



44

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Yopal - Casanare, seis (6) de septiembre de dos mil dieciséis
(2016)

Ref.

Medio Constit.: TUTELA

Derecho a la salud, a la vida y a la integridad personal.

Accionante: JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO

Accionados: CAPRESOCA E.P.S. y SECRETARÍA DE
SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE

Radicación: 850013333002-2016-00263-00

Procede este operador judicial a dictar la sentencia que corresponda en el asunto de la referencia, una vez concluido el trámite especial establecido en el Decreto 2591 de 1991 que desarrolla el artículo 86 de la Constitución Nacional y recaudados informes de las accionadas en lo posible, en razón a que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

OBJETO DE LA DEMANDA:

Mediante escrito el señor JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO acude a esta figura de rango constitucional a fin que se ampare y proteja los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad personal, entre otros, establecidos en la Constitución Nacional, que considera le están siendo amenazados y/o vulnerados por CAPRESOCA EPS, manifestando que ésta entidad le niega un servicio de urgencia consistente en cirugía reconstructiva de cartílago que fuera ordenada por médico tratante.

PRETENSIONES:

Conforme a la propia redacción de la demanda, el accionante, solicita al Despacho en su escrito de tutela lo siguiente:

1. *"...Se ordene a CAPRESOCA EPS actuar inmediatamente para asegurar mi derecho a la seguridad social en salud y, en consecuencia la misma entidad tramite, legalice y AUTORICE LA CIRUGÍA DE RECONSTRUCCIÓN CON INJERTO DE CARTÍLAGO Y COLGAJO REGIONAL, de manera inmediata; al igual que se me tutele de manera integral todos los procedimientos quirúrgicos, medicamentos, servicios asistenciales que llegara a necesitar con ocasión de mi cuadro clínico.*

Más adelante en similar forma, solicita como petición especial, lo siguiente:

2. *...Ordene el restablecimiento inmediato del derecho de la continuidad de la prestación del servicio, mediante la autorización de la CIRUGÍA DE RECONSTRUCCIÓN CON INJERTO DE CARTÍLAGO Y COLGAJO REGIONAL de manera inmediata al igual que se me garantice de manera integral todos los procedimientos quirúrgicos, medicamentos, servicios asistenciales que llegare a necesitar con ocasión del cuadro clínico que estoy presentando: teniendo en cuenta que se allega prueba documental del caso; y en consecuencia se ordene que dentro de un plazo perentorio, en amparo del derecho fundamental de la salud, en conexidad del derecho fundamental a la vida, se me autorice lo prescrito por mi médico de manera inmediata".*

Como respaldo a su solicitud de amparo adjunta los siguientes documentos:

- Fotocopia de documentos de identificación del accionante JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO (fl. 5).
- Formato de Capresoca denominado "NEGACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD Y/O MEDICAMENTOS", de fecha

21 de julio de 2016 a nombre del paciente JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO (fl. 6).

- Apartes de historia clínica del paciente JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO e indicaciones de médico cirujano plástico (fls. 7 al 11).

ANTECEDENTES:

Refiere el tutelante que se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud régimen subsidiado a través del SISBÉN en CAPRESOCA EPS.

Esboza que son personas de escasos recursos y requiere con carácter urgente por prescripción médica cirugía de reconstrucción con injerto de cartílago y colgajo regional.

Que hace varios días que el médico tratante dio a orden de cirugía urgente y luego de insistencia y varias visitas a CAPRESOCA EPS, éste le niega el servicio, lo que constituye un acto violatorio a su derecho a la salud y agrava sus estado emocional, lo que le ha impedido desarrollar sus labores normales y el cuadro depresivo le presenta cada día más angustia.

Mas adelante señala que solicita se ordene a CAPRESOCA EPS actuar inmediatamente para asegurar su derecho a la seguridad social en salud y en consecuencia la misma entidad tramite, legalice y autorice la cirugía de reconstrucción con injerto de cartílago y colgajo regional de manera inmediata, al igual que se le tutele de manera integral todos los procedimientos quirúrgicos, medicamentos, servicios asistenciales que llegare a necesitar con ocasión del cuadro clínico que presenta.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El escrito de tutela fue interpuesto ante la Oficina de Apoyo de Servicios Judiciales de Yopal el 22 de agosto de 2016, repartida y allegada a este Despacho hasta el día siguiente, siendo admitida mediante auto del 23 de agosto de 2016 que obra a folio 14 del cuaderno principal; Por haber sido

solicitada en capítulo especial del cuerpo de la demanda, se dispuso resolver medida cautelar, resolviendo NO ACCEDER a lo pedido teniendo en cuenta que la medida cautelar es como tal la misma pretensión de la tutela, tampoco se evidenció un peligro inminente a la vida del accionante, dejando para determinar la posibilidad de amparar los derechos invocados en la sentencia de tutela dentro del término establecido por el legislador en el decreto 2591 de 1991. Dentro del mismo auto se ordenó extenderla a la Secretaría de Salud Departamental de Casanare, disponiendo además a las entidades accionadas que se manifiesten sobre la demanda impetrada, igualmente y dentro del mismo término deberán remitir copia auténtica del expediente administrativo o la documentación donde conste los antecedentes que guarden relación directa con lo peticionado.

El contenido de la providencia admisorio fue notificada a los representantes de las accionadas y al agente del Ministerio Público delegado ante este Juzgado, el día 24 de agosto del presente año (fls. 15 al 16).

Pronunciamiento de la Secretaría de Salud de Casanare: (fls 17 al 19).

A través de abogado a quien le fue conferido poder por intermedio de funcionaria de la oficina de Defensa Judicial del Departamento de Casanare, con memorial allegado a la Secretaría del Juzgado el 29 de agosto del presente año, se hace presente al escenario constitucional que se le ha planteado, indicando frente a los hechos que se tiene por cierto que el paciente presenta avulsión de pabellón auricular izquierdo y luego que se adelantaron los procedimientos quirúrgicos dentro de la urgencia, lo remiten a cirugía plástica para injerto de cartílago con colgajo regional.

Más adelante señala textualmente lo siguiente: *"El tema del procedimiento por cirugía plástica que requiere el paciente consideramos que está cubierto por el POS según prescripción del artículo 37 de la Resolución 5592 de 2015"*.

Concluyendo que se debe revisar cuidadosamente que esa reconstrucción tenga finalidades de darle funcionalidad auditiva al paciente, porque si solo es con fines estéticos

definitivamente se excluye y ni siquiera se puede tomar como evento NO POS o recuperarlo al ente territorial porque no guardaría ninguna relación con el restablecimiento de la salud y porque la misma ley No. 1751 de 2015, estatutaria de la salud no lo permite según su artículo 15 que transcribe.

Manifestación de CAPRESOCA EPS: (fls. 27 al 31)

La representante legal (E) de esta EPS, allega escrito vía email de fecha 29 de agosto de 2016, en el cual hace referencia a cada uno de los hechos, manifestando que algunos son ciertos como la afirmación del accionante respecto a que se encuentra afiliado al régimen subsidiado ante esa EPS y que el mismo que tiene prescripción médica para realización de cirugía de reconstrucción con injerto de cartílago y colgajo regional del pabellón auricular izquierdo. Igualmente, alude que dicho procedimiento quirúrgico no tiene indicación médica que es funcional por lo que el accionante no puede afirmar que no puede ejecutar sus actividades normales, pues el sistema auditivo no está comprometido por falta de pabellón en la oreja.

Refiere más adelante que tampoco se allega con el expediente prueba siquiera sumaria que acredite que al señor JOSÉ RAFAEL a consecuencia de la mordedura humana y desprendimiento del pabellón auricular, lo esté afectado emocional y psicológicamente.

Finalmente, dice que para determinar la afectación psicológica del accionante CUENCA LIZCANO, CAPRESOCA EPS genera autorización No. 842165 y gestiona cita para valoración por Psicología en la IPS "Puerta Abierta" siendo ésta agendada para el lunes 29 de agosto de 2016 a las 3:00 P.M.

Otra actuación:

Ante la manifestación de CAPRESOCA EPS en su contestación, surgen interrogantes que el Despacho consideró importante dilucidar antes de proferir el correspondiente fallo constitucional, para lo cual dispuso en

auto del día de ayer 5 de septiembre de 2016, oficiar a dicha entidad prestadora de salud a efectos que en el término de 3 horas informara y certificara a este Despacho si el señor JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO asistió a la valoración por PSICOLOGÍA y cual fue el resultado de la misma, dado por el profesional respectivo. En igual forma, por Secretaría contactar vía celular al señor JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO para que informara si asistió a la valoración por psicología autorizada por CAPRESOCA EPS y agendada para el día 29 de agosto hogaño, si obtuvo documento del profesional que lo valoró y de ser posible allegarlo en el término de 3 horas a este Juzgado.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la *dignidad humana* (art. 1 C.N.) desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de administrar justicia.

Competencia:

Este operador judicial investido de la función constitucional - para el caso específico - que le otorga la Carta Magna, a través del Despacho, es competente para proceder a proferir sentencia dentro de la acción especialísima de la tutela, de conformidad a lo estipulado en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991, pues la Constitución Política de 1991 instituyó la jurisdicción constitucional en los Jueces de la República; igualmente, de acuerdo a lo señalado en el Decreto 1382 de 2000 y al factor territorial por el lugar donde presuntamente se pudieren estar poniendo en peligro, amenazando o quizás vulnerando derechos fundamentales.

Procedibilidad de la Acción de Tutela:

La Constitución Política de 1991 cuyo máximo fruto ha sido la institución de la tutela o amparo – opinión de especialistas en derecho constitucional que este administrador judicial comparte como un todo - que en sentido estricto es un derecho subjetivo público de la persona o individuo, un mecanismo excepcional diseñado en hora buena por el constituyente del 91 para amparar y proteger los derechos fundamentales, cuando estos pudieren ser puestos en peligro, o efectivamente violados, amenazados o desconocidos por alguna autoridad o por un particular que tenga la obligación de prestar el servicio público, y especialmente para evitar que las personas encargadas de prestarlos no abusen de los particulares que se ven obligados a acudir a esas entidades en procura de un servicio urgente.

Sin embargo, recién cumplidos 25 años de la puesta en marcha de esta útil herramienta se ha decantado de manera paulatina el abuso de la figura principalísima del amparo constitucional, utilizándose equivocadamente para defender derechos económicos de grandes emporios, terratenientes y empresas multinacionales que sin asomo de escrúpulos han intentado por intermedio de esta noble figura lograr objetivos que no alcanzaron a través de otros medios jurídicos dispuestos para ello, intentando de esta forma esquivar y dejar de lado los fines altruistas que buscó el constituyente, aunado a la aquiescencia de algunos servidores a favor de grandes empresas y otras de similar corte, sacrificando de paso en no pocas ocasiones derechos de trabajadores, campesinos despojados de sus tierras, pequeñas minorías, indígenas, comunidad afrodescendiente y en general personas del común. Lo anterior, ha dado pie a posiciones extremas de voces que sin sonrojarse piden acabar y/o modificar tan especial instrumento jurídico, sin valorar los grandes beneficios que le ha prestado al conglomerado social en especial de las clases menos favorecidas que han visto en él una tabla de salvación a situaciones en las cuales se ha visto comprometido hasta el don máspreciado de la vida. Una aspiración de difícil tránsito ante los estamentos gubernamentales de hacienda nacional que han propuesto muchos servidores judiciales ha sido la creación de la

jurisdicción constitucional a la que se le establezcan facultades especiales para adelantar y fallar todas las acciones de dicha estirpe y que tuvieran connotaciones especializadas en tal materia; que pudiese afianzar aún más esta práctica como herramienta de amparo y solución a problemas mediáticos y que contribuyera de alguna forma a la descongestión de los Despachos judiciales y consecuentemente una pronta solución de futuros litigios.

Ha reiterado en pronunciamientos anteriores este Despacho que esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: *la subsidiariedad y la inmediatez*; el primero por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y, el segundo, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponerla en guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

Legitimación por activa:

El artículo 86 de la Carta Política establece que las personas pueden interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, 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 privada que desempeñe funciones públicas.

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia T-1020 de 30 de octubre de 2003, indicó que: *"la acción de tutela es un medio de defensa que se encuentra al alcance de todas las personas "nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas, (...) independientemente de si es ciudadano o no. De manera que pueden interponerla los nacionales, los extranjeros, los que se encuentran privados de su libertad, los indígenas e inclusive los menores de edad. No hay diferenciación por aspectos tales como raza, sexo o condición social, lo que indica que todo ser humano que se halle en territorio colombiano puede ejercer la acción, o, en*

el evento en que no se encuentre allí, cuando la autoridad o particular con cuya acción u omisión se vulnera el derecho fundamental se halle en Colombia”.

En consecuencia, JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO quien solicita el amparo a través de esta figura, quien se encuentra con avulsión y/o deformidad del pabellón auricular izquierdo debido - al parecer - por mordedura humana, se encuentra habilitado constitucionalmente para interponer esta clase de acción especialísima; por cuanto así lo determina el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991.

Legitimación por pasiva:

CAPRESOCA EPS en calidad de entidad promotora de salud de carácter público, y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión, por lo cual están sujetas al ordenamiento jurídico y pueden llegado el caso, ser receptoras de órdenes judiciales para proteger los derechos de cualquier persona que los considere violados o amenazados, lo que debe ser constatado en este perentorio término establecido en el mencionado decreto.

DERECHOS INVOCADOS Y JURISPRUDENCIA APLICABLE:

Los derechos presuntamente quebrantados están constitucionalmente protegidos; fueron expresamente calificados en la Constitución como fundamentales, así: **a la salud y la seguridad social**. La jurisprudencia constitucional ha reconocido la misma naturaleza y protección a **la dignidad personal**, en conexión con el derecho a la vida (Art. 11 CP), cuyo reconocimiento como derecho inherente a la persona es del derecho interno y se encuentra protegido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ello, en la perspectiva formal, el trámite de la acción es procedente a pesar de la perentoriedad en cuanto a términos para resolver; se encamina a establecer si efectivamente dichos derechos enunciados y resaltados, de estirpe constitucional fundamental, han sido conculcados o están siendo amenazados por las actuaciones o mejor posibles omisiones de CAPRESOCA E.P.S. y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE, en lo relacionado a los probables obstáculos que ha encontrado el accionante para que en su condición de afiliado al régimen subsidiado de la EPS en mención, se le realice procedimiento quirúrgico de **"Reconstrucción con injerto de cartílago y colgajo regional"** lo anterior conforme a diagnóstico y recomendación de médico tratante.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado:

"...Uno de los fines inmediatos de éste es el de vivir en condiciones saludables. A la vez, y bajo otro aspecto, la salud es un medio necesario para una vida digna, pues al hombre no sólo se le debe respetar su existencia biológica, sino que ésta sea de acuerdo a su dignidad de persona, es decir, como un ser que merece vivir bien. Es pues así como el derecho a la salud es un derecho fundamental, derivado del derecho a la vida que tiene toda persona humana, desde el momento de la concepción hasta su muerte, derecho que implica conservar la plenitud de sus facultades físicas, mentales y espirituales, y poner todos los medios ordinarios al alcance para la prevención de las enfermedades, así como para la recuperación." (Sentencia T 013 1995 Ponente Vladimiro Naranjo Mesa).

Esa misma Corporación en Sentencia SU- 819 de 1999 expuso:

"La Seguridad Social en Salud fue concebida en la Ley 100 de 1993 como un sistema destinado a regular el servicio público esencial de salud y a crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus

derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, bajo el imperio del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del interés general. Para ello, el Estado debería crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de todos a la atención básica en salud, ampliando progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud y garantizando la protección y la recuperación de la salud a los habitantes del país. **Obligación ésta que en los términos de los artículos constitucionales 48 y 49 no sólo corresponde al Estado** en la medida en que el beneficiario del servicio no cuente con los recursos necesarios para sufragarlos, **sino igualmente a toda persona en la medida en que debe procurar el cuidado integral de su salud**".

Y más recientemente la Corte Constitucional¹ ha esbozado:

"3. Doctrina constitucional sobre el derecho a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política, la salud tiene una doble connotación: es un derecho fundamental y un servicio público. En este orden, todas las personas tienen la posibilidad de acceder al servicio de salud en las modalidades de promoción, protección y recuperación, correspondiéndole al Estado la organización, dirección, reglamentación y garantía de su prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De la misma forma, en los artículos 365 y 366 de la Carta Política, se dispone que los servicios públicos en general son inherentes a la función social del Estado, de conformidad con lo indicado en el artículo 2º ibídem, y que es deber del Estado asegurar su prestación a "todos los habitantes del territorio nacional" de acuerdo con la ley, "reiterando en este sentido la universalidad y con ello también la fundamentabilidad del servicio público asociado en este caso a la salud"

La protección que otorga el ordenamiento jurídico colombiano al derecho a la salud se complementa y fortalece con lo dispuesto sobre el mismo en el ámbito internacional, como por ejemplo en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su párrafo primero afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la

¹ Sentencia T-345/11 del 5 de mayo de 2011, referencia: expedientes T-2.917.429 y T-2.935.581 (acumulados). Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

En este mismo sentido, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su párrafo primero precisa que los Estados partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Por su parte, la Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones originados en el Pacto, recordó que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”².

Conforme a la ilustración *in extenso* que nos aporta la máxima guardiana de la Carta Magna, los derechos invocados gozan de protección especial conforme a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social goza de una doble connotación jurídica; por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra regulada bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se destaca el acceso efectivo a los servicios de salud. En armonía con lo anterior, el artículo 49 superior establece que la salud hace parte de la Seguridad Social y como tal, se constituye en un servicio público y en un derecho en cabeza de todas las personas.

También en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional² ha sostenido que el derecho a la salud constituye por sí sólo un derecho fundamental autónomo e independiente (antes la jurisprudencia lo referenciaba como en conexidad con el de la vida, lo que se califica hoy de artificioso), el cual debe ser garantizado de forma directa por el Estado Social de Derecho que rige nuestro sistema normativo, acorde con las siguientes consideraciones:

² Sentencia T-760 del 31 de Julio de 2008; M.P.: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

"3. El derecho a la salud como derecho fundamental"

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. (...)

(...)

3.2.1.3. Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.³ Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.⁴ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁵

³ En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: "Así las cosas, puede sostenerse que tiene *naturaleza de derecho fundamental*, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias-, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental." Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁴ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que "(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)" En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte "[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y

(...)

3.2.1.4. Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual,⁶ extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.⁷ En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer "(...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura."⁸ Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la 'dignidad humana', "(...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición."⁹

3.2.1.5. El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. En cuanto a la Observación General N° 14, referida específicamente al derecho a la salud, se hará referencia posteriormente a ella en el presente capítulo de esta sentencia (ver apartado 3.4.2.). (...)

3.2.4. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones

urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud."

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino); en este caso la Corte consideró que "(...) la exclusión del régimen de seguridad social en salud del miembro homosexual de la pareja constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, pues la exclusión está fundada esencialmente en su libre opción sexual, lo cual hace de su derecho una garantía directamente protegida por la Carta. En tanto que la Corporación reconoce que la protección del derecho a la salud puede ser amparada directamente por vía de tutela, cuando la misma implica la violación de la dignidad humana, la Corte infiere que la medida que excluye de la prestación del servicio de salud se encuentra en abierta contradicción con la dignidad humana del individuo y, por tanto, contraria al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional."

⁷ En la sentencia C-075 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil; SV Jaime Araujo Rentería; AV Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, 'en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales'.

⁸ En la sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino).

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino). En este caso se reiteró que "... dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.", tal como lo había considerado la Corte Constitucional en la sentencia C-684 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la conexidad: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental.¹⁰ La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como 'derechos de aplicación inmediata', tales como la vida o la igualdad.¹¹

Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que "se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida", "sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales".¹² Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el 'principio de igualdad en una sociedad'.¹³ Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de 'un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.'¹⁴

3.2.5. La jurisprudencia constitucional reconoció a través de la figura de la 'conexidad', casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida).

Pero la utilidad práctica de tal argumentación, ha sido cuestionada por la propia jurisprudencia. De hecho, recientemente la Corte consideró 'artificial' tener que recurrir a la 'estrategia de la conexidad' para poder proteger el derecho constitucional invocado. Dijo al respecto,

"Hoy se muestra artificial predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i)

¹⁰ Desde su inicio la jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos sociales, económicos y culturales deben ser considerados fundamentales en aquellos casos en que estén en conexidad "con un principio o con un derecho fundamental". Sentencia T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón). Esta posición jurisprudencial, acogida rápidamente por otras Sala de Revisión de la Corte Constitucional (v.gr., sentencia T-571 de 1992; MP Jaime Sanín Greiffenstein), ha sido sostenida de manera continua e ininterrumpida hasta el momento.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso la Corte señaló: "En ciertos eventos - éste es uno de ellos - la atención médica inmediata tiene una relación directa con la conservación de la vida y la salud, hasta el punto que si ella deja de darse la persona puede morir o su salud menguarse en grado sumo. En estas condiciones la atención médica como modalidad del derecho a la vida y a la salud indiscutiblemente tendría aplicación inmediata (CP art. 85)."

¹² Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional¹⁵ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aún tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.¹⁶

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a proteger el derecho 'fundamental autónomo a la salud'.¹⁷ Para la jurisprudencia constitucional "(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud."¹⁸ La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad.¹⁹

Sin embargo, esta variante jurisprudencial deja de ser relevante en punto a la cuestión de la fundamentalidad del derecho a la salud. (...)"

¹⁵ En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad – niños, niñas – o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión – personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

¹⁶ Con relación a este desarrollo jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) en la cual se estudió el caso de una menor que padecía una *lesión nodular carnosa en cara posterior del lóbulo de la oreja izquierda* y a quien su médico especialista tratante había remitido al cirujano plástico para la extracción de la carnosidad. La EPS negó el procedimiento por considerar que el mismo era de carácter estético. La Corte protegió los derechos de la menor, ordenó practicar la cirugía e indicó: "(...) en el presente asunto se trata de una prestación excluida del POS. Considera, por el contrario, que se está ante una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a reestablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento suntuario ni cosmético".

¹⁷ Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió "(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)"

¹⁸ En la sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere "(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente." En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

¹⁹ La Corte Constitucional, siguiendo el artículo 46 de la Constitución, ha considerado el derecho a la salud de las personas de tercera edad es un derecho fundamental, entre otros casos, en las sentencias T-527 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-935 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-441 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-073 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

CASO PLANTEADO Y SOLUCION CONSTITUCIONAL AL MISMO:

Como se puede constatar en el presente caso y de acuerdo a la documentación allegada por las partes, la solicitud que origina la presente tutela hace alusión a orden de médico tratante que dispuso procedimiento por cirugía plástica de **"Reconstrucción con injerto de cartílago y colgajo regional"** que requiere el paciente JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO debido a las complicaciones que presenta, dejándose anotado como resumen en historia clínica, lo siguiente (fl.11):

"MOTIVO DE CONSULTA.

REMITIDO PIORMEDICINA GENERAL POR MORDEDURA EN PABELLÓN AURICULAR IZQUIERDO.

ENFERMEDAD ACTUAL.

PACIENTE DE 52 AÑOS DE EDAD QUINE REFIERE QUE EL 8 DE ABRIL PRESENTA MORDEDURA HUMANA EN PABELLÓN AURICULAR IZQUEIRDO DURANTE UNA RIÑA BAJO EFECTO DEL ALCOHOL. VALORADO POR MEDICINA GENERAL EN MUNICIPIO DE RONDÓN DONDE REALIZAN PUNTOS DE SUTURA, CURACIONES Y REMITEN DE FORMA AMBULATORIA PARA VALORACIÓN POR CIRUGIAPLÁSTICA. SEGÚN NOTA DE ENFERMERÍA PACIENTE PRESENTABA AVULSIÓN DE PABELLÓN AURICULAR CON HERIDA DE 4 X 5 CM".

...

PLAN Y/O TRATAMIENTOS

PACIENTE CON ANTECEDENTE DE MORDEDURA HUMANA EN PABELLÓN AURICULAR IZQUIERDO, EN EL MOMENTO CON AVULSIÓN DE HELIX Y ANTIHELIX CON DEFORMIDAD Y ASIMETRÍA, EN QUIEN SE CONSIDERA REQUIERE RECONSTRUCCIÓN CON INJERTO DE CARTÍLAGO Y COLGAJO REGIONAL, SE EXPLICA A APCIENTE PROCEDIMIENTO, INDICACIONES DEL MISMO ASÍ COMO PÓSIBLES RIESGOS Y COMPLICACIONES COMO: INFECCIÓN, SANGRADO, HEMATOMA, D EHISCENCIA, NECROSIS NECESIDAD DE REINTERVENCIÓN, RECIDIIVA, LIMITACIÓN FUNCIONAL, DOLOR CRÓNICO, DEFORMIDAD, PÉRDIDA DE INJERTO, NECROSIS, ASIMETRÍA, MLESIÓN NEUROVASCULAR, LESIÓN TENDINOSA, CICATRIZ PATOLÓGICA, PACIENTE REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR, SE ENTRGAN ÓRDENES DE CIRUGÍA, PARACLÍNICOS Y VALORACIÓN POR ANESTESIOLOGÍA".

Por lo anterior, en el análisis del estado de salud del señor JOSE RAFAEL CUENCA LIZCANO, se establece origen de la lesión, patología o deformidad que presenta en su pabellón auricular izquierdo, como cuadro clínico encontrado en la valoración realizada por la profesional en cirugía plástica MÓNICA VIVIANA BERNAL NIÑO, con base en ello indica seguimiento para lo cual dispone de los derroteros médicos a seguir, estableciendo la clase de cirugía de tipo reconstructivo que se le debe practicar al paciente mencionado

Ahora, en este apartado de la providencia constitucional que se define y para casos análogos del tema de las cirugías plásticas, su definición y demás aspectos regulatorios, acudimos a la jurisprudencia de la máxima Corte²⁰, que en pronunciamientos pretéritos ha señalado al respecto:

“Cirugías plásticas reconstructivas con fines funcionales

Las entidades promotoras de salud del régimen contributivo y subsidiado, prestan sus servicios bajo los parámetros establecidos en la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, que definió, aclaró y actualizó el Plan Obligatorio de Salud (POS), dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011 y a la orden décimo séptima de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

Los artículos 129 y 130 de la cita resolución, establece que (i) las cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética, o suntuaria; (ii) las cirugías para corrección de vicios de refracción por razones estéticas y, (iii) los tratamientos nutricionales con fines estéticos, son servicios médicos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

El artículo 8°, la Resolución 5521 de 2013 realizó una distinción entre cirugía estética o de embellecimiento y la reparadora o funcional, así:

“8. Cirugía plástica estética, cosmética o de embellecimiento: Procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin efectos funcionales u orgánicos.

9. Cirugía plástica reparadora o funcional: Procedimiento quirúrgico que se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Incluye reconstrucciones, reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congénitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo.”

²⁰ Sentencia T-142 del 13 de marzo de 2014.

Indicando en su artículo 39 todos aquellos tratamientos reconstructivos, que tengan finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante, se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud.²¹

La Corte Constitucional en diversa jurisprudencia ha reiterado que cuando se demuestre que una cirugía de carácter estético²², se realiza con el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano **o con miras a impedir afecciones psicológicas** que permitan a la persona llevar una vida en condiciones dignas, es procedente su realización a través de las EPS, siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera.

En casos similares al que ocupa a esta Sala de Revisión, entre otras en Sentencia T-975 de 2010, la Corte Constitucional ordenó a la entidad promotora de Salud Occidente de Salud S.A. SOS, autorizar la realización del procedimiento quirúrgico denominado “dermolipectomía bilateral de muslos y corrección de ptosis mamaria bilateral”, requerida por la accionante, al considerar que “las cirugías ordenadas por el médico tratante, son cirugías de carácter reconstructivo funcional, por cuanto buscan corregir los problemas generados en la paciente por la obesidad mórbida y la posterior realización del bypass gástrico como procedimiento para su tratamiento”.

De acuerdo con esta Corporación, las intervenciones requeridas, “como consecuencia de ser calificadas como cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales y no de embellecimiento, se encuentran dentro del POS- C y debieron ser autorizadas por la Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. SOS, con cargo al mismo.”

Respecto a la diferencia entre una cirugía plástica con fines estéticos y una con fines reconstructivos, la Corte Constitucional en Sentencia T-392 de 2009 indicó:

“Ahora bien, desde un punto de vista científico una cirugía plástica reconstructiva tiene fines meramente “estéticos” o “cosméticos” cuando, “es realizada con la finalidad de cambiar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente”, mientras que, es reconstructiva con fines funcionales cuando “está enfocada en disimular y reconstruir los efectos destructivos de un **accidente o trauma**. La Cirugía Reconstructiva hace uso de técnicas de osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas.”

De este modo el juez de tutela debe demostrar que el tratamiento aparentemente cosmético solicitado, posee en realidad un propósito

²¹ “ARTÍCULO 39: TRATAMIENTOS RECONSTRUCTIVOS. En el POS están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el Anexo 02 que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.

²² El Acuerdo 289 de 2005, establece que las cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales, son “aquellas que buscan aproximarse a la reparación de la capacidad de funcionar con miras a corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema”.

funcional, que proporciona al peticionario un bienestar emocional, social y psíquico. En razón, a que las Entidades Promotoras de Salud solo están obligadas a garantizar la prestación de estos servicios cuando está en riesgo la salud, la vida e integridad de la persona y puede costearlos por su cuenta²³.

Concluye la Sala, que si bien las cirugías plásticas se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud, por ser consideradas con fines estrictamente estéticos, es decir, aquellas que solamente buscan mejorar un aspecto físico con el cual la persona no se encuentra conforme, no pueden las Entidades Promotoras de Salud negar la prestación del servicio requerido, bajo este argumento, pues el reglamento por el cual se rigen dichas entidades, establece que las cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales, que como ya se dijo son las que buscan disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma, serán prestadas por las EPS. Por lo que, para negar estos tratamientos deberán demostrar bajo conceptos médicos en el estudio de cada caso concreto, que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no Funcionales reconstructivos o de bienestar emocional, psíquico y social. En razón, al principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social en Salud.

LOS TRÁMITES ADMINISTRATIVOS NO PUEDEN SER UN OBSTÁCULO PARA ACCEDER A SERVICIOS MÉDICOS

Considerando que diferentes Salas de Revisión de la Corporación ya se han pronunciado, en múltiples oportunidades, sobre el criterio el presente tema, estima en esta oportunidad la Sala Octava de Revisión realizar una referencia escueta sobre el contenido del mismo.

La Corte Constitucional ha manifestado que el trámite establecido para solicitar servicios médicos, no pueden convertirse en obstáculos, para que los afiliados y/o beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en salud, puedan acceder a los mismo, teniendo en cuenta, que "(...) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente." En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad (...)"²⁴.

²³ La sentencia T-760 de 2008 hizo un recuento en ese sentido, destacando las siguientes sentencias: T-749 de 2001: Se negó una cirugía reconstructiva mamaria a una mujer que quería mejorar la apariencia física de sus senos; T-490 de 2006: Se negó una depilación por láser a un hombre que padecía de Pseudofolliculitis de la Barba, enfermedad que consiste en que los vellos de la barba se le incrustan en la piel; T-198 de 2004: Se negó una cirugía plástica a una mujer que tras haber recibido tratamiento por un herpes infeccioso se le diagnosticó cicatriz irregular antiestética sobre el ala nasal izquierda; T-676 de 2002: La Corte negó tratamientos originados como consecuencia de complicaciones de cirugía estética; T-073 de 2007: Se concluyó que los derechos a la salud y a la integridad personal del hijo de la accionante, no fueron vulnerados por la entidad demandada al negar el medicamento para el acné ordenado por su médico tratante, no contemplado por el Plan Obligatorio de Salud; T-476 de 2000: La Corte negó una mamoplastia reductora porque no tiene fines terapéuticos ni se afecta la salud de la demandante; T-539 de 2007: Se negó una mamoplastia reductora porque no existe un riesgo inminente y grave, además, no se afecta la salud de la actora; T-757 de 1998: La Corte negó una cirugía de quiste sobre ceja derecha que no afecta la vida e integridad personal ni implica limitación funcional.

²⁴ Sentencia T-064 de 2012

Así las cosas, - volviendo al caso que nos ocupa - tenemos en primer lugar que se encuentra demostrado a pesar del escaso tiempo que el señor JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO, fue diagnosticado como paciente con avulsión en el pabellón auricular izquierdo, para lo cual requiere cirugía de **"Reconstrucción con injerto de cartílago y colgajo regional"** en el pabellón auricular izquierdo, en segundo término, que la EPS CAPRESOCA a través de funcionario que no se identifica (pues firma con un chulo - folio 6 -) establece el 21 de julio de 2016 en formato dispuesto para ello la negación del servicio de salud para el procedimiento recomendado por el médico tratante, bajo la tesis unipersonal que *"el procedimiento requerido no tiene indicación clínica funcional por lo tanto se considera de tipo estético"*.

Conclusión final:

Una vez analizada la jurisprudencia constitucional aplicable al caso estudiado, conforme al acervo probatorio allegado, se establece que si bien la EPS CAPRESOCA autorizó cita con el psiquiatra para establecer las anomalías emocionales que presentaba el paciente CUENCA LIZCANO, dicha EPS ha omitido la autorización para practicar la cirugía de **"Reconstrucción con injerto de cartílago y colgajo regional"** pabellón auricular izquierdo, a ser practicada en IPS con la cual tenga contrato vigente y cuente con la infraestructura necesaria que le garantice prontitud para dicha intervención y no se siga postergando su realización por cuanto fue ordenada desde el 30 de junio de 2016 y no esperar a que el paciente presente nuevas complicaciones para adoptar otras medidas que podrían resultar más gravosas.

Por lo anterior, se considera que en el caso examinado, al establecer que la cirugía a practicar (i) no es con fines de embellecimiento, (ii) además se encuentra dentro del POS, (iii) igualmente media la orden de médico tratante que así lo ordena y (iv) que la misma se realiza a fin de corregir alteraciones e impedir afecciones psicológicas y que permitan a JOSÉ RAFAEL continuar con la vida pero en condiciones

dignas, procederá a tutelar sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas. Y es que a pesar que la EPS CAPRESOCA (fl. 6) a través de funcionario no identificado con firma ilegible proyecte en un formato la negación de la cirugía tantas veces mencionada, al considerar que dicho tratamiento no tiene indicación clínica funcional y por tanto lo considera de tipo estético, sin especificar las bases científicas que lo corroboren, se establece sin miramientos que la cirugía ordenada de apariencia cosmética posee intrínsecamente un verdadero propósito funcional, por cuanto está de por medio el bienestar emocional, social y psíquico de don JOSÉ RAFAEL CUENCA, por cuanto tal como se encuentra actualmente su oreja en la parte exterior provoca hasta estigmatización y hasta burlas de menores de edad que no miden sus comentarios; así que la reconstrucción con injerto de cartílago en el pabellón auricular izquierdo que requiere el paciente en mención no se puede catalogar a la ligera de ser un tratamiento con fines estrictamente estéticos, pues finalmente lo que busca es disimular y reconstruir los efectos que le ocasionó al parecer una mordedura de otro ser humano en una riña. Por lo tanto, la EPS CAPRESOCA para negar la prestación del servicio requerido, debió demostrar bajo verdaderos y confiables conceptos médico científicos, que el procedimiento solicitado solo tiene como fin el embellecimiento, lo que aquí no probó.

En razón a que se demuestra que la EPS CAPRESOCA debe asumir la cirugía de **"Reconstrucción con injerto de cartílago y colgajo regional"** pabellón auricular izquierdo que requiere el señor JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO, se ordenará así en la parte resolutive de esta providencia; disponiendo además que en este momento procesal no es viable impartir orden alguna a la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE teniendo en cuenta que lo peticionado por la parte accionante se encuentra por fuera de la órbita de la competencia de esta última institución estatal aludida.

Así las cosas, este Operador Judicial reitera, que las entidades de salud se encuentran instituidas para cumplir con una de las funciones elementales, como es el de

garantizarle a sus conciudadanos la atención oportuna en salud, no basta tener establecidos centros especializados para atender al ciudadano del común, sino que es necesario que la parte administrativa de la misma entidad agilice los trámites y dé las prioridades necesarias para que las personas puedan obtener una adecuada prestación del servicio médico.

Ahora bien, se resalta que es al Médico Tratante al único que le incumbe determinar en cada caso y para cada paciente cuáles son esos tratamientos, procedimientos e inclusive los medicamentos que necesariamente deben prodigársele.

En este orden de ideas, la protección invocada se impone de plano, sin necesidad de consideraciones legales o reglamentarias pues está de por medio el derecho a la **salud, a la seguridad social y la vida en condiciones dignas** del señor JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO que comporta derechos de rango Constitucional fundamental de protección justamente por vía de tutela de conformidad con los artículos 48, 49, 85 y 86 de la Carta Política de 1991. Precisamente, la acción de tutela la desarrolló el constituyente para casos como el actual en donde no se tienen que discutir situaciones de orden legal reglamentario, sino verificar la existencia de la violación de un derecho o unos derechos constitucionales fundamentales y verificada tal violación como ocurre ahora en donde se dilató el cumplimiento de los procedimientos y cuidados médicos especiales del paciente mencionado, se deben amparar los derechos de dicho ciudadano.

En conclusión, se tutelaré el derecho a la salud, a la seguridad social en salud y el de la vida en condiciones dignas interpuesta por el accionante para que CAPRESOCA EPS como entidad prestadora del servicio de salud, proceda por intermedio de su Gerente General dentro de las 48 horas siguientes al que tenga conocimiento de esta decisión, a adoptar las decisiones administrativas necesarias tendientes a regularizar y garantizar oportunamente todos y cada uno de los procedimientos, exámenes, medicamentos y demás

actuaciones requeridas por el señor JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO, siempre que sean debida y expresamente ordenados de acuerdo al criterio indicado por el médico tratante dentro de una concepción de ATENCIÓN INTEGRAL.

Así mismo, se prevendrá al representante legal de CAPRESOCA E.P.S., para que en adelante se abstenga de omitir el deber legal de dar trámite oportuno, completo y eficaz a las solicitudes que se le hagan en dicho sentido y evitar así la repetición de las circunstancias que dieron lugar a esta acción de tutela.

En otro aspecto, las condiciones socioeconómicas del accionante y su familia le hacen imposible sufragar - por bajo que sea - el costo de la cirugía ordenada por la médico tratante y en todo caso es a la EPS demandada a la que le incumbía probar lo contrario, actuación que no adelantaron y por tanto tal presunción adquiere concreción absoluta para el proceso.

Se reconoce al doctor DAIRO MARTÍN JUYA RUIZ como apoderado del DEPARTAMENTO DE CASANARE-SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, de conformidad al poder otorgado y visible a folio 20 del cuaderno principal.

No procederán costas, atendiendo los antecedentes y los resultados de la acción.

Conforme a lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política de Colombia,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho a la *salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas* del señor JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Empresa Promotora de Salud "CAPRESOCA E.P.S." con sede en Yopal - Casanare, que por intermedio de su Gerente y/o representante legal, proceda sin dilación alguna a autorizar cirugía de "**Reconstrucción con injerto de cartílago y colgajo regional**" pabellón auricular izquierdo y estar al tanto de los requerimientos conforme a lo ordenado por los facultativos que deban realizarse al señor JOSÉ RAFAEL CUENCA LIZCANO, así como efectuarle los demás procedimientos, tratamientos y suministrarle los medicamentos que necesite, siempre que sean requeridos y de acuerdo al criterio indicado por el médico tratante dentro de una concepción de ATENCIÓN INTEGRAL.

TERCERO: Por Secretaria del Despacho en forma inmediata líbrense las comunicaciones para notificar la decisión por la vía más expedita, remitiendo copia de esta providencia al representante legal o Gerente de CAPRESOCA E.P.S. y al SECRETARIO DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE.

CUARTO: Comuníquese al accionante y al señor agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho judicial.

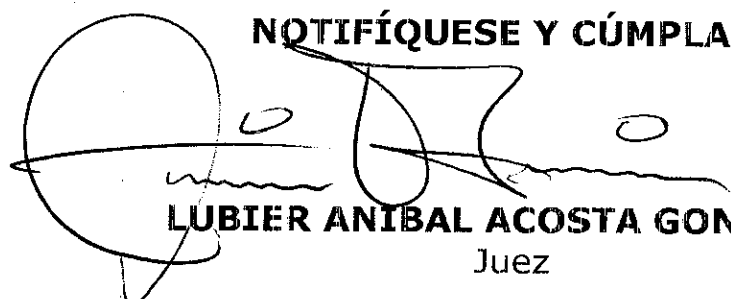
QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: Reconózcase al doctor DAIRO MARTÍN JUYA RUIZ como apoderado del DEPARTAMENTO DE CASANARE-SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, de conformidad al poder otorgado y visible a folio 20 del cuaderno principal.

SÉPTIMO: Si esta providencia no fuere impugnada, sin perjuicio de su inmediato cumplimiento, remítase en el momento oportuno a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Se termina y firma siendo las 4:50 P.M.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZALEZ
 Juez

