



DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS DE FUSAGASUGÁ

Fusagasugá – Cundinamarca, 27 de mayo de 2024

ACCIÓN DE TUTELA N° 25290400400320240008500 INTERPUESTA POR YOJANA XIMENA GONZALEZ NIÑO ACTUANDO EN CALIDAD DE AGENTE OFICIOSA DE CRISTIAN ANDRES OSPINA CAVIEDES CONTRA LA EPS FAMISANAR

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por **YOJANA XIMENA GONZALEZ NIÑO**, actuando en calidad de agente oficiosa de **CRISTIAN ANDRES OSPINA CAVIEDES** en contra de la **EPS FAMISANAR** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna e integridad personal

ANTECEDENTES

Hechos.

El señor **CRISTIAN ANDRES OSPINA CAVIEDES** ingresó al Hospital San Rafael de Fusagasugá desde el 4 de mayo del 2024, a raíz de una herida de bala en tórax y abdomen, lo cual le generó inmovilidad del brazo derecho. Debido a la complejidad del cuadro clínico, el médico tratante ordenó *“remisión a entidad de nivel superior para manejo de ortopedia con disponibilidad de UCI, y cirugía general, con ambulancia medicalizada”*, no obstante, la accionada no ha autorizado el servicio pese a que el paciente presenta intensificación en los síntomas y requiere con urgencia el traslado.

Objeto

De acuerdo con lo expuesto, la accionante pretende el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad personal de **CRISTIAN ANDRES OSPINA CAVIEDES**, en consecuencia, solicita ordenar a la **EPS FAMISANAR** que disponga lo necesario para efectuar su remisión a una institución de mayor nivel de atención para manejo integral por ortopedia con disponibilidad de UCI y cirugía general con transporte en ambulancia, de conformidad con lo ordenado por su médico tratante, así como, el tratamiento integral de su patología.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 10 de mayo de 2024, a través del cual se ordenó librar comunicación a la accionada, con el fin de ponerle en conocimiento el escrito de tutela y solicitarle la información pertinente. Así mismo, se vinculó al **MINISTERIO DE SALUD Y**



PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y al HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ, para que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones de la acción de tutela. Igualmente, se concedió la medida provisional solicitada por la parte actora.

Informes recibidos

La **EPS FAMISANAR** indicó que el prestador canceló el trámite de traslado por manejo en IPS, pues al paciente se le realizó una cirugía general de laparotomía exploratoria; rafia de segmento VII del hígado y colocación de tubo de tórax. Así mismo, señaló que la especialidad de ortopedia lo remitió a cirugía para hacerle una reducción abierta de fractura en el húmero izquierdo, razón por la cual solicitó declarar improcedente la acción de tutela, como quiera que la remisión del paciente fue cancelada por manejo en IPS.

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** solicitó su desvinculación de toda responsabilidad dentro de la acción de tutela interpuesta, teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la misma, lo que a su criterio impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esta Entidad.

Ahora, el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** sostuvo que no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos, por tanto, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de vulneración de derechos fundamentales, luego, solicitó su exoneración de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela.

Por último, el **HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ** revisó la historia clínica del paciente, en donde evidenció el ingreso al servicio de urgencias el 4 de mayo de 2024, por un diagnóstico de "*fractura de la diáfisis del humero*"; debido al cual se ordenó su traslado a una institución de mayor complejidad, momento desde el cual la oficina de referencia y contra referencia, realizó los tramites en procura de salvaguardar la vida y la salud de la paciente, sin embargo, sostuvo que la autorización para hacer efectivo el traslado a una entidad que pueda tratar la patología que presenta se encuentra pendiente por parte de FAMISANAR EPS.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

Para que la acción constitucional prospere se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando



sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (C. C. T-471 de 2017).

Derecho fundamental a la salud

Dispone el artículo 49 constitucional que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, y que estos deben ser garantizados a todas las personas, desde las ópticas de promoción, protección y recuperación del estado de salud.

Esta disposición constitucional reafirma que a todas las personas se les debe otorgar la garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de ese estado de salud, determinando, de manera irrefutable, que el derecho a la salud adquiere el rango de fundamental y por ello todas las personas tienen el derecho a su atención, definiendo así el sujeto, sin hacer exclusión de ninguna índole, para abarcar, por consiguiente, la universalidad de los destinatarios del mismo.

En aplicación directa de la Constitución, la jurisprudencia constitucional siempre ha optado por considerar que el derecho a la salud es fundamental por cuanto protege múltiples ámbitos de la vida humana, y a la vez es un derecho complejo, tanto por su concepción como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan, y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad (Sentencia T-760 de 2008 y T-062 de 2017).

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud es reconocido finalmente como derecho fundamental, para regularlo como aquella garantía consistente en la adopción de medidas y prestación de servicios, en procura del más alto nivel de calidad e integridad posible, sobre todo, de personas en estado de debilidad manifiesta, puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y tratamiento eficiente e integral, esas personas merecen especial protección por parte del Estado.

Precisamente con esta legislación, se estableció que la atención en materia de salud, debe ser prestada de manera integral, es decir, 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»*, por las entidades encargadas por el Estado, con observancia de sus elementos esenciales e interrelacionados, tales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad, la calidad e idoneidad profesional y principios básicos como los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de los derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia e interculturalidad y protección especial a minorías étnicas.



Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garanticen un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones de dignidad.

La Corte Constitucional¹ ha señalado que el **principio de oportunidad** se refiere a que:

El usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.

Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos.

En este contexto, como dice la sentencia T-673 de 2017, cualquier barrera o limitación que conlleve la restricción en la efectiva prestación de los servicios en salud con oportunidad, supone la afectación del derecho a la salud y un obstáculo para el pleno goce de este.

De la carencia actual de objeto.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente "*caería en el vacío*". Específicamente, esta figura se materializa a través de las siguientes circunstancias esbozadas entre otras en la sentencia T-038 de 2019, así:

*"(...) **Hecho superado.** Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que, como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado.*

¹ Sentencia T-092 de 2018.



(...) **Acaecimiento de una situación sobreviniente.** Se presenta en aquellos casos en que tiene lugar una situación sobreviviente, que a diferencia del escenario anterior, no debe tener origen en una actuación de la accionada, y que hace que ya la protección solicitada no sea necesaria, ya sea porque el accionante asumió la carga que no le correspondía, o porque la nueva situación hizo innecesario conceder el derecho”.

(...) **Daño consumado.** Es aquel que se presenta cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, de tal manera que, el juez no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro. Así, al existir la imposibilidad de evitar la vulneración o peligro, lo único procedente es el resarcimiento del daño causado por la violación de derecho. No obstante, la Corte ha indicado que, por regla general, la acción constitucional es improcedente cuando se ha consumado la vulneración pues, esta acción fue concebida como preventiva mas no indemnizatoria”.

Así mismo, de acuerdo con la sentencia T-011/16 de la Corte Constitucional, el daño consumado tiene lugar cuando “la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela. La configuración de este supuesto ha sido declarada por la Corte, por ejemplo, en los casos en que el solicitante de un tratamiento médico fallece durante el trámite de la acción como consecuencia del obrar negligente de su E.P.S., o cuando quien invocaba el derecho a la vivienda digna fue desalojado en el curso del proceso del inmueble que habitaba”.

Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto, la accionante pretende el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad personal de **CRISTIAN ANDRES OSPINA CAVIEDES**, en consecuencia, solicitó ordenar a la **EPS FAMISANAR** que disponga lo necesario para efectuar su remisión a una institución de mayor nivel de atención para manejo integral por ortopedia con disponibilidad de UCI y cirugía general con transporte en ambulancia, de conformidad con lo ordenado por su médico tratante, así como, el tratamiento integral de su patología.

Para acreditar su pedimento, la parte actora aportó el documento denominado “Anexo Técnico No. 9, formato estandarizado de referencia de pacientes” del 6 de mayo de 2024, en la cual se evidencia que el paciente de 34 años de edad, ingresó a la Institución Promotora de Salud con ocasión de una herida por arma de fuego, así:

(...) Paciente de 34 años con diagnósticos del choque distributivo resuelto//1.1 heridas por arma de fuego no 3 sin orificio de salida (hombro derecho, toracoabdominal derecha y flanco derecho).



Así mismo, obran en el plenario extractos de la epicrisis del paciente, en donde se relaciona el cuadro clínico del agenciado, sus diagnósticos y el plan de manejo a seguir, de la siguiente manera:

*(...) Paciente masculino de 34 años cursando en pop inmediato de lavado y curetaje en humero derecho + reducción abierta e indirecta de hlnero + aplicación de tutor externo húmero derecho dr jimenez 05.05:24, en la que cono hallazgos intraoperatorios se obtuvo fractura abierta de humero proximal, abierta gusillo y anderson lib. reduccion y procedimientos sin complicaciones, actualmente sin requerimiento de soporte vasopresor. dle aspecto cardiovascular no arritmias no bajo gasto cardiaco. del aspecto pulmonar acoplado a ventilación mecánica modo vcv, parametros de oxigenación estables, no broncoespasmo, rx control neumotórax derecho en expansión, tubo de tórax no oscila no burbujea. del aspecto infeccioso, hoy registros febril, sin descompensación hemodinámica . con leucocitos en descenso, rx de humero derecho control posopera torio donde se evidencia fractura conminuta con desplazamiento de fragmentos óseos metafistaria proximal del 'húmero fuada mediante tutor externo cuerpos extraños metálicos en tercio proximal del brazo de hasta 16 mm. **dado lo anterior paciente quien requiere segundo tiempo quirúrgico con osteosintesis definitiva sin embargo considerando la gravedad de la lesión y no disponibilidad de cirugía de hombro en esta institución se decide iniciar tramite de remisión a institución de mayor nivel de atención para manejo integral por ortopedia con disponibilidad de UCI y cirugía general, se solicita ambulancia medicalizada.***

Por su parte, la **EPS FAMISANAR**, indicó que el prestador canceló el trámite de traslado por manejo en IPS, pues al paciente se le realizó una cirugía general de laparotomía exploratoria; rafia de segmento VII del hígado y colocación de tubo de tórax, así como que se remitió a cirugía para reducción abierta de una fractura en el húmero izquierdo, no obstante, no allegó prueba alguna que acreditara tal situación.

Así las cosas, en aras de confirmar lo manifestado por la accionada, la secretaría de este Despacho se comunicó al número telefónico de la promotora. Al respecto, la señora **YOJANA XIMENA GONZALEZ NIÑO**, indicó que, en efecto, al señor **CRISTIAN ANDRES OSPINA CAVIEDES** le fue practicada la intervención quirúrgica que requería y que se encuentra actualmente en recuperación en el **HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ**, por lo cual ya no es necesaria su remisión, de tal suerte que, según lo señalado por la accionante, el objeto de su pretensión se encuentra cumplido.

En ese orden de ideas, de conformidad con la manifestación expresa de la misma accionante, encuentra este Despacho que en el presente asunto hay lugar a considerar que existe una carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado, pues de conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional, una vez el accionante ha iniciado la acción correspondiente en aras de encontrar la protección de los derechos fundamentales y la accionada, frente a ello, da inicio a todas las gestiones necesarias con el fin de resarcir o evitar el perjuicio al actor cumpliendo con su fin, se estaría frente a la figura de la carencia actual del objeto, pues si bien, al inicio de la acción se evidenciaba una vulneración del derecho del actor, durante las actuaciones de la acción de tutela, la parte pasiva dio lugar a la gestión requerida o necesaria.



Al punto, se recuerda que el fenómeno de la carencia actual de objeto, conforme lo ha establecido la Corte Constitucional, entre otras, en Sentencia T-038 de 2019, es un fenómeno que se configura cuando se haya, que cualquier orden que sea emitida por el juez frente a las pretensiones esbozadas en la acción constitucional no tendría ningún efecto o «caería en el vacío» y que se materializa a través de tres circunstancias como el daño consumado, la situación sobreviniente y el hecho superado, que fue definido así:

3.1.2. Hecho superado. Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que, como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocuo cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado.

Precisado lo anterior y como quiera que la vulneración sobre la cual pudiera recaer la decisión del fallo de tutela respecto la petición desapareció perdiéndose la esencia de la protección reclamada por vía constitucional, este Despacho declarará la carencia actual del objeto por hecho superado.

Ahora, en lo que atañe a la **integralidad del tratamiento** que fue solicitado por la tutelante, considera el despacho que no hay lugar a ordenarlo por medio de esta acción de tutela, toda vez que, la omisión detectada es parcial y con las puntuales gestiones adelantadas por la accionada, tal omisión se corrigió. Además, no se observa ni la actora manifestó que la accionada incurriera en alguna práctica discriminatoria, lo que descarta que se trate de un proceder sistemático por parte de la accionada.

Sobre el punto, la Corte Constitucional en sentencia T-092 de 2018 señaló: «*el concepto de integralidad “no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”*» (Corte Constitucional, sentencia T - 092 de 2018). De ahí que, deba negarse la pretensión de tratamiento integral.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS DE FUSAGASUGÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO respecto de la acción de tutela instaurada por **YOJANA XIMENA GONZALEZ NIÑO**, actuando en calidad



de agente oficiosa de **CRISTIAN ANDRES OSPINA CAVIEDES** en contra de la **EPS FAMISANAR**, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: NEGAR lo relacionado con el tratamiento integral, de acuerdo a lo expuesto.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación. De ser excluida de revisión, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las desanotaciones de rigor.

QUINTO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial. Para su consulta ingresar al siguiente link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-003-penal-municipal-de-fusagasuga/62>

Notifíquese y Cúmplase,

El Juez,

JESÚS ALBERTO DÍAZ RHENALS
JUEZ