

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO DÉCIMO PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE
GARANTÍAS DE BARRANQUILLA -



Palacio De Justicia Centro Cívico P. 4°
Teléfono 3885005 Ext. 1146

Barranquilla, noviembre veintidós (22) del año dos mil veintiuno (2021)
Asunto: Fallo de Tutela Primera Instancia.
Radicado No. 08001-40-88- 2021-00137
Accionante: Juan Manuel Araujo San Juan.
Accionados: Coomeva EPS.

I. PRÓLOGO / OBJETO DE LA DECISIÓN:

1.- No advirtiéndose causal alguna que tenga la entidad suficiente para generar la invalidez o nulidad de lo actuado, procede el **JUZGADO DÉCIMO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS** a emitir el fallo de primera instancia que constitucionalmente y en derecho corresponda en la presente acción constitucional de tutela promovida por el señor **JUAN MANUEL ARAUJO SAN JUAN**, identificado con cedula de ciudadanía No 8.631. 056 de Sabanalarga – Atlántico quien actúa en nombre propio, contra COOMEVA EPS., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el de la vida, vida digna y petición.

II. HECHOS

2.- Relata el accionante (se resumen los hechos), que es cotizante de COOMEVA EPS, cuenta con 64 años y que fue diagnosticado con Artrosis en el año 2016. Señala el actor que en el año 2018, le fue ordenado procedimiento a través de su EPS COOMEVA pero este nunca fue aprobado para atender su rodilla izquierda. Que en el año 2020 el médico tratante ortopedista Dr. OSCAR PEÑA, le informa que la única solución es el trasplante de Rótula de Rodilla Izquierda. Así mismo señala que le fueron realizados todos los pre quirúrgicos manifestándole el médico internista que se encontraba apto para la cirugía de rodilla. Arguye el actor que el procedimiento médico fue programado para el día 27 o 28 de marzo sin embargo no se pudo llevar su realización por motivos de pandemia. Concluye el demandante que su calidad de vida se ha desmejorado y que su vivienda es de dos plantas lo cual le ocasiona dolores al momento de subir las mismas, que por esta razón se encuentra en una situación de estrés y con depresión, es por ello, que solicitó a la entidad a través de derecho de petición y hasta la fecha no obtiene respuesta alguna.

III. LA RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

3.1.- La accionada **COOMEVA EPS**, en sus descargos manifiesta que estamos en presencia de un Usuario de sexo masculino, 64 años de edad, actualmente en estado activo en calidad de cotizante secundario, paciente con diagnóstico de: gonartrosis. Solicita, 1: reemplazo total de rodilla izquierda con reconstrucción de componente femoral. La patología que presenta el usuario, actualmente no pone en riesgo su vida. El procedimiento solicitado se encuentra contenido en la resolución 2481 del 24 de diciembre de 2020, la cual enmarca el plan básico de salud nacional, por tanto, se considera pbs.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

.1- **CONCEPTO, NATURALEZA y FINES DE LA ACCIÓN DE TUTELA.** - La tutela es una

acción constitucional, judicial y autónoma para la protección inmediata y concreta de los **Derechos constitucionales fundamentales**¹ de las personas, que opera Únicamente en los casos en los que no exista otro medio de defensa judicial, salvo cuando se trata de la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, es la garantía constitucional del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales, a través de un recurso efectivo. Fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la constitución de 1991, en cuyo artículo 86 preceptúa que se trata de una acción constitucional y publica y, por consiguiente puede ser interpuesta por cualquier persona, en todo momento y lugar, para reclamar ante los Jueces de la Republica la protección inmediata y efectiva de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad Pública o de los particulares, en este Último evento bajo los supuestos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, y sea necesaria para evitar un perjuicio irremediable o cuando no existe otro medio de defensa administrativo o judicial que sirva para tales efectos.

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estipulo varias causales generales de improcedencia de la acción de tutela, valga decir, frente a las cuales no procede el ejercicio de esta acción, siendo la más frecuente la del numeral 1, o sea, cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales o administrativos para proteger los derechos fundamentales del accionante, como quiera que la acción constitucional de tutela es de naturaleza subsidiaria,

¹ Tradicionalmente se ha sostenido que son Derechos Fundamentales todos aquellos inherentes al ser humano y que existen antes que el Estado y están por encima de cualquier norma o ley que los reconozca o no.- En su obra “DERECHOS Y GARANTIAS. La ley del más débil.”, el recocado y destacado jurista italiano Luigi ferrajoli conceptuó (pàg. 37) que: “**DERECHOS FUNDAMENTALES** son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por **derecho subjetivo** cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por **status** la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas... Son fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar.”.- En el mismo sentido, en la sentencia T-227/03, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, la Honorable Corte Constitucional expresó: “(...) será **fundamental** todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.” En Sentencia T-989/08 la Honorable Corte Constitucional precisó lo siguiente sobre la subsidiariedad de la acción de tutela:

La jurisprudencia de la Corte, ha señalado que el respeto de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, como exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, ha sido tradicionalmente una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales, por vía excepcional. De hecho, de manera reiterada, esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, [1] que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [2].

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional. [3] De allí que quien alegue la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la normatividad para tal efecto. [4] Exigencia que se funda en el principio de subsidiariedad de la acción de tutela antedicho, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador, [5] y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes [6] en los procesos judiciales [7].

No obstante, esta Corporación también ha considerado la acción de tutela como un medio de protección directo, frente a la falta de idoneidad e ineficacia de los mecanismos ordinarios de protección, circunstancia ligada a la inminencia del perjuicio irremediable. Evento en el cual su virtud cautelar se modula para convertirse en mecanismo de protección inmediato.

De la misma manera la Corte ha sido enfática en resaltar como principios rectores del proceso de tutela, los de informalidad y de eficacia de los derechos fundamentales. Según estos principios, el juez constitucional está en la obligación de adelantar en el marco de sus competencias, todas las conductas enderezadas a garantizar la protección de los derechos fundamentales cuando los mismos han sido objeto de amenaza o vulneración.

accesoria o residual frente a otros recursos o medios de defensa judiciales o administrativos.

Sin embargo, como es sabido, existen dos excepciones a la regla según la cual la existencia de otros mecanismos alternos de defensa judicial desplaza a la acción de tutela, la primera se presenta cuando la acción de amparo se ha intentado como mecanismo transitorio para evitar el inminente perjuicio irremediable. La segunda, cuando el otro medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca. En efecto, la primera de estas excepciones está establecida por el mismo artículo 86 de la Constitución y reglamentada por el artículo 8 del Decreto 2591/91. La segunda ha sido introducida por la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional.

En la acción de tutela no solo opera el principio de Subsidiariedad como requisito de procedibilidad de esta, sino también el de inmediatez. La acción de tutela fue objeto de reglamentación a través de los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 y 1983 de 2017.

4.2.- LEGITIMACIÓN POR PASIVA. - La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y frente a particulares que prestan un servicio público, es por ello por lo que la presente acción procede contra COOMEVA EPS en calidad de accionada.

4.3.- INMEDIATEZ. - Es un requisito para la procedibilidad de la acción, el que esta sea interpuesta en forma oportuna, es decir, que se realice dentro de un plazo razonable, toda vez que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a su vulneración o amenaza. El juzgado considera que en el asunto bajo estudio se cumple con el requisito de la inmediatez. Ello por cuanto entre las conductas que presuntamente causaron la amenaza o vulneración y la fecha de interposición de la acción de tutela transcurrió un término prudente y razonable para solicitar la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

4.4.- PROBLEMAS JURÍDICOS Y ESQUEMA DE RESOLUCIÓN.- Conforme a los antecedentes expuestos en el presente asunto, se dispone el Despacho determinar si el demandante requiere la práctica de una cirugía denominada trasplante total de rodillas como parte del tratamiento de la enfermedad que padece (Artrosis). Frente a la negativa de la entidad accionada, el peticionario solicita se le amparen los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas en conexidad con la salud, en la medida en que su calidad de vida se ha visto afectada con la enfermedad.

Ante tal situación, la Judicatura debe estudiar si la conducta de la entidad demandada vulnera o no los derechos fundamentales del demandante. Para este efecto debe resolver el problema jurídico antes planteado, presentando las reglas y principios aplicables para la solución de este tipo de conflictos, a través de la selección de las **RATIO DECIDENDI² de PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES o JUDICIALES³** utilizados para resolver casos similares y que por hacer parte de al menos tres (3) decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho emitidas por

² RATIO DECIDENDI Son los argumentos que realiza el Juez o Tribunal en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del Juez o Tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento, que en palabras de la H. Corte Constitucional es “la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”.

³ PRECEDENTE JUDICIAL “por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio deciden si se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.”, que se diferencia del el concepto de ANTECEDENTE JUDICIAL, porque este último “se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho.

la máxima autoridad de cierre de la jurisdicción constitucional, constituyen DOCTRINA PROBABLE, de acuerdo con el artículo 4 de la ley 169 de 1896 (Exequible, Sent. C-836 DEL 2001), que tratan a cerca de las materias o asuntos a resolver en el caso, a saber: (i) El derecho a la salud como derecho fundamental y su protección por vía de la Acción de Tutela, (ii) la demora en realizar una operación quirúrgica pone en peligro derechos fundamentales, (iii) la afectación del derecho a la salud cuando no se suministran tratamientos, medicamentos o procedimientos prescritos por el médico tratante, más aún si están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS.

Finalmente, a partir de las consideraciones de la doctrina probable de la Honorable Corte Constitucional, el Juzgado efectuará el estudio del caso concreto para llegar a la solución constitucional del mismo.

V. RATIO DECIDENDI DE PRECEDENTES JUDICIALES QUE APLICADOS AL CASO CONCRETO PERMITEN SU SOLUCIÓN:
--

5.1.- El derecho a la salud como derecho fundamental y su protección por vía de la acción de tutela.

En una etapa inicial y durante un amplio período, la jurisprudencia de la Corte Constitucional distinguió entre los derechos civiles y políticos, en calidad de derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela, y los derechos sociales, económicos y culturales, de contenido prestacional que requerían de una acción legislativa o administrativa para lograr su cumplimiento, señalando que estos derechos para poder ser amparados por vía de tutela debían demostrar conexidad con los derechos de primer orden.

Ahora, en sentencia reciente T-016 de 2007, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, la Corte señaló el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, así como que dicha fundamentalidad tampoco debe depender de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. En este sentido consideró lo siguiente:

*“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos– indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).*”

De cara al derecho a la salud, en esta sentencia se determinó que si bien la propia Corte Constitucional ha resaltado en varias ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse *prima facie* por vía de tutela, en la medida que su contenido prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de recursos suficientes para que su garantía tenga un alcance integral, frente a otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos, tal situación no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, tal como se dejó anotado anteriormente.

En este sentido, señaló la sentencia en comentario, que la fundamentalidad de los

derechos cuyo contenido es marcadamente prestacional, caso del derecho a la salud, conlleva que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica, los jueces puedan hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de estas autoridades desconoce la relación que existe entre la posibilidad de llevar una vida en condiciones dignas y la falta de protección de los derechos fundamentales, principalmente en personas que se encuentran en estado de indefensión.

Bajo esa premisa, esta Corporación ha insistido en cuanto al derecho a la salud de las personas de la tercera edad⁴, que la acción de tutela es un mecanismo idóneo para lograr la eficacia de la atención en salud de dichas personas, por cuanto necesitan una protección preferente en vista del estado de vulnerabilidad en que se encuentran. Es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

5.2 La demora en realizar una operación quirúrgica pone en peligro derechos fundamentales.

La Corte Constitucional ha entendido por derecho a la salud *"la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento."*⁵

Esta Corporación en reiteradas oportunidades⁶ se ha referido a la necesidad de que la prestación del servicio de salud a los usuarios del SGSSS sea oportuna y eficiente, pues ello garantiza que las condiciones de salud del paciente tiendan - como es su esencia- hacia la recuperación o control de la enfermedad que lo aqueja y no hacia una mayor perturbación funcional de su organismo que pueda afectar su derecho a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, la estrecha relación que existe entre el derecho a la salud, el derecho a la vida y la dignidad humana, se traduce en que el derecho a la vida no se limita a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se extiende al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. De modo que, el derecho a la vida también se prolonga a la *"posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afectan la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna"*⁷.

Esta Corporación en casos en los cuales las personas han sufrido lesiones que les causan dolor y que además requieren de una cirugía, ha dicho que aquellas autoridades competentes que se nieguen sin ninguna justificación razonable, a dictar las medidas necesarias para evitar este sufrimiento estarían incumpliendo con sus deberes, desconociendo los derechos a una vida digna, a la salud y la integridad física, psíquica y moral de las personas. Al respecto la Sentencia T-805 de 2005⁸, expuso lo siguiente:

"En este sentido, en la Sentencia T- 499 de 1992⁹, la Corte expresó:

*Una lesión que ocasiona **dolor** a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel (CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta*

⁴ Sentencia T-540 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1185 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-085/06, M.P. Clara Inés Vargas Hernández..

⁵ Sentencia T- 597 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Corte Constitucional Sentencia T-111 de 1993 MP. Hernando Herrera Vergara y Alejandro Martínez Caballero, Sentencia T-889 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Sentencia T-808 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷ Sentencia T-096 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.

(...)

“El dolor envilece a la persona que lo sufre. Si quien está en el deber de impedirlo no lo hace, incurre con su omisión en la vulneración del derecho a la integridad personal del afectado, quedándole a éste último la posibilidad de ejercer las acciones judiciales para la protección inmediata de sus derechos fundamentales”.

Lo anterior hace alusión a que el individuo pueda desarrollarse como ser autónomo, con la suficiente idoneidad para desempeñar cualquier función productiva dentro de la sociedad y ante todo con una vida saludable lo mas lejano posible al sufrimiento¹⁰.

5.3 Afectación del derecho a la salud cuando no se suministran procedimientos prescritos por el médico tratante, incluidos en el POS.

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, que debe ser garantizado a todas las personas y en especial los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

*En cuanto a la prestación del servicio de salud en el caso particular del Régimen Contributivo¹¹, las EPS tienen el deber de garantizar la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud, POS, entendido éste como el “conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS”.*¹² (Subrayado fuera de texto).

Lo anterior es reiterado en el artículo 8 del Decreto 806 de 1998, al contemplar que las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, POS, del régimen contributivo en condiciones de “calidad, oportunidad y eficiencia, con cargo a los recursos que les reconoce el sistema general de seguridad social en salud por concepto de la unidad de pago por capitación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”. (subrayado fuera de texto).

En este sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que tratándose de la negación o demora de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, puede acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección del derecho fundamental a la salud.

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia T-538 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte señaló que cuando existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, o cuando se impide el acceso en casos de urgencia a mujeres embarazadas y a niños menores de un año, puede afirmarse que existe una violación al derecho fundamental a la salud, sin que sea necesario establecer una amenaza a otro derecho fundamental como la vida, para que la acción de tutela proceda”. (Subrayado fuera de texto)

Esta posición fue reiterada en la sentencia T-1185 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en donde se consideró que al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. En consecuencia, cuando

¹⁰ Sentencia T-494 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹ Considerado como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al SGSSS, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador y al cual deben afiliarse las personas vinculadas laboralmente, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias. Artículo 157 y 202 Ley 100 de 1993.

¹² Artículos 162 y 177 Ley 100 de 1993, artículo 7 Decreto 806 de 1998.

las entidades prestadoras de los servicios de salud se nieguen a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, vulneran el derecho a la salud.

En tales situaciones, las personas adquieren subjetivamente el derecho de recibir las prestaciones definidas en esa normatividad, especialmente las contenidas en el Plan Obligatorio de Salud, en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia. Por ende, en aquellos casos en los cuales existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, existe una violación al derecho fundamental a la salud.

VI. SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL AL PROBLEMA JURÍDICO DEL CASO

De conformidad a los antecedentes señalados, en el presente asunto le corresponde a este juzgado determinar: (i) Si la entidad prestadora de salud COOMEVA EPS, vulnera o no los derechos fundamentales del señor JUZN MANUEL ARAUJO SAN JUAN, al no ORDENAR el procedimiento quirúrgico denominado "Reemplazo total de rodilla izquierda con reconstrucción de componente femoral".

Conforme los hechos y la jurisprudencia constitucional reseñada anteriormente, estima la Judicatura que en el presente caso se vulneran los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social del actor pasa ha demostrarse a continuación.

Resulta claro que el accionante padece una patología denominada "ARTROSIS"¹³, motivo por el cual requiere que le sea practicada una cirugía de reemplazo de rodilla como parte del tratamiento de su enfermedad. Ante tal situación, con la negativa de COOMEVA de realizar la cirugía, con el argumento de que "se encuentra en estado pendiente front. respecto al tratamiento integral, se informa que no es posible responder al respecto, pues no se pueden realizar actuaciones sobre un caso hipotético, en el cual, no se conoce cuál será su comportamiento o pronóstico a largo plazo. se remite caso a luis manuel carbal, para que, gestione con la eps la aprobación del at3 pendiente y el montaje del ordenamiento respectivo, para realización del reemplazo articular solicitado y con la ips asignada la priorización en la efectivización de lo solicitado, y brindar respuesta a la acción de tutela"¹⁴.

Ahora bien, al tener en cuenta los requisitos que deben ser observados por el juez de tutela al momento de estudiar una solicitud para ordenar el procedimiento quirúrgico que requiere el accionante. En primer término, si la falta de tratamiento o medicamentos incluido en el POS -Plan Obligatorio de Salud-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado, pues en el asunto de estudio es el único método que cuenta el actor para que sea tratado la enfermedad que padece. Así mismo, el tratamiento no puede ser sustituido por uno de los incluidos en el POS -Plan Obligatorio de Salud- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud¹⁵. **Finalmente, el tratamiento requerido por el accionante, ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS -Entidad Promotora de Salud.**

La Corte Constitucional ha expresado "que la continuidad del servicio en salud implica que el afiliado tenga la tranquilidad y confianza que la asistencia médica brindada con el propósito de poner fin a su mal se mantendrá, lo que se pide no es más que se continúen realizando los actos, procedimientos, tratamientos, medicación, intervención quirúrgica etc. para que el padecimiento que aqueja al paciente finalice y que la entidad permanezca en su compromiso médico de preservar la salud del doliente."¹⁶ La jurisprudencia constitucional se ha encargado de fijar el contenido y el alcance del derecho fundamental de los ciudadanos a no sufrir interrupciones intempestivas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud queriendo garantizar el acceso al sistema general de Seguridad Social con el fin de preservar los principios bandera del servicio público en salud tales como la eficacia, regularidad, permanencia y calidad. Por lo tanto, los usuarios del sistema de salud

¹³ Expediente digital de tutela.

¹⁴ Expediente digital de tutela.

¹⁵ Sentencia T-406 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁶ Sentencia de tutela 650 del 2010. Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

*no pueden ser expuestos a complejos y eternos trámites internos que puedan comprometer la permanencia del servicio. Estas situaciones no constituyen justas causas para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad, permanencia y terminación óptima de los servicios y procedimientos médicos ordenados*¹⁷.

En este sentido, encuentra la Judicatura reprochable la negligencia de la EPS accionada al no practicar el procedimiento quirúrgico, teniendo en cuenta que es un procedimiento que se encuentra incluido dentro del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, regulado por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, en el artículo 68, nomenclatura 13734. Lo anterior es contrario a la doctrina que la corte ha sostenido, *en el sentido de que la extensión injustificada de una dolencia o una disfuncionalidad en la salud también vulnera el derecho fundamental a la integridad personal, a la salud y por supuesto el derecho a una vida digna, aunque no se esté ante la inminencia de la muerte*¹⁸.

En consecuencia, se está atentando contra los principios de eficiencia y oportunidad en la prestación del servicio de salud por cuanto, tal y como se estableció en las consideraciones precedentes, la prestación del servicio de salud a los usuarios del SGSSS debe ser oportuna y eficiente, pues ello garantiza que las condiciones de salud del paciente tiendan -como es su esencia- hacia la recuperación o control de la enfermedad que lo aqueja y no hacia una mayor perturbación funcional de su organismo que pueda afectar su derecho a la vida en condiciones dignas.

Por lo tanto, no resulta normal que se dilate la práctica de la cirugía, que ha prescrito el médico tratante y que se encuentra incluida dentro del POS, por cuanto es claro que ésta situación pone en riesgo la vida, la salud y la dignidad del accionante, que ve cada vez más distante las posibilidades para reestablecer sus condiciones de salud, máxime cuando se trata de una persona que cuenta con 64 años de edad.

Tratamiento integral

Es menester señalar, que nos encontramos frente un caso en donde la protección constitucional se debe garantizar, ya que la accionante por ser considerado un adulto mayor, teniendo en cuenta los años de edad con que cuenta, además de ser una obligación de protección atendiendo su condición de salud como se ha venido exponiendo, es necesario materializar su protección, deviniendo así que la conducta de la EPS no es de recibo. La Corte ha señalado en su Jurisprudencia que *“Los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional en múltiples sentencias de esta Corporación. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor, dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros tipos de colectivos o sujetos”*.¹⁹

Ahora bien, en este caso se trata de una paciente de 64 años de edad; que padece *“ARTROSIS”*. *Por su parte, la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor*.²⁰

Es claro entonces que requiere de una atención integral en salud para sobrellevar la enfermedad que soporta y para contar con un tratamiento que le permita actuar con prevención respecto a su salud, riesgo en su vida y que en su entorno familiar lleve una calidad de vida digna.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Sentencia T-024 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹ Sentencia 252 de 2017. Magistrado Ponente (e.): IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

²⁰ Sentencia T020 de 2020. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Resultaría excesivo, entonces, limitar la prestación de los servicios a ciertas fases del tratamiento, o suministrar los medicamentos en la medida en que los vayan requiriendo, pues ello comportaría la interposición de tantas acciones de tutela como cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos, pese a tratarse de la misma patología, y a que reiteradamente le han sido formulados. Por tal razón, es indispensable que con ocasión a la patología que padece beneficiaria, se le suministren de forma continua todos los medicamentos, citas, exámenes, y demás servicios ordenados por los médicos tratantes, sin exigirle el agotamiento de procedimientos administrativos cada vez que le sean prescritos.

De las pruebas que obran en el expediente, especialmente la respuesta de la entidad accionada, se puede concluir que efectivamente esta no se ha negado a prestarle servicios de salud al afiliado; sin embargo, desde el punto de vista de la patología y el diagnóstico que presenta el actor, se encuentra que él requiere de un tratamiento de rehabilitación idóneo y permanente, que de forma efectiva le brinde las herramientas para combatir su enfermedad, se deduce entonces, de los antecedentes jurisprudenciales anteriormente señalados, que para garantizar el derecho a la salud, no solo basta con tomar medidas que le procuren al paciente el suministro de medicamentos o procedimientos médico-quirúrgico, sino que el espectro de protección del derecho constitucional a la salud, va más allá, máxime cuando se trata de diagnósticos como el aquí presentado; de todas maneras se debe dejar claro que el principio de integralidad, no puede entenderse de manera abstracta, por lo que se supone que las ordenes de tutelas que reconocen esta atención integral, se encuentra sujetas a los criterios que dictamine el médico tratante del paciente.

De lo anterior se colige, que todo lo relacionado con la prestación del servicio de salud le concierne a la Entidad Prestadora de Salud a la que se encuentra vinculado como beneficiario. En este caso sería COOMEVA E.P.S., pues es la llamada a responder y garantizar todo lo concerniente a la prestación de los servicios y procedimientos médicos de manera integral, continua, oportuna y eficiente a la actora. Frente a este tipo de situaciones la corte constitucional, a saber la **Sentencia T 171/18**²¹, se pronunció en los siguientes términos: *“La adecuada y eficiente prestación del servicio de salud tiene que convertirse en un propósito real de la acción estatal y de los particulares que presten este servicio, orientada a brindar a las personas condiciones apropiadas para llevar una vida digna y de calidad. En este orden de ideas, se hace imprescindible que las entidades prestadoras del servicio público de salud - privadas o públicas - se convenzan del papel que les está dado cumplir en la realización del Estado social de derecho y ofrezcan no sólo un servicio porque así lo disponen las normas y mientras no aparezca una excusa para dejar de prestarlo, sino que en realidad se propongan prestar un servicio integral de calidad, transparente y efectivo.”*²²

Así las cosas, el Despacho impartirá las órdenes tendientes a proteger la dimensión objetiva del derecho Constitucional a la salud en conexidad con el de la vida y vida digna, por lo que se concederá el amparo solicitado por el señor JUAN MANUEL ARAUJO SAN JUAN. En consecuencia se ordenará al Representante Legal y/o quien haga sus veces de COOMEVA E.P.S. para que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, realice el TRAMITE ADMINISTRATIVO que conlleve de manera urgente la realización de la cirugía denominada “reemplazo total de rodilla” que requiere el accionante para tratar la enfermedad que padece. Así mismo, BRINDAR al señor ARAUJO SANJUAN la prestación de los servicios y procedimientos médicos de manera integral, continua, oportuna y eficiente conforme la patología que padece (Artrosis) (tales como citas médicas, exámenes de laboratorio, tecnologías, dispositivos cardiacos, estudios electrocardiográficos e imagenología, intervenciones quirúrgicas, medicamentos e insumos necesarios), dada la inminencia de los malestares que conlleva su diagnóstico, bajo las indicaciones y prescripciones dadas por sus médicos tratante. So pena de incurrir en desacato.

²¹ Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

²² Sentencia 171/18. Magistrado Ponente: Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

La anterior orden, sin perjuicio del derecho que le asiste a COOMEVA E.P.S, para iniciar las acciones pertinentes contra el Estado, por medio de la sub-cuenta respectivo ADRES; que le permitan obtener el reintegro de los dineros que, por concepto de esta orden de tutela puedan generarse y que no le corresponda asumir.

Por lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO. CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida digna del señor JUAN MANUEL ARAUJO SAN JUAN contra la entidad COOMEVA E.P.S, por las consideraciones anotadas en esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR al Representante Legal y/o quien haga sus veces de COOMEVA E.P.S. para que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, realice el TRAMITE ADMINISTRATIVO que conlleve de manera urgente la realización de la cirugía denominada "reemplazo total de rodilla" que requiere el accionante para tratar la enfermedad que padece.

TERCERO. ORDENAR a la entidad accionada COOMEVA EPS la prestación de los servicios y procedimientos médicos de manera integral, continua, oportuna y eficiente conforme la patología que padece (Artrosis) (tales como citas médicas, exámenes de laboratorio, tecnologías, dispositivos cardiacos, estudios electrocardiográficos e imagenología, intervenciones quirúrgicas, medicamentos e insumos necesarios), dada la inminencia de los malestares que conlleva su diagnóstico, bajo las indicaciones y prescripciones dadas por sus médicos tratante.

CUARTO. PREVENIR al accionado para que se apreste a cumplir con lo aquí resuelto, so pena de incurrir en desacato.

QUINTO. NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes tal como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.-

SEXTO. DECLARAR que contra el presente fallo procede **IMPUGNACIÓN** conforme a los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.-

SEPTIMO. Si no fuere impugnado el presente fallo, remítase la actuación a la **HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL**, en los términos y para efectos del inciso 2 del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**MANUEL AUGUSTO LÓPEZ NORIEGA
JUEZ.-**



**NINFA INÉS RUIZ FRUTO
SECRETARIA. -**