



REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS.

Piedecuesta (S), ocho (8) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

1. ASUNTO.

Se resuelve la acción Constitucional de tutela formulada por la ciudadana **NOHEMI ACEVEDO QUINTERO**, actuando en nombre propio, contra la **EPS FAMISANAR**, con vinculación oficiosa de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES y a la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de obtener el amparo judicial de sus derechos fundamentales a la SALUD, VIDA Y DIGNIDAD HUMANA según los siguientes:

1.1. Hechos de la tutela.

Expuso la actora como sustento fáctico de la solicitud de amparo, con relevancia para el estudio del presente asunto, que el 31 de agosto de 2023 le fue realizada una histerectomía en la Clínica Bucaramanga y que días después empezó a presentar síntomas de una fistula, la cual fue confirmada en junta médica el 15 de enero de 2024. En consecuencia, le ordenaron la realización de un cierre de fistula uretrovaginal o vesico vaginal vía laparoscópica.

Destacó que el mismo 15 de enero de 2024 empezó a gestionar la autorización del procedimiento quirúrgico que necesita para tratar la fístula, sin embargo, la respuesta que obtuvo por parte la de EPS fue negativa bajo el argumento de que *“aún no había convenio con institución médica alguna para la realización del procedimiento”*

Posteriormente, el 23 de enero y 9 de febrero del presente año, la actora volvió a solicitar la autorización de dicho procedimiento y obtuvo la misma respuesta



que al principio, con el agregado que se le indicó que *“no se tiene certeza para que fecha se realizará dicho proceso contractual”*.

Por lo anterior, señaló que el mismo 9 de febrero de 2024 presentó queja a ante la Superintendencia Nacional de Salud SUPERSALUD, sin que haya recibido respuesta alguna.

Aseguró que desde que comenzaron los síntomas de la fístula, ha experimentado un deterioro emocional y físico significativo. Los síntomas incluyen gases constantes, infecciones urinarias frecuentes, flujo de orina incómodo con olor y apariencia desagradables, y dolor constante. Estos problemas han limitado su capacidad para realizar actividades diarias y han afectado su capacidad para trabajar como comerciante independiente, sintiéndose frustrada y afectada tanto emocional como económicamente por esta situación.

1.2. Pretensión.

Por los anteriores hechos, la accionante solicitó que se le protejan los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la dignidad humana, y en consecuencia se ordene FAMISANAR EPS, que autorice el procedimiento quirúrgico de “UN CIERRE DE FISTULA URETROVAGINAL O VESICO VAGINAL VIA LAPAROSCÓPICA” y la correspondiente cita médica con el especialista en anestesiología.

1.3. Admisión y trámite.

El asunto constitucional fue avocado en auto del 23 de febrero del 2024, disponiéndose la notificación de la accionada, y la vinculación oficiosa de la ADRES y a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, disponiéndose correr traslado del libelo tutelar con el fin que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones en ejercicio de su derecho de defensa y contradicción.

1.4. Manifestaciones de la accionada y vinculadas.

➤ FAMISANAR EPS.



Informaron que se encuentran solicitado a la IPS CHICAMOCHA la cotización de la realización de los procedimientos ordenados, para que en conjunto con la IPS UROMEDICA los lleven a cabo.

Asimismo, indicaron que, en cuanto se realice dicho paso, se emitirán las autorizaciones y se dará fecha de la realización de la cirugía en cuestión.

Por lo anterior, solicitó que este despacho valore las gestiones que se están dando y se sirva declarar improcedente la presente acción, por inexistencia de violación o puesta en peligro de los Derechos Fundamentales de la accionante.

➤ **La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.**

Señaló que se debe declarar la falta de legitimación por pasiva con relación a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, 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 de la actora.

Asimismo, indicó que la ADRES ya giró a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo para que suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos, cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

En ese sentido solicitó que, se desvincule a esta entidad del presente trámite, se niegue cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS y se module las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

➤ **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.**



Informó que, la EPS está en la obligación de procurar prestarle el servicio al afiliado en forma razonable, oportuna y eficiente, sin ninguna demora o dilación injustificada, que ponga en riesgo inminente sus derechos fundamentales.

Asimismo, indicó que esta Subdirección Técnica de Defensa Jurídica, dio traslado por competencia de la PQR a la Dirección de Inspección y Vigilancia Para la Protección Al Usuario, con el fin de que se adelanten las acciones de inspección y vigilancia a las que haya lugar.

Finalmente, solicitó se declare la inexistencia de nexo causal entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales incoados por la parte accionante y la Superintendencia Nacional de Salud, y se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y la desvinculación de la misma, en consideración a que a la entidad competente para realizar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto es la Entidad Administradora del Plan de Beneficios en Salud (EAPB).

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.

2.1 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

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 1º 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:

“(…) 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.



Así mismo, mediante Sentencia T-361/14, se expuso que: *“Existe una garantía para acceder a los servicios de salud, los cuales se deben prestar libres de obstáculos burocráticos y administrativos. De esa forma, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta e impide su efectiva recuperación física y emocional. Es decir, los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas”.*

3. CASO EN CONCRETO.

En el presente asunto deprecó la accionante que se le protejan los derechos fundamentales a la salud, la vida, la dignidad humana, y en consecuencia se ordene a la EPS FAMISANAR que autorice el procedimiento quirúrgico de “CIERRE DE FISTULA URETROVAGINAL O VESICO VAGINAL VIA LAPAROSCÓPICA” y la correspondiente cita médica con el especialista en anestesiología.

Frente al cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela en casos como el presente se tiene acreditada la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva, dado que la misma actora quien acudió a este medio constitucional en procura de salvaguardar sus propios derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados por la accionada EPS FAMISANAR quien tiene a su cargo prestar los servicios de salud a la accionante en virtud de la afiliación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo.

Respecto al requisito de inmediatez, se tiene que 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 formularla en cualquier momento.

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



Superado lo anterior, y ante el panorama expuesto, se denota que la actora es una mujer de 56 años a quien el médico José Luis Gaona Morales, perteneciente a UROMEDICA LTDA, le prescribió someterse a una cirugía de "CIERRE DE FÍSTULA URETROVAGINAL O VESICOVAGINAL VÍA LAPAROSCÓPICA" el 15 de enero de 2024, bajo la orden externa de procedimiento quirúrgico No. 253716.

Además de lo anterior, la actora mencionó en su escrito de tutela que en varias oportunidades le ha requerido a la EPS FAMISANAR que le autorice y le agende cita para realizarse tal procedimiento a lo cual esta le indicaron que *“La entidad FAMISANAR EPS tiene pendiente contratar con entidad alguna para la realización de su procedimiento, y no se tiene certeza para que fecha se realizará dicho proceso contractual”*

Al respecto, en el ejercicio de defensa y contradicción del presente trámite, la EPS FAMISANAR argumentó que están solicitando a la IPS CHICAMOCHA le alleguen cotización para la realización de dicho procedimiento ordenado.

Esta instancia judicial considera que la respuesta proporcionada por la EPS no ofrece una solución pronta y eficaz al problema que enfrenta la demandante para obtener la autorización de dicha cirugía ya prescrita, lo que a su vez impide su acceso al servicio de salud de manera oportuna.

Sobre el tema, la Corte Constitucional ha precisado que *“el acceso a los servicios médicos está sujeto a un criterio de necesidad y el único con los conocimientos científicos indispensables para establecer la necesidad de un servicio de esta naturaleza es, sin duda alguna, el médico tratante”*¹, por lo cual, reitera la posición jurisprudencial constitucional en cuanto a que una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, vulnera sus derechos si se niega a suministrar lo prescrito por el médico tratante, sin fundamentarse en una razón científica clara, expresa y debidamente sustentada².

Sumado a lo anterior, esta garantía de acceder a los servicios de salud *“se deben prestar libres de obstáculos burocráticos y administrativos.”*³ Así pues,

¹ Sentencia T-427/05. CORTE CONSTITUCIONAL.

² Sentencia T-651/14. CORTE CONSTITUCIONAL.

³ Sentencia T-361/14. CORTE CONSTITUCIONAL.



cuando una EPS demora irrazonablemente un tratamiento médico o el mismo acceso al servicio de salud al cual la persona tiene derecho, viola directamente el derecho a la salud de esta e impide su efectiva recuperación física y emocional.

La respuesta ofrecida por la EPS FAMISANAR como ya se mencionó, no supone una demora justificada, aún más cuando a esta EPS ya le han girado los presupuestos máximos para que esta suministre el servicio de salud de forma adecuada y eficiente, e incluso los servicios no incluidos con cargo en los recursos de la UPC en virtud de la ley 1955 de 2019 y la Resolución 205 de 2020, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Por lo anterior expuesto, este despacho judicial tutelaré los derechos fundamentales a la salud, la vida, y la dignidad humana solicitados, y en consecuencia se ordenará a la EPS FAMISANAR en primer lugar, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia autorice cita con el especialista en anestesiología, y seguidamente a partir de dicha valoración autorice y programe a brevedad la cirugía de “*cierre de fistula uretrovaginal o vesico vaginal via laparoscópica*” a la ciudadana NOHEMI ACEVEDO QUINTERO, sin dilaciones administrativas.

Lo anterior como quiera que es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los principios de oportunidad y protección integral en la prestación del servicio de salud, los que se encuentran consagrados en el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 1011 de 2006 y en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, así como lo preceptuado en el artículo 49 Superior, en donde la atención en salud es un servicio público, y que el Estado debe garantizar a las personas, el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud.

Asimismo, se desvinculará a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, 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: TUTELAR los derechos a la salud, la vida, dignidad humana de la ciudadana NOHEMI ACEVEDO QUINTERO, identifica con la cédula de ciudadanía 27.992.984 por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS FAMISANAR que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia autorice se programe cita con la especialidad en anestesiología, y seguidamente a partir de dicha valoración autorice y programe a brevedad la cirugía de “*cierre de fistula uretrovaginal o vesico vaginal via laparoscópica*” a la ciudadana NOHEMI ACEVEDO QUINTERO, sin dilaciones administrativas.

TERCERO: DESVINCULAR de la presente acción a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, por lo expuesto.

CUARTO: 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.

QUINTO: Si esta decisión no fuere impugnada, remítase dentro del término legal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CARLOS ENRIQUE SUAREZ DELGADO
JUEZ.