

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
**JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL
 CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS
 FLORENCIA - CAQUETÁ**

Proceso : Acción de tutela
 Radicación : 18-001-40-04-003-2022-00033-00
 Accionante : **SUNILDA JOVEN BAHOS, agente oficio del señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN**
 Accionado : **ASMET SALUD EPS y otro**
 Sentencia : **032**

Florencia, Caquetá, siete (07) de abril de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora **SUNILDA JOVEN BAHOS** actuando como agente oficio del señor **KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN**, en contra de **ASMET SALUD EPS**, vinculándose a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la vida, igualdad, dignidad humana, salud, integridad física y seguridad social.

2.- ANTECEDENTES

Funda la señora **SUNILDA JOVEN BAHOS**, actuando como agente oficio de del señor **KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN**, la solicitud de amparo en los siguientes hechos:

Aduce que, el señor **KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN**, es un paciente con diagnóstico de *ESQUIZOFRENIA NO ESPECIFICADA* y *RETRASO MENTAL MODERADO*, que se encuentra afiliado a la EPS **ASMET SALUD**.

Que, debido a su condición de salud, el medico tratante le ordenó suministro continuo de **DIAZEPAN 10 MG/2ML** solución inyectable y **OLANZAPINA 10 MG** tableta.

Indica que, debido a las patologías que padece, el señor **KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN**, ha aumentado sus comportamientos agresivos, convirtiéndose en una persona violenta con quienes lo rodean, situación

que impide que, de manera oportuna realice el consumo de los medicamentos, toda vez que, pone resistencia para tomarlos.

Que, los comportamientos violentos que con frecuencia presenta el señor LOSADA JOVEN, han generado traumatismo, no solo al interior de su núcleo familiar, sino también con las personas que a diario interactúa, toda vez que, se torna grosero y agresivo, lo que le ha generado en diferentes oportunidades lesiones.

Que, lo anterior, sumado a la falta de suministro de los medicamentos y a la falta de la atención especializada correspondiente, como lo es, la internación en un centro especializado, genera una vulneración de sus derechos fundamentales y le impide el acceso a un tratamiento oportuno para sus patologías.

2.1. MEDIDA PROVISIONAL

Solicitó el accionante, medida provisional en los siguientes términos:

Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, respetuosamente solicito al Señor Juez ordenar a la ASOCIACION MUTUAL LA ESPERANZA ASMET SALUD , de **MANERA URGENTE INICIE EL TRATAMIENTO CON UNA INTERNACION PERMANENTE** PARA TRATA LAS PATOLOGIAS DEL SEÑOR KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN YORLEY LOSADA JOVEN LAS CUALES DIAGNOSTICADAS POR EL ESPECIALISTA SON LAS SIGUIENTES TRASTORNOS MENTALES Y DEL COMPORTAMIENTO, ESQUIZOFRENIA NO ESPECIFICADA, RETRASO MENTAL MODERADO DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO SIGNIFICATIVO QUE REQUIERE ATENCIÓN O TRATAMIENTO Y HISTORIA PERSONAL DE ABUSO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS de las mismas, y de toda la **ATENCIÓN INTEGRAL** que se derive de mi enfermedad; las pruebas diagnosticas, aditamentos e insumos necesarios, y los demás medicamentos requeridos para el cubrimiento de la misma sin tener en cuenta que se encuentren fuera del POS.

Igualmente solicito de manera respetuosa al señor Juez, según el Artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, para que en un término prudencial no superior a 5 días y debido a la urgencia del suministro del medicamento medicamento **OLANZAPINA DE 10 MG 2 DIARIAS POR 30 DIAS PARA UN TOTAL DE 60 MESUALES Y DIAZEPAN 10 MG/2ML SOLUCION INYECTABLE AMPOLLA CADA 12 HORAS mg marca comercial (original)**, y al cubrimiento del 100% de las mismas, y de toda la **ATENCIÓN INTEGRAL** que se derive de su enfermedad, emita un fallo precautelativo, que evite daños o perjuicios mayores en el paciente.

Dicha petición fue resuelta en el Auto Admisorio de la acción en el que se decidió: *"SEGUNDO: NEGAR la medida provisional solicitada, conforme a los argumentos señalados en la parte considerativa."*

2.2. PETICIÓN

Adicional a lo anterior, solicitó la accionante se tutelén los derechos fundamentales del señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN y consecuentemente, se ordene:

PREVENCIÓN: A la **ASOCIACION MUTUAL LA ESPERANZA ASMET SALUD**, para que en adelante continúe prestándome la atención médica y asistencial que mi salud requiere y además, me dé el tratamiento necesario, **CON LA INTERNACION PERMANENTE** según mi estado de salud y comportamiento son muy delicados y no solo atenta contra la integridad de sí mismo de toda su familia y de la sociedad para poder evitar o prevenir un daño irreparable.

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de marzo de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto de la misma fecha², a través del cual se dispuso oficiar a la entidad accionada, para que, en el término legal de un día se pronunciara sobre los hechos planteados en el escrito de tutela, al tiempo que, se negó la medida provisional solicitada y se ordenó la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-.

4.- RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS

4.1. ASMET SALUD EPS, mediante escrito³ allegado el 31 de marzo de 2022⁴, suscrito por la Gerente Departamental, indicó:

Que, respecto al suministro del medicamento OLANZAPINA DE 10MG, al momento en que fueron a solicitar el medicamento en la droguería contratada para dispensar los medicamentos PBS la cual es DAO, le manifestaron a la parte accionante que, el mismo se encontraba desabastecido, razón por la cual, una vez se le puso en conocimiento dicha situación, se le recibió la documentación y se direccionó para DISCOLMEDICA ESTABLECIMIENTO FARMACEUTICO, con autorización de servicios No. 210132105.

En relación a la SOLUCIÓN INYECTABLE AMPOLLA, manifestó que, del mismo no se realiza entrega, debido a que fue suministrado de manera hospitalaria, sin ordenarse su suministro extramural.

Que, en historia clínica del 08 de marzo de 2022, el médico tratante CARLOS ALBERTO ALVARADO QUIROGA, refirió las indicaciones de los medicamentos que debía garantizarse de manera ambulatoria, así:

¹ Ver archivo "02ActaReparto" del expediente digital.

² Ver archivo "04AutoAdmiteTutela" del expediente digital.

³ Ver archivos "11RespuestaAsmetSalud" del expediente digital.

⁴ Ver archivos "10CorreoRespuestaAsmetSalud" del expediente digital.

...cuida la salud de mi familia!

Medicamento ACIDO VALPROICO 250MG CAPSULA ACIDO VALPROICO 250MG CAPSULA BIPERIDENO TABLETA 2 MG DIAZEPAM 10MG/2ML SOLUCION INYECTABLE AMPOLLA	Manejo Extramural <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>  <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
--	---

Profesional: CARLOS ALBERTO ALVARADO QUIROGA
Especialidad: MEDICINA GENERAL
Tarjeta Prof. # 1085186690
Impreso el 24/03/2022 a las 20:20:53 Por el Usuario 1117516176 - YURY FERNANDA PADILLA RUIZ
 Indigo Crystal Net - Powered By INDIGO TECHNOLOGIES - to E S E HOSPITAL MARIA INMACULADA NIT: 000000891180098

Escaneado con CamScanner

Ingreso: 1088976 Identificación: 1117542352	Fecha de Impresión: jueves, 24 de marzo de 2022 8:21 p. m. Nombres: KEVIN YORLEY Apellidos: LOSADA JOVEN
--	---

HALOPERIDOL AMPOLLA 5 MG/ML SOLUCION INYECTABLE OLANZAPINA 10 MG TABLETA OLANZAPINA 10 MG TABLETA OMEPRAZOL 20MG CAPSULA	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>  <input type="checkbox"/>
---	---

Frente a la solicitud de internamiento, indicó que, una vez verificada la historia clínica, no se encontró dentro de la misma, orden para ese servicio, refiriendo que, dicha EPS se encuentra en la disponibilidad de brindar atención en salud al señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN por las patologías que lo aqueja; manifiesta que, para la internación, es necesario que el paciente de inicio con citas en las IPS de primer nivel, que, para el caso que nos ocupa es el HOSPITAL MARIA INMACULADA, entidad que emitirá concepto médico y determinaran el tratamiento a seguir conforme a su criterio y conocimiento científico para determinar el tiempo de duración del tratamiento y poder conseguir el mejoramiento de su patología. Aclara que la EAPB no tiene la potestad de obligar a ningún usuario a ser internado o realizar algún procedimiento, ni muchos menos dirigirlo a que ingrese a una IPS, teniendo en cuenta que, la orden médica es el documento por excelencia por medio del cual los médicos tratantes prescriben la necesidad de servicios de salud y la no existencia de dicho documento, imposibilita la autorización y posterior entrega del servicio requerido por el usuario.

Frente a la solicitud de la accionante relacionada con el suministro de Tratamiento Integral, indicó que, el agenciado ha estado recibiendo todos los servicios de salud, sin ningún tipo de restricción, conforme lo han ordenado los médicos tratantes, por lo tanto y al no existir servicios de salud pendientes de tramitar, esta pretensión debe ser desestimada por parte del despacho.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó: (i) ser desvinculado del trámite de la acción; (ii) vincular a la ADRES y ordenar que asuma el costo

de todos los servicios excluidos del plan de beneficios y; (iii) que, en el evento en que se disponga tutelar los derechos de la accionante, y con ello se ordene a cargo de ASMET SALUD EPS SAS, la prestación del servicio, se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, que, realice el pago de los servicios directamente al prestador y en caso de no considerar esa opción, se le otorgue el recobro de los servicios a favor de ASMET SALUD EPS y con cargo a la ADRES.

4.2. La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, mediante escrito⁵ allegado el 31 de marzo de 2022⁶, suscrito por el Abogado de la Oficina Jurídica, señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, del primero (01) de agosto del año 2017, entró en operación esa Administradora, como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Manifestó que, es función de la EPS, y no de esa Administradora, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva; adujo que, las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

Afirmó que, respecto de la pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, lo mismo no es procedente, toda vez que, si bien la ADRES es la encargada de garantizar el adecuado flujo de los recursos de salud, específicamente de la financiación de los

⁵ Ver archivos “16RespuestaADRES” del expediente digital.

⁶ Ver archivos “15CorreoRespuestaADRES” del expediente digital.

servicios no financiados por la UPC, el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019, se debe interpretar con el artículo 240 de la misma ley, el cual estableció el mecanismo de financiación denominado "PRESUPUESTO MÁXIMO", cuya finalidad es que los recursos de salud se giren ex ante a la prestación de los servicios, para que las EPS presten los servicios de salud de manera integral.

Que, a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos; que, conforme a lo anterior, esa entidad ya giró a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS 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.

Conforme a lo anterior, solicitó ser desvinculado del trámite de la acción y que se niegue el recobro a favor de la EPS.

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a que la entidad accionada – ASMET SALUD EPS – es una sociedad comercial de naturaleza anónima y carácter privado, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1º, numeral 1 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

5.2 De la acción de tutela

Sea lo primero señalar que la acción de tutela es un mecanismo cuya finalidad consiste en garantizar el disfrute de los derechos fundamentales

en el evento en que estos hayan sido violados o amenacen ser violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares. Además, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario al que se acude, en últimas, para remediar o evitar un perjuicio, no así una instancia respecto de los derechos reclamados.

Por otra parte, se debe manifestar que esta acción fue establecida para salvaguardar derechos de carácter fundamental correspondiéndole al Juez de tutela velar por la protección inmediata y eficaz de los derechos respectivos que puedan resultar vulnerados o amenazados en determinado momento, siendo conveniente recordar que proteger una situación mediante la acción de tutela genera, para el fallador, la responsabilidad de tener absolutamente claro que de por medio hay una violación lo suficientemente grave como para que se afecte el concepto de persona como entidad moral y de respeto, cuando advierte violación, quebrantamiento o amenaza a los derechos fundamentales del accionante.

5.3. **Legitimación.**

Así mismo, se observa que la acción de tutela es interpuesta por la señora SUNILDA JOVEN BAHOS actuando como agente oficio del señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, por lo cual no existe ninguna duda frente a la *legitimación por activa*, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

Frente a la *legitimación por pasiva*, se encuentra que la acción se interpone en contra de ASMET SALUD EPS, a cuyo trámite se vinculó a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- quienes presuntamente están desconociendo los derechos de la accionante; por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva, en los términos de los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

5.4 **Problema Jurídico.**

Así las cosas, corresponde a este Despacho determinar si en el caso planteado por la accionante, se configura una violación a los derechos fundamentales a la vida, igualdad, dignidad humana, salud, integridad física y seguridad social del señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, ante la presunta omisión de la ASMET SALUD EPS de suministrarle los medicamentos que le fueron ordenados por su médico tratante y ordenar su internamiento permanente, conforme a la patología que padece.

5.5 Solución al Problema Jurídico.

5.5.1 Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela. Subsidiaridad e Inmediatez.

Frente al cumplimiento del requisito de *inmediatez*, cabe señalar que, una vez verificada la documentación allegada al plenario, se estableció que, la historia clínica correspondiente al señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, data del mes de marzo del año 2021, sin embargo, en aras de verificar si, persiste una presunta vulneración a los derechos fundamental del agenciado, entre ellos, a la vida y la salud, se procederá a realizar el estudio de fondo.

En relación con el requisito de *subsidiariedad*, debe indicarse que, por su carácter residual o complementario, la acción de tutela únicamente procede en aquellos eventos en los cuales no existe otro mecanismo judicial de defensa o cuando, de existir, el medio alternativo es claramente insuficiente o ineficaz para brindar garantía a los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, o, igualmente, que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en consecuencia, se encuentra acreditado el requisito de *subsidiariedad*, habida cuenta que, al considerar la agente oficioso que se vulneran los derechos fundamentales de su hijo KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, por parte de los accionados, acude a la acción constitucional.

5.5.2. El Derecho a la Salud

En relación con el Derecho a la salud, ha acotado la Corte Constitucional:

“4.4. Derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

4.4.1. El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: “es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”, al tiempo que, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. // Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación

de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)"

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, esta Corporación se ha referido a sus facetas, una como derecho y otra como servicio público a cargo del Estado. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad."

5.5.3. El Derecho a la Seguridad Social

Por su parte, el derecho a la Seguridad Social ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho Constitucional fundamental.

De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social, por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

En ese sentido la Corte Constitucional en Sentencia T-164 del 2013, indicó: *"Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social. En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional –incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional –, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente. Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo*

inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad”. Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos –políticos, civiles, sociales, económicos y culturales –es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).”

5.6. CASO CONCRETO

Se reclama a través de la presente acción, la protección de los derechos fundamentales del señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, por parte de ASMET SALUD EPS, al no realizársele, presuntamente, la entrega de los medicamentos DIAZEPAN 10 MG/2ML solución inyectable y OLANZAPINA 10 MG tableta y no autorizarse su internamiento en un centro especializado para que se le brinde la atención correspondiente conforme a las patologías que padece.

De lo obrante en el expediente, se encontró lo siguiente:

- i. Teniendo en cuenta la afirmación de la parte actora, la documentación suministrada por ASMET SALUD EPS, se encuentra probado que el señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, está afiliado a la EPS ASMET SALUD en el régimen subsidiado.
- ii. Conforme a la historia clínica⁷ allegada, se avizó que, el señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, fue atendido por el servicio de urgencias del Hospital María Inmaculada, el día 19 de febrero de 2021, con ocasión al diagnóstico de “TRASTORNOS MENTALES Y DEL COMPORTAMIENTO DEBIDO AL USO DE CANNABINOIDES”, centro médico en el que estuvo internado hasta el día 8 de marzo de 2021, fecha en la que se le otorgó “salida con manejo ambulatorio” por parte del médico tratante, prescribiéndosele el suministro de “ACIDO VALPROICO 250 MG CAPSULA” y “OLANZAPINA 10 MG TABLETA”.
- iii. En respuesta a requerimiento realizado a la señora SUNILDA JOVEN BAHOS, la misma a través de correo electrónico remitido el día 31 de marzo de 2022⁸, allegó historia clínica⁹,

⁷ Ver archivo “03EscritoTutela”, páginas 13-33 del expediente digital.

⁸ Ver archivo “07CorreoRespuestaAccionante” del expediente digital.

⁹ Ver archivo “08RespuestaAccionante” del expediente digital.

correspondiente a atención médica recibida el 9 de diciembre de 2020, por el señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, en la Clínica Especializada en Adicciones, LUIS AMIGO FERRER S.A.S., en la que se anotó: *“SE ORDENA LOS PARACLINICOS PARA VER LA POSIBILIDAD DE INGRESARLO AL CENTRO DE REHABILITACIÓN PARA DESINTOXICARLO, PORQUE EL PACIENTE SU CONDICIÓN MENTAL (COGNITIVA NO ES APTO PARA TODO EL PROCESO) SE LE VA A DESINTOXICAR Y LÑUEGO EL MANEJO AMBULATORIO”*. Igualmente, más adelante se encontró anotación en la que se indicó *“SE DA PASO LIBRE PARA QUE EL PACIENTE INGRESE AL PABELLON DE DROGODEPENDIENTE”*.

- iv. Al descorrer el traslado, la EPS ASMET SALUD, manifestó que, expidió orden de entrega para el medicamento denominado OLANZAPINA 10 MG, sin embargo, el operador a quien la dirigió, no con contaba con la disponibilidad del mismo, razón por la que, una vez se puso en conocimiento dicha situación, procedió a expedir la autorización No. 210132105 fechada al 10 de marzo de 2022, dirigida a DISCOLMEDICA ESTABLECIMIENTO FARMACEUTICO PARA, en la que se suministró el medicamento para el paciente.

Inicialmente, debe señalarse que, pretende el agente oficioso del accionante que, a través del presente trámite tutelar, se ordene a la EPS Asmet salud que, proceda a suministrar los medicamentos DIAZEPAN 10 MG/2ML solución inyectable y OLANZAPINA 10 MG tableta, al señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, e igualmente que, autorice su internamiento en un centro especializado para que se le de manejo a su patología y se le ordene una atención integral en los servicios de salud.

Frente a los medicamentos solicitados por la accionante, debe señalarse que, una vez verificados los documentos allegados al plenario, se encontró que, previo a iniciar el trámite Constitucional, la EPS Asmet Salud, cumplió con la carga que le asisten de emitir orden de entrega de la OLANZAPINA 10 MG tableta, razón por la que no se avizora al respecto vulneración alguna. Ahora, en lo que se refiere al DIAZEPAN 10 MG/2ML solución inyectable, es de resaltar que, una vez revisado, no se encontró orden médica a través de la cual se ordene el suministro del mismo, adicionalmente, ASMET SALUD, informó al Despacho, que, dicho inyectable, únicamente se le prescribió al paciente para ser suministrado durante el tiempo que estuvo internado en la IPS, pero no se ordenó su entrega para consumo extramural; ante tal situación, no se encuentra que, exista orden médica a través de la cual se pueda obligar a la EPS a la entrega del DIAZEPAN 10 MG/2ML, ya que lo mismo no le fue prescrito por

el médico tratante, razón por la que, por este aspecto no se avizora vulneración alguna.

Ahora, en relación al internamiento que pretende la agente oficiosa, se realice al señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, revisada la historia clínica allegada, debe indicarse que, si bien es cierto, durante el año 2021, el agenciado estuvo internado en el Hospital María Inmaculada con ocasión a las patologías que padece y que, en la Clínica Especializada en Adicciones, LUIS AMIGO FERRER S.A.S., ante atención médica recibida por el agenciado, se anotó *“SE DA PASO LIBRE PARA QUE EL PACIENTE INGRESE AL PABELLON DE DROGODEPENDIENTE”*, no se avizora que, por parte del médico tratante se haya emitido orden de internamiento que deba ser tramitada y autorizada por parte de ASMETSALUD, motivo por el que no es dable que, en sede de tutela, se le ordene a una EPS o al médico tratante que corresponda, la emisión de algún tipo de remisión, que no han sido determinadas científicamente de conformidad con la patología y/o enfermedades del paciente y, cuya necesidad no surge en el trámite constitucional.

Teniendo en cuenta que no obra en el escrito de tutela prescripción médica en la cual se ordene la REMISION del señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN para que sea internado en una IPS con ocasión a sus patologías de *“ESQUIZOFRENIA NO ESPECIFICADA y RETRASO MENTAL MODERADO”*, no le es posible al Juez Constitucional emitir dicha orden, dado que, lo mismo es de competencia de los médicos tratantes, quienes después de valorar al paciente, emiten los tratamientos a los que debe someterse de conformidad al conocimiento científico que poseen y teniendo en cuenta el diagnóstico del usuario; asimismo, es de resaltar que, para la prestación del servicio de salud, deben seguirse los lineamientos y trámites administrativos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, máxima autoridad en el área de Salud, procesos que son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades promotoras de Salud, IPS, y los usuarios; en otras palabras es deber del accionante acudir en primer lugar a la EPS a la cual se encuentre afiliado y solicitar las respectivas citas médicas, con el fin de que sean los médicos adscritos a dichas entidades, quienes ordenen los servicios médicos requeridos por el usuario, y una vez exista orden de un médico tratante y/o especialista adscrito a la EPS ASMETSALUD, la misma deberá proceder a tramitar la orden médica y autorizar el servicio de salud que requiera el agenciado.

Por tal razón, advierte el Despacho que la presente acción constitucional resulta abiertamente improcedente en tanto la actora acudió a la misma directamente sin antes agotar los trámites y procedimientos establecidos por la Ley.

Debe recordar el suscrito funcionario judicial que la tutela es un medio excepcional que busca la protección pronta y oportuna de derechos constitucionales que estén siendo amenazados o vulnerados por la acción u omisión de entidades o personas públicas o privadas, pero para su procedencia se requiere que el reclamante haya agotado previamente todas las etapas o instancias mínimas requeridas y pese a ello su situación no se resuelva, o pese a haberlas obviado la intervención del Juez de tutela se torne indispensable para evitar la ocurrencia de un perjuicio que posteriormente no tenga remedio, cosa que en este caso no ocurre debido a que la señora SUNILDA JOVEN BAHOS actuando como agente oficio del señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, NO aportó la orden del médico tratante, la cual tiene un carácter vinculante para la EPS y con la cual se le puede ordenar la autorización de los servicios solicitados; ante tal situación, dicha pretensión se torna improcedente.

Ahora, respecto a la solicitud en la que se requirió *“la **ATENCIÓN INTEGRAL**, que se derive de mi enfermedad; las pruebas diagnósticas, aditamentos e insumos necesarios, y los demás medicamentos requeridos para el cumplimiento de la misma sin tener en cuenta que se encuentren fuera del POS.”*; frente a la mencionada solicitud, relacionada con emitir una orden de prestación integral del servicio médico, cabe indicar que, es posible acceder a dicha pretensión cuando *“existan justificaciones concretas emitidas por los médicos tratantes más no cuando el paciente lo demanda”¹⁰*, es así que según los lineamientos jurisprudenciales el tratamiento integral, se ordena cuando *“(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”¹¹*; conforme a lo traído a colación, cabe señalar que, por parte del Despacho no fue posible establecer que, la EPS accionada ha omitido prestar de manera oportuna los servicios médicos que se le han ordenado al señor KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN, por lo que, al no demostrarse que exista un actuar negligente y que consecuentemente se ponga en riesgo su salud y vida, no hay lugar a conceder la mencionada pretensión; es menester resaltar que, de cara a la acreditación de dichos supuestos, no basta la simple exposición de hipótesis ni la afirmación del acaecimiento de los mismos, sino que por el contrario, se torna necesaria su comprobación y verificación dentro del trámite.

¹⁰ Ver Sentencias T-790 de 2012, T-501 de 2013 y T-266 de 2014

¹¹ Ver Sentencias T-790 de 2012, T-501 de 2013 y T-266 de 2014

En relación con la carga de la prueba en materia de Acciones de Tutela ha señalado la Corte Constitucional¹²:

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

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

Ahora bien, frente a la improcedencia de la acción de tutela ante la no ocurrencia de acción u omisión vulneradora de derechos fundamentales por parte de la autoridad pública demandada o el particular accionado, el Alto Tribunal Constitucional indicó:

Con el objeto de "(...) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)", el constituyente de 1991 estableció en el ordenamiento jurídico Colombiano la acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Carta, perteneciente al capítulo 4º: "De la protección y aplicación de los derechos", del título II de la Norma Suprema Colombiana.

Así, el mencionado artículo contempló el derecho de toda persona a interponer acción de tutela "(...) para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)" o particulares, entre otros, que presten servicios públicos, o ante quienes el afectado se encuentre en una situación de indefensión o subordinación.

Concatenado a lo anterior, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política", previó la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales "(...) contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquier derecho [fundamental] (...)".

¹² Sentencia T 571 de 2015. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

Esto no significa que las personas puedan acudir a la acción de tutela obviando los mecanismos de defensa judicial existentes para obtener resoluciones favorables a sus pretensiones, pues una de las características de la acción tuitiva de derechos fundamentales es la subsidiariedad. Esto, fue expresamente consagrado en el artículo 86, donde se señaló que la acción "(...) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)". De igual forma, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, consagró como causal de improcedencia la existencia de otros medios de defensa judicial, más se condicionó expresamente el acaecimiento de aquella a la eficacia de éstos y se estableció la posibilidad de interponer la tutela "(...) como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)".

En este orden de ideas, partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5° y 6° del mencionado Decreto, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales. En otras palabras, no es procedente la acción de tutela cuando se acude a ella bajo una mera suposición, conjetura, o hipotética trasgresión a los derechos fundamentales. Al respecto, en sentencia T-066 de 2002, esta Corporación manifestó:

"(...) Con todo, ello no significa que los ciudadanos puedan desconocer los procedimientos establecidos por la ley en los diversos ordenamientos jurídicos, que para el caso que nos ocupa es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, acudir a la acción de tutela bajo la suposición o conjetura de que se vulnerarán derechos fundamentales por actos negativos de la administración, sin darle a ésta siquiera la oportunidad de pronunciarse en ese o en otro sentido. No se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido, esto no solo viola el debido proceso de las entidades públicas, que, valga repetirlo, también lo tienen, sino que, atentaría contra uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de asegurar la vigencia de un orden justo." (Subrayas fuera del original)

En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulnere los derechos fundamentales existan y por ende no se encuentren en el campo de las meras especulaciones o hipótesis.¹³

El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991]". Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una

¹³ Sentencia T-883 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería

actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008, al afirmar que “partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)”, ya que “sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)”.

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, “ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”.

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.¹⁴

De manera que, siendo la finalidad de la acción de tutela la protección de derechos fundamentales, al no poderse verificar su vulneración o amenaza, resulta improcedente conceder algún tipo de amparo.

Por lo expuesto, el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE FLORENCIA, CAQUETÁ, administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo tutelar deprecado por la señora **SUNILDA JOVEN BAHOS** actuando como agente oficio del señor **KEVIN YORLEY LOSADA JOVEN**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte considerativa.

¹⁴ Sentencia T-130 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes este fallo por el medio más expedito.

TERCERO: De no ser impugnado el presente fallo, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Decreto 2591 de 1991, art. 31).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Norma Constanza Cuellar Escobar

Juez

Juzgado Municipal

Penal 003

Florencia - Caqueta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**2c5f3d1de318f6e45481561309077a905d079fcb83dd1833dd091751b53
bae89**

Documento generado en 07/04/2022 04:14:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>