El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Francisco Javier Posada Buitrago

Accionados : Cosmitet Ltda y otro

Radicación : 66001-31-10-002-2019-00377-01

Despacho de origen : Juzgado Segundo de Familia de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 490 del 09-10-2019

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / LEY 1751 DE 2015 / PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA AMPARARLO / TRATAMIENTO INTEGRAL.**

… nuestra CC estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales. (…)

… respecto a la residualidad se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esta regla en general: i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derecho… y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP)…

La CC en su jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera…

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. (…)

La integralidad del servicio a la salud, también se consideró en la precitada ley, en la que se estableció que: “Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. (…)”. (Artículo 8, Ley 1751). (…)

Partiendo de las premisas jurídicas anotadas y teniendo en cuenta el petitorio junto con las pruebas obrantes en el expediente, advierte esta Colegiatura que la sentencia venida en impugnación habrá de confirmarse, habida cuenta que es manifiesta la trasgresión del derecho a la salud del actor. (…)

Del mismo modo sucede en lo atinente al tratamiento integral dispuesto por el a quo, pues se avino a la jurisprudencia constitucional: (i) Es indispensable concederlo porque el actor es una persona de especial protección constitucional dada su avanzada edad (68 años); (ii) La “HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA” diagnosticada es progresiva y afecta notablemente su condición de salud; y, (iii) A la fecha han pasado casi cuatro (4) meses desde que se radicó la orden del especialista.

  
REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., nueve (9) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación formulada dentro de la acción constitucional referida, luego de surtida la actuación de primera instancia, sin avistar nulidades que la invaliden.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Se expresó por el tutelante que en virtud al diagnóstico: *“TUMOR MALIGNO DE LA PRÓSTATA”*, el especialista le prescribió: *“ONCOLOGÌA RADIOTERAPIA*”*,* pendiente de su aprobación desde el 19-06-2019; incluso, consultó con un médico particular y confirmó la urgencia de ese procedimiento (Folios 1-4, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se estiman vulnerados los derechos a la salud y la vida en condiciones dignas (Folio 2, cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Pretende que el amparo de los derechos, y en consecuencia, disponer que las accionadas: (i) Autoricen la asistencia médica: *“ONCOLOGÍA RADIOTERAPIA*”; y (ii) Brinden atención integral (Folio 3, cuaderno No.1).

1. RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 09-08-2019 se admitió, y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 26, ibídem). Fueron notificados los extremos de la acción (Folios 27-30, ibídem). El 23-08-2019 se profirió sentencia (Folios 35-44, ibídem). Y, el 05-09-2019 se concedió la impugnación formulada por Cosmitet Ltda (Folio 67, ib.).

El fallo opugnado concedió el amparo, por la demora injustificada de la accionada en la autorización de la asistencia médica prescrita por especialista, sin tener en cuenta la edad del actor y la grave patología que afecta su salud *“HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA”* (Folios 35 a 44, ib.). Cosmitet Ltda cuestiona que se haya ordenado que preste el servicio en esta municipalidad, sin parar mientes en su facultad de escoger el prestador que garantice la atención, de acuerdo a jurisprudencia constitucional; por consiguiente, pide modificar el fallo opugnado (Folios 54-55, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR
   1. La competencia funcional. Esta Corporación está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Juzgado que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
   2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Segundo de Familia de Pereira, que tuteló los derechos del accionante, conforme al escrito de impugnación.
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple porque el señor Francisco Javier Posada Buitrago está afiliado en el régimen de asistencia en salud, a través de UT Cosmitet Ltda (Folio 31, ib.).

Por pasiva, la IPS Cosmitet Litda porque es entidad que presta los servicios médicos asistenciales al personal docente dentro del régimen especial de salud administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Ministerio (Folio 54, ib.).

* + 1. La subsidiariedad e inmediatez

El artículo 86 de la CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

En ese entendido, nuestra CC estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

Este último supuesto está satisfecho, pues la acción se presentó dentro de los seis (6) meses siguiente a los hechos violatorio, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional; la orden médica para la prestación del servicio *“ONCOLOGÍA RADIOTERAPIA”* es del 19-06-2019 (Folio 8, ib.) y la tutela se radicó el 08-08-2019 (Folio 1, ib.).

Ahora, respecto a la residualidad se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esta regla en general[[1]](#footnote-1): i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[2]](#footnote-2) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[3]](#footnote-3) y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP)[[4]](#footnote-4).

En el *sub examine*, la parte actora carece de otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de sus derechos. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. El derecho a la salud como fundamental

Al tenor del artículo 49 CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad[[5]](#footnote-5).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

* 1. Las exclusiones en el tratamiento al usuario

También debe entenderse que a la luz de la precitada ley, el derecho fundamental a la salud debe garantizarse a través de: *“(…) la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (…)”*, esto es, las exclusiones son solo aquellas expresamente mencionadas en el artículo 15, además el 3º de la misma Ley, dispone: *“(…) a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud (…)”*.

* 1. El tratamiento integral para el usuario

La integralidad del servicio a la salud, también se consideró en la precitada ley, en la que se estableció que: *“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (…)”.* (Artículo 8, Ley 1751).

Y sobre ella, la Máxima Magistratura Constitucional, ha dicho[[6]](#footnote-6): *“(…) el principio de integralidad consiste en mejorar las condiciones de existencia de los pacientes garantizando todos los servicios que los médicos consideren científicamente necesarios para el restablecimiento de la salud, ello en condiciones de calidad y oportunidad. Finalmente, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que impidan a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud (…)”.*

1. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Partiendo de las premisas jurídicas anotadas y teniendo en cuenta el petitorio junto con las pruebas obrantes en el expediente, advierte esta Colegiatura que la sentencia venida en impugnación habrá de confirmarse, habida cuenta que es manifiesta la trasgresión del derecho a la salud del actor.

En efecto, el médico tratante ordenó el procedimiento *“ONCOLOGÍA RADIOTERAPIA”* (Folio 8, cuaderno No.1), como plan de manejo para la *“HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA”*, que padece; sin embargo, aún no ha garantizado su práctica, según se verificó en esta instancia (Folio 4, cuaderno No.2).

En ese orden de ideas, hay que decir que fue acertada la decisión de primera sede al disponer de manera prioritaria que se efectuara el procedimiento, habida cuenta de la tardanza injustificada de la encausada; negligencia que puede ocasionar que su estado de salud tienda a agravarse.

Ya la Alta Magistratura Constitucional[[7]](#footnote-7) en varias oportunidades ha sostenido que: *“(…) la demora injustificada (…) “puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar o agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y ala vida digna de un paciente”*.

Del mismo modo sucede en lo atinente al tratamiento integral dispuesto por el *a quo,* pues seavinoa lajurisprudencia constitucional: (i) Es indispensable concederlo porque el actor es una persona de especial protección constitucional dada su avanzada edad (68 años); (ii) La *“HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA”* diagnosticada es progresiva y afecta notablemente su condición de salud; y, (iii) A la fecha han pasado casi cuatro (4) meses desde que se radicó la orden del especialista.

Entonces, requiere que se le brinde el tratamiento urgente y continuo, máxime que la accionada no ha sido efectiva ni oportuna en la prestación del servicio; sin lugar a dudas, ha sido renuente, prueba de ello, es que la “*ONCOLOGÍA RADIOTERAPIA”*, todavía no se materializa (Folio 4, cuaderno No.2).

Por último, la Corporación advierte infundado el reparo de la opugnante, habida cuenta de que la decisión de instancia en manera alguna circunscribió la prestación del servicio en una IPS de esta municipalidad, como mal lo anota, simplemente ordenó que autorizara y programara con urgencia la práctica del tratamiento, por ende, es discrecional que decida hacerlo en otra localidad, siempre que garantice el servicio deprecado, y resulte razonable y proporcional el lugar elegido para la asistencia, teniendo en cuenta las condiciones particulares del usuario, de tal manera que no se traduzca en un obstáculo que imposibilite el acceso a la prestación en salud.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F a l l a

1. CONFIRMAR el fallo proferido el 23-08-2019 por el Juzgado 2º de Familia de Pereira.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-600 de 2002, T-572 de 2015, T-370 de 2017, T-522 de 2017 y T-042 de 2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-046 de 1995. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997 y SU-133 de 1998. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-225 de 1993: *según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trata de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.* [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019 y T-117 de 2019. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC.T-062 de 2006, en igual sentido las T-096 de 2016 y T-020 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-345 de 2013. [↑](#footnote-ref-7)