



REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS

Piedecuesta, quince (15) de septiembre del dos mil veintitrés (2023).

Concluido como está el trámite de la presente acción de tutela, se procede a proferir la decisión que en primera instancia corresponda.

1. LA ACCION DE TUTELA

El señor **FRANCISCO JAVIER MONTAÑEZ BUITRAGO**, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra **LA FUNDACION AVANZAR FOS Y U.T RED INTEGRADA CUB FOSCAL**, con vinculación de oficio de **LA FIDUPREVISORA**, con el objeto de obtener el amparo judicial de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

1.1. Hechos de la tutela.

Expuso el actor, como sustento fáctico de la solicitud de amparo, con relevancia para el estudio del presente asunto, que se encuentra actualmente afiliado a LA FUNDACION MEDICO AVANZAR / U.T RED INTEGRADA CUB FOSCAL en calidad de cotizante y que mediante formula médica del 6 de junio de 2023, suscrita por el médico tratante DR CARLOS CASTILLO, DRA LINA RUBIANO Y DR SAÚL BARRERA, se ordenó el servicio médico de 1) Procedimiento (Orden médica #670500-11-001) #770501 Secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta y (2) procedimiento (orden médica #670500-11-001) #849501 Cirugía reconstructiva múltiple, que hacen parte del Plan de Beneficios en Salud.

Indicó que el mismo 6 de junio del 2023 la orden médica fue radicada para su autorización por parte de la EPS y el 8 de julio de esta anualidad fue radicado derecho de petición en atención al usuario de la entidad.



Señaló que el 9 de julio del 2023, recibió correo de siau@utredintegradafoscal-cub.com del día 2023-08-09 con Nro UTRED-2023- 08-19430, correspondiente al detalle causal: Inoportunidad en la programación de cirugía hospitalaria y no ha recibido respuesta.

1.2. Pretensión.

Solicitó el accionante se tutele su derecho fundamental a la SALUD y se ordene a AVANZAR MÉDICO E.P.S / U.T. RED INTEGRADA FOSCAL que autoricen el servicio médico de: "(1) Procedimiento (Orden médica #670500-11-001) #770501 Secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta y (2) procedimiento (orden médica #670500-11-001) #849501 Cirugía reconstructiva múltiple" de conformidad con las órdenes del médico tratante.

1.3. Admisión y trámite.

El asunto constitucional fue avocado en auto del 01 de septiembre del 2023, proveído en el que se dispuso la notificación de la accionada, vinculándose de oficio a LA FIDUPREVISORA y, disponiéndose correr traslado del libelo tutelar con el fin que las autoridades accionadas se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones, y ejercieran su derecho de defensa y contradicción, disponiéndose de este modo darle el trámite previsto en el decreto 2591 de 1991.

1.4. Manifestaciones de la accionada.

➤ FIDUPREVISORA

Indicó que el estado de afiliación del accionante es activo en calidad de cotizante en el Régimen de Excepción de asistencia en salud y registra vinculado a UNIÓN TEMPORAL FOSCAL CUB.

Señaló que esa entidad actúa como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y surtió la obligación contractual que le corresponde, que es la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud para los docentes.



Afirmó que solicitará a la UNIÓN TEMPORAL FOSCAL CUB, a través de los canales destinados para tal fin, que verifique los servicios médicos del accionante a fin de que no se vulneren sus derechos.

Finalmente, señaló que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva para prestar servicios de salud, pues este es un ente sin personería jurídica, responsable de recolectar los aportes para salud, pensión, cesantías y demás prestaciones económicas a que tiene derecho el afiliado al FOMAG, como lo es el docente nombrado por el MEN.

Por lo anterior, solicitó su desvinculación de la presente acción, en tanto no se le puede atribuir ninguna conducta concreta, activa u omisiva que pueda concluir con la supuesta afectación de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, y a la vida del paciente, y se requiera a UNIÓN TEMPORAL FOSCAL CUB., quien es el legitimado para garantizar el servicio de salud y todo lo que de este servicio se derive.

➤ **U.T RED INTEGRADA CUB FOSCAL, CLINICA FOSCAL, DR, MILTON**

Debidamente notificadas guardaron silencio sobre los hechos de la presente acción.

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.

ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL

El derecho fundamental a la salud. Reiteración jurisprudencial¹

3.1. En la Constitución Política de 1991, el derecho a la salud ocupa un lugar de gran relevancia al ser punto de referencia en varias disposiciones normativas. Así en el artículo 44, se le menciona como parte del derecho fundamental de los niños; en el artículo 48, se le hace alusión dentro de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; o en el artículo 49, cuando se indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud.

¹ Sentencia T-117/19



3.2. Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el SGSSS y reguló el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios. En la búsqueda de éste objetivo, la Ley 1122 de 2007¹ y la Ley 1438 de 2011 han efectuado ajustes “encaminados a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud y del mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios. Actualmente la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, no deja dudas del rango fundamental del derecho a la salud y continúa con la optimización de dichos cambios estructurales”.

3.3. Respecto de la salvaguarda del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional en diferentes momentos ha cumplido con el deber de garantizarlo; para sus inicios (años 1992 y 2003) se utilizaba la figura de la conexidad a un derecho fundamental (vida, dignidad humana, integridad física, etc.) en pro de que prosperara la protección a través de la acción de tutela, ya que por la ubicación dentro del texto de la Carta Política se le dio a la salud una connotación prestacional al encontrarse en el capítulo de los derechos económicos sociales y culturales (DESC).

3.4. Con posterioridad, el derecho a la salud fue adquiriendo una identidad propia cuando se estaba en presencia de un riesgo en la población vulnerable, identificada con el status de sujetos de especial protección constitucional. Tal era el caso de los menores de edad, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad, los enfermos del VIH, entre otros.

En relación con la protección de los derechos de los menores de edad, la sentencia T-282 de 2008 se pronunció de la siguiente manera:

“Los menores son sujetos de especial protección constitucional por expreso mandato constitucional. Debido a que tal condición implica el reconocimiento de su situación de extrema vulnerabilidad, el Estado tiene la obligación de brindarles protección y asistencia, así como de garantizar de manera reforzada las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de todos sus derechos”.

En tanto, que en el caso de los adultos mayores, la sentencia T-111 de 2003 estableció que:

“La protección de las personas de la tercera edad tiene un carácter reforzado dentro del Estado social de derecho. Uno de los ámbitos en el cual se manifiesta este tratamiento preferencial es en la salud.

Es tal la vulnerabilidad y desprotección de este grupo poblacional que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia de **esta Corporación ha llegado a considerar la salud de las personas de la tercera edad como derecho fundamental autónomo**” (n.f.d.t.).

3.5. Con posterioridad, los primeros antecedentes del carácter autónomo del derecho a la salud, se dieron con la sentencia T-307 de 2006, cuando se protegió el derecho a la salud de un menor de edad con una deformidad en sus orejas, enfermedad que afectaba su esfera psíquica; postura que tomo una mayor fuerza con la sentencia T-760 de 2008, la cual hizo evidente graves falencias dentro del sistema de salud, por lo cual profirió una serie de órdenes a diferentes entidades, en aras de brindar una real y efectiva protección de todos los usuarios.

Existe un aspecto a tener en cuenta de la providencia hito, por cuanto se abordó el estudio del derecho fundamental a partir de una definición amplia, entendiendo la salud como:

“Un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. La ‘salud’, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ‘ausencia de afecciones y enfermedades’ en una persona. (...) Es



‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona”.

3.6. No obstante, hoy la salud al ser un derecho fundamental plenamente autónomo, todavía conserva un vínculo cercano con el derecho a la dignidad humana y con el de otros derechos de índole constitucional; en este sentido, la sentencia T-014 de 2017 expresó:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del PBS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud”.

3.7. Por último, vista la autonomía del derecho a la salud con la actual legislación, artículo 2º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el cual fue estudiado previamente en sede de constitucionalidad en la sentencia C-313 de 2014 se tiene que:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

3.8. En consecuencia, es innegable la protección reforzada que debe brindar el Estado a los adultos mayores y a los menores de edad, que como población en circunstancias de debilidad manifiesta merecen todas las garantías constitucionales; puesto que en ellos, el derecho a la salud reviste una mayor importancia, por la misma situación de indefensión en las que se encuentran.

3.8.1. En jurisprudencia reciente, frente a la protección de los adultos mayores, la Corte Constitucional afirmó que:

“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”.

CASO EN CONCRETO

El señor FRANCISCO JAVIER MONTAÑEZ BUITRAGO acude a este mecanismo constitucional con el fin de que se tutele su derecho fundamental a la SALUD y se ordene a AVANZAR MÉDICO E.P.S/ U.T. RED INTEGRADA FOSCAL CUB, que se autorice el servicio médico de: "(1) Procedimiento (Orden médica #670500-11-001) #770501 Secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta y (2) procedimiento (orden médica #670500-11-001) #849501 Cirugía reconstructiva múltiple" de conformidad con las órdenes del médico tratante.



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; la acción fue interpuesta en un término prudencial, atendiendo a que los servicios médicos requeridos se tratan de prestaciones de salud periódicas y en consecuencia, puede interponerla en cualquier momento en que sea negada o retardada la prestación del servicio.

Finalmente, no existe otro mecanismo jurídico que le ofrezca al accionante una solución eficaz y pronta al problema que presenta para acceder a los servicios de salud solicitados.

Según pruebas que fueron aportadas al escrito de tutela, se extrae que el señor FRANCISCO JAVIER MONTAÑEZ BUITRAGO recibe los servicios de salud del magisterio, por lo cual se encuentra afiliado a la FUNDACION AVANZAR FOS/ U.T. RED INTEGRADA FOSCAL, y así mismo, que sufrió fractura de fémur, tibia y peroné izquierdo al caer de una motocicleta, por lo cual le fue ordenado por la junta de medicina especializada de ortopedia el procedimiento secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta y procedimiento de cirugía reconstructiva múltiple para su recuperación.

Frente a lo solicitado, la FUDUPREVISORA alegó falta de legitimación en la cusa por pasiva, mientras que las aquí accionadas guardaron silencio sobre los hechos de la presente acción de tutela, razón por la cual se dará aplicación a la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991, dando por ciertos los hechos de esta acción y resolviendo de plano sobre lo solicitado.

En ese orden de ideas, es evidente la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana del señor FRANCISCO JAVIER MONTAÑEZ BUITRAGO por parte de la U.T. RED INTEGRADA FOSCAL - CUB / SEDE FUNDACIÓN AVANZAR FOS, ya que requiere los procedimientos que le fueron ordenados conforme a los criterios de los galenos tratantes en la junta de medicina especializada ortopedia traducidas en las ordenes medicas #670500-11-001 y #670500-11-001 las cuales no se la han autorizado a pesar de que fue radicada su solicitud y sin que se haya dado respuesta oportuna.

Por lo que, se ordenará a la **UNION TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB**, a través de la **FUNDACION AVANZAR FOS** prestadora de los servicios de salud contratados por FIDUPREVISORA S.A., a través de su representante legal,



que dentro del término de los dos (2) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a autorizar que se lleven a cabo los procedimientos de 1) Secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta y 2) Cirugía reconstructiva múltiple", sin dilación alguna, de conformidad con las órdenes del médico tratante del señor FRANCISCO JAVIER MONTAÑEZ BUITRAGO.

Finalmente, se ordenará la desvinculación de FIDUPREVISORA por no avizorarse responsabilidad en su contra.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales invocados por **FRANCISCO JAVIER MONTAÑEZ BUITRAGO**, identificado con la cédula de ciudadanía 91'349.451 de Piedecuesta, por las razones anotadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la **UNION TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB**, a través de la **FUNDACION AVANZAR FOS** prestadora de los servicios de salud contratados por FIDUPREVISORA S.A., a través de su representante legal, que dentro del término de los dos (2) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a autorizar que se lleven a cabo al señor **FRANCISCO JAVIER MONTAÑEZ BUITRAGO** identificado con la C.C No. 91'349.451 de Piedecuesta los procedimientos de 1) Secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta y 2) Cirugía reconstructiva múltiple", sin dilación alguna, de conformidad con las órdenes del médico tratante y conforme fue explicado en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: 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.

CUARTO: DESVINCULAR del presente trámite constitucional a la FIDUPREVISORA conforme fue explicado anteriormente.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

ACCIÓN DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA
RAD. 685474046002-**2023-0117**
ACCIONANTE: FRANCISCO JAVIER MONTAÑEZ BUITRAGO
ACCIONADA: FUNDACION AVANZAR FOS, UT RED INTEGRADA CUB
FOSCAL y vinculado de oficio FIDUPREVISORA.

QUINTO: ADVERTIR que el incumplimiento de lo aquí ordenado acarreará la iniciación de los procedimientos sancionatorios de desacato, conforme los lineamientos contenidos en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: 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.