales – Caldas

Vinculados

IPS Clínica Avidanti S.A.S.
oficinajuridicacam@avidanti.com
aprendizjuridicacam@avidanti.com
Manizales

Dirección Territorial de Salud de Caldas – D.T.S.C.
notificacionesjudiciales@saluddecaldas.gov.co
Manizales - Caldas

Firmado Por:

SEGUNDO OLMEDO OJEDA BURBANO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE
CONOCIMIENTO

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:

22d7517545e5d820121706c7c751ca595d30fc947f622540ff33dd817c5efcbc

Documento generado en 06/11/2020 03:52:40 p.m.

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