REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIONES MIXTAS

Piedecuesta, once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A S U N T O

Procede el Despacho a proferir el correspondiente fallo dentro de la acción constitucional de tutela instaurada por **WILLIAM ALONSO CAÑAS GUEVARA,** actuando en nombre propio, contra **EPS FAMISANAR SAS**, disponiéndose la vinculación de oficio de ADRES y UROMEDICA LTDA con el objeto de obtener el amparo judicial de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

1.1. Hechos de la tutela.

El accionante expuso como sustento fáctico de la solicitud de amparo, con relevancia para el estudio del presente asunto, lo siguiente:

Que a principio del mes de enero del 2023 presentó dolor y obstrucción en la orina al momento de la micción, así que fue a consulta externa en la IPS Familiar, por lo cual, lo remitieron al especialista urólogo el día 27 de febrero de 2023.

Indicó que en esa oportunidad el médico especialista tratante le envió los siguientes exámenes; plan Urocultivo para cistoscopia (ANTIBIOGRAMA AUTOMATICO) y uroflujometria (UFM), ordenando así el PROCEDIMIENTO QUIRURGICO CISTOSCOPIA TRANSURETRAL.

Que el 10 de mayo del 2023, tuvo consulta en UROMEDICA LTDA, en la cual se le realizó una Cistoscopia flexible por medicina especializada, en donde se le dió un diagnóstico de HIPERPLASIA DE LA PROSTATA y se le ordenó el procedimiento de ADENOMECTOMIA O PROSTATECTOMIA TRANSVESICAL, CISTOSTOMIA VIA ABIERTA.

Que el 17 de junio del 2023 se le programó la cirugía de ADENOMECTOMIA O PROSTATECTOMIA TRANSVASICAL+CISTOSTOMIA VIA ABIERTA, y el 21 de

junio siguiente, después de terminar el programa de antibióticos, le dieron salida de la clínica con sonda URETRAL PERMEABLE HEMATURIA SIN COAGULOS y se retiró sonda de CISTOSTOMIA Y DREN DE JASON PRASS SONDA URETRAL PERMEABLE MINIMA HEMATURIA, DE ALTA CON SONDA URETRAL, con cita de control el día junio 30 de 2023.

Refirió que el 24 de junio de esta anualidad, acudió a la clínica Chicamocha de emergencia, dado que presentaba obstrucción y drenaje de paredes de la sonda Uretral y sensación de contracciones en el hipogastrio, por lo cual le dieron de alta sin sonda uretral ni medicamentos de control en casa.

Señaló que el 30 de junio del 2023 nuevamente se le presentó una urgencia y recurrió por segunda vez a la clínica Chicamocha, dado que se le presentó una obstrucción urinaria por lo cual el Dr. Sandoval Ojeda, Urólogo lo evaluóy le indicó que presentó retención urinaria, globo vesical, con imposibilidad para paso de sonda uretral con posterior trauma uretral y uretrorragia, por lo cual se decide manejo quirúrgico, en pop inmediato de cistoscopia transuretral sin complicaciones, se deja sonda uretral.

Que el el día 07 de julio del 2023 acudió a la cita de control por Urología con el Dr. Fabio González en la cual se le retiró la sonda y se dan algunas recomendaciones y plan de seguimiento de Cita de control en 20 días o un mes con los exámenes creatinina en suero u otros fluidos, hemograma IV, uroanálisis, urocultivo los cuales ya se realizó.

1.2. Pretensión.

Solicitó se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y la integridad física, y en consecuencia se ordene a FAMISANAR que autorice la cita con el médico especialista UROLOGO como requisito previo al procedimiento quirúrgico y una vez se le realice la cirugía, se garantice y se proporcione un Pos-operatorio integral, con respecto a los medicamentos, control, exámenes, pañales para la incontinencia y todo lo que tenga relación con el proceso de recuperación exitosa de la cirugía.

1.3. Admisión y trámite.

El asunto constitucional fue avocado en auto del 27 de septiembre del 2023, proveído en el que se dispuso la notificación de la accionada y la vinculación de oficio al **ADRES y UROMEDICA LTDA,** disponiéndose correr traslado del libelo tutelar con el fin que la entidad accionada se pronunciara sobre los hechos y pretensiones, y ejerciera su derecho de defensa y contradicción y darle el trámite previsto en el decreto 2591 de 1991.

1.4. Manifestaciones de la accionada.

- **ADRES**

Solicitó NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con esa entidad, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

Adicionalmente, se niegue cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación.

- **UROMEDICA LTDA.**

Informó que, frente a las pretensiones, se le asignó cita al acciónate de consulta de urología programada el día 4 de octubre del año 2023 a las 10:20 am con el Dr. Fabio González en la institución UROMEDICA LTDA.

En virtud de lo anterior, solicita se ordene la desvinculación de la entidad del presente trámite de tutela.

- **FAMISANAR S.A.S**

Informó que esa entidad ha venido asegurando los servicios médicos del usuario, y se le han garantizado los servicios médicos que ha requerido, así como se ha hecho entrega de los medicamentos e insumos requeridos en salud.

Así mismo, señaló que no es dable conceder un TRATAMIENTO INTEGRAL, el cual obedece a HECHOS FUTUROS E INICIERTOS que podrían no ser servicios en salud.

Que las citas de control ya estaban autorizadas y sólo resta que el usuario solicitara su cita con CLINICA CHICAMOCHA.

Aseguró que desde la EPS han solicitado a la IPS asignar de forma prioritaria fecha de valoración y que en cuanto cuenten con el día y hora, lo informarán al despacho.

Finalmente, solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela en razón a la ausencia de vulneración o amenaza de Derecho Fundamental alguno por parte de FAMISANAR, y de manera subsidiaria, en el caso de conceder el amparo, se determinen expresamente en la parte resolutiva de la sentencia las prestaciones en salud cobijadas por el fallo, así como la patología respecto de la cual se otorga el amparo.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Constitución de 1.991, en su artículo 86, consagró el derecho de toda persona a ejercer la acción de tutela ante los Jueces de la República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para pedir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando considere que los mismos se encuentran vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en algunos casos especiales.

No obstante, no basta con que el accionante alegue la violación de un derecho Constitucional fundamental para que proceda su protección por vía de tutela, pues esta acción de orden constitucional tiene un carácter subsidiario al que solo se puede acudir cuando no exista otro medio judicial eficaz al que se pueda acudir para la defensa de los intereses de quien demanda.

Este aspecto ha sido abordado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Esta Corporación ha manifestado, que la acción de tutela como mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, procede solo en los casos que señale la ley, y no es suficiente que se alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para que se legitime automáticamente su procedencia, pues la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes.

Así mismo, ha señalado que la acción de tutela sólo procede en situaciones en las que no existe otro mecanismo de defensa judicial apto para proteger un derecho fundamental amenazado o vulnerado, o cuando existiendo no resulte

eficaz, al punto de estar la persona que alega la vulneración o amenaza, frente a un perjuicio irremediable"[1].

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA. Sentencia T-581/09 Corte Constitucional.

El derecho a la vida humana está establecido desde el preámbulo mismo de la Constitución, como un valor superior que debe ser asegurado y protegido por el Estado, tanto por las autoridades públicas como por los particulares.

La Corte en varias de sus sentencias ha reiterado, que las entidades intervinientes en la prestación del servicio de salud deben aplicar el derecho a la seguridad social, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establece la ley y el artículo 365 de la Constitución, que señala como características de los servicios públicos ser un servicio inherente a la finalidad social del Estado y que como tal, tiene el deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

De igual manera, esta Corporación ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral de "existencia digna" conforme a lo dispuesto en el artículo 1° Superior, que establece como principio fundamental "el respeto de la dignidad humana."

Ahora bien, inicialmente esta Corporación en varios pronunciamientos explicó que el derecho a la salud es de carácter prestacional, pero que podría llegar a ser protegido por la acción de tutela cuando se diera su conexidad con un derecho fundamental.

Posteriormente, la Corte matizó esta posición y en varias providencias reconoció el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud. Para el caso por ejemplo, de las personas de la tercera edad, de los niños o en situaciones en los que la Ley hubiere definido el derecho.

En la Sentencia T-760 del treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008), la Corte Constitucional analizó las distintas posiciones jurisprudenciales desarrolladas para la protección del derecho a la salud, entre ellas la conexidad y planteó que ésta ya no debía utilizarse, porque el derecho a la salud es de aplicación autónoma, partiendo de la base que hay unas normas específicas que lo desarrollan y por tanto se hace exigible como fundamental.

Se explica que un derecho no es fundamental por estar o no en un capítulo específico de la Constitución, pues el artículo 94 establece que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto. En esas condiciones no pueden negarse como derechos aquellos que 'siendo inherentes a la persona humana', no estén enunciados en la Carta.

En ese contexto, la Corte aborda el tema de la fundamentalidad del derecho al servicio de salud y la obligación del Estado de implementar una política de salud progresiva acorde con las necesidades y los avances de la medicina.

Sobre el punto se dijo lo siguiente:

---

[1] [1] Corte Constitucional. Sentencia T-951 del 9 de septiembre de 2005. M.P. HUMBERTO SIERRA PORTO.

"(...) Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–).

"(…) Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos.

"(…) 3.3.7. Ahora bien, la Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.

"(…) 3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia "el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse.

"(…) 3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, "lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante 'no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan'.

"(…) En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas."

De lo anterior se desprende que el derecho a la salud es fundamental desde una perspectiva prestacional, el cual implica *i)* la existencia de una ley que lo desarrolle; es decir el Plan Obligatorio de Salud junto con las normas reglamentarias y *ii)* la obligación del Estado de tener una política que implique cubrir paulatinamente cada necesidad que se

presente en la ejecución del servicio de salud. Entonces cuando se presenta una deficiencia por parte del Estado para garantizar progresivamente el cubrimiento de las distintas enfermedades o patologías que una persona llegare a necesitar, se hará procedente la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la salud.

CASO EN CONCRETO

En el presente asunto solicitó el accionante se amparen sus derechos fundamentales a la vida, salud, a la seguridad social y a la integridad física y en consecuencia ordene a FAMISANAR EPS que le asigne y se le haga efectiva cita con el con el médico especialista UROLOGO, así mismo se ordene una atención integral post-operatorio y que se impongan sanciones a la que haya lugar por negligencia.

Ante el panorama expuesto, es menester analizar, en primer lugar, si en el caso bajo estudio se reúnen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela; si ello es así, se entrará a determinar si la aludida vulneración se configura o no.

Frente al cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción en casos como el presente se tiene acreditada la legitimación en la causa por activa y por pasiva, dado que, el actor acude a este mecanismo constitucional en nombre propio y es la entidad accionada (FAMISANAR EPS) quien se encuentra a cargo de la prestación de sus servicios de salud en atención a la afiliación dada a través del régimen contributivo. Ahora, frente al requisito de inmediatez este despacho considera que la afectación en la salud del accionante es actual, por lo que la presentación de esta acción resulta prudencial.

Finalmente, no existe otro mecanismo jurídico que le ofrezca al actor una solución eficaz y pronta al problema que presenta para acceder a la prestación del servicio médico requerido, prestación que fue ordenada por el medio tratante como previo requisito para su operación.

Por lo expuesto en precedencia, encuentra el Despacho que en el caso *sub examine* se hallan presentes las exigencias consagradas en el artículo 86 de la Constitución Política para que proceda el estudio de fondo de la acción de tutela.

Ahora bien, al analizar el presente caso, se encuentra que en virtud de la respuesta ofrecida por los accionados, se constata que se le fue asignada cita al accionante WILLIAM CAÑAS con el especialista del área de urología para el día 4 de octubre a las 10:20 am; de igual manera, en informe allegado en el trascurso de la presente acción, el mismo accionante confirmó que efectivamente si se realizó la cita con el galeno, y que en consecuencia de la evaluación realizada en dicha cita, se le ordenó someterse a un nuevo examen denominado CISTOSCOPIA

URETRAL, tal y como se puede apreciar en la orden medica emitida por el Dr. Fabio Gonzalez que fue anexada junto al informe.

Así las cosas, se exige estudiar la viabilidad de declarar la carencia actual de objeto por hecho superado frente a la presunta vulneración del derecho a la vida, dignidad humana y salud, para lo cual se analizará el cumplimiento de los requisitos que jurisprudencialmente se han establecido para tener por configurada tal figura.

La Corte Constitucional, en sentencia T-238 de 2017**,** determinó que deben verificarse ciertos criterios por parte del juez de tutela, así:

"1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.

2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dió origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.

3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado". (Subrayado fuera de texto).

En el asunto bajo estudio se configura la situación enlistada en el segundo de los eventos antes transcritos, pues UROMEDICA LTDA gestionó lo pertinente en el transcurso de este trámite constitucional respecto a la cita con el especialista en urología, el cual en dicha consulta determinó la necesidad de un nuevo examen denominado CISTOSCOPIA TRANSURETRAL, el cual indicó en el informe allegado a la fecha no se le ha programado.

Ahora bien, respecto a la pretensión principal de que se le agendara cita con el especialista en UROLOGIA, es claro para el Despacho que se configuró un evento de ausencia actual de objeto por hecho superado, tal como se consignará en la parte resolutiva de esta providencia.

Sin embargo, atendiendo el examen CISTOSCOPIA TRANSURETRAL que le fue ordenado en dicha valoración médica, el cual requiere el actor y es indispensable para continuar con su tratamiento médico, y que a la fecha según manifestó en la clínica Chicamocha le responde que no presta este servicio por lo que no ha sido posible su práctica, es indispensable que FAMISANAR EPS garantice dicha atención de salud para continuar con el manejo médico que le fue ordenado al actor y no suspender el mismo, pues ello conllevaría sin lugar a duda el desmejoramiento del estado de su salud.

En consecuencia, se tutelarán los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de **WILLIAM ALONSO CAÑAS** y se ordenará a

FAMISANAR EPS que, a través de LA IPS con la cual se tenga convenio, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia programe y practique el procedimiento CISTOSCOPIA TRANSURETRAL según lo ordenado por el médico tratante.

Finalmente, frente al tratamiento integral, esta pretensión será denegada en esta oportunidad como quiera que debe verificarse la negligencia de la entidad prestadora del servicio de salud en el cumplimiento de sus deberes y constatar que se trate de un sujeto de especial protección constitucional y/o que exhiba condiciones de salud "extremadamente precarias" tal y como lo ha establecido la corte constitucional en reiterada jurisprudencia, y aunque en el presente caso se cumple con el primero de ellos, no sucede lo mismo con el segundo requisito como quiera que el accionante no es un sujeto de especial protección constitucional que requiera una protección reforzada por parte del Estado como tampoco se encuentra en condiciones de salud extremadamente precarias, y así se consignara en la parte resolutiva de este proveído.

Finalmente se ordenará desvincular del presente tramite a UROMEDICA Y ADRES, por no avizorarse responsabilidad en su contra.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS DE PIEDECUESTA, SANTANDER,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO frente al amparo de los derechos fundamentales invocados por **WILLIAN ALONSO CAÑAS,** identificado con la CC 16.494.363 de Buenaventura contra FAMISANAR EPS, vinculando de oficio al ADRES Y UROMEDICA LTDA, respecto a la realización de la cita médica con el médico especialista en urología por las razones anotadas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos a la salud, seguridad social, vida y dignidad humana de **WILLIAN ALONSO CAÑAS** identificado con la CC 16.494.363 de Buenaventura, por las razones consignadas en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S que, a través de LA IPS con la cual se tenga convenio, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, programe y practique a **WILLIAN ALONSO CAÑAS,** identificado con la CC 16.494.363 de Buenaventura el procedimiento CISTOSCOPIA TRANSURETRAL, según lo ordenado por el médico tratante.

CUARTO: **NEGAR** el tratamiento integral por lo expuesto anteriormente.

QUINTO: DESVINCULAR del presente trámite constitucional a la ADRES Y UROMEDICA LTDA por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el Artículo 30 del decreto 2591 de 1991, el cual podrá ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia.

SEPTIMO: ENVIAR el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CARLOS ENRIQUE SUAREZ DELGADO.
JUEZ.