



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

Yopal – Casanare, Cuatro (4) de Diciembre de Dos Mil Catorce (2014)

Ref. : ACCIÓN DE TUTELA
Accionante: SILVESTRE ARMANDO TABACO VIVAS (quien obra como agente oficioso de la señora STELLA GONZALEZ DE VIVAS)
Accionado: CAPRECOM E.P.S.
Radicación: 85-001-33-33-002-2014-00329-00

Se procede 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

El señor Silvestre Armando Tabaco Vivas, acude a esta figura constitucional a fin de que se tutelen los derechos fundamentales a la Salud en conexidad con la Vida de la señora Stella González de Vivas, los cuales en su concepto le han sido vulnerados por la entidad accionada.

PRETENSIONES

Conforme a lo incoado en el libelo de la demanda, se solicita lo siguiente:

*“1.- Le solicito se le ordene a **CAPRECOM E.P.S.**, autorice de manera inmediata la remisión que requiere la señora **STELLA GONZÁLEZ DE VIVAS** para que se le realice la valoración y se autoricen los demás procedimientos, citas, medicamentos que requiera para la recuperación integral de salud.*

2.- Le solicito al despacho que se le ordene a **CAPRECOM E.P.S.** asuman los costos de **STELLA GONZÁLEZ DE VIVAS** y su acompañante para así garantizar que el paciente este acompañado durante todo su tratamiento médico en el Hospital de tercer nivel al que va a ser remitido.

3.- Le solicito al despacho se concedan ultra o extrapetita todas las ordenes que considere debe acatar **CAPRECOM E.P.S.** Con el fin de salvaguardar la vida de la señora **STELLA GONZÁLEZ DE VIVAS.**"

Para sustentar su solicitud adjuntó en copias simples los siguientes documentos: a) Copia de la cédula de ciudadanía del señor Silvestre Armando Tabaco Vivas y Stella González de Vivas (fls. 4 y 5); b) Copia de la Historia Clínica de la paciente Stella González de Vivas de fecha 14 de Noviembre de 2014, expedida por la E.S.E. Hospital de Yopal (fls. 6 a 8); y c) Copia del carnet de afiliada de la señora Stella González de Vivas (fl. 9).

ANTECEDENTES:

Refiere el accionante en los hechos de la demanda, que:

*"1.- Mi abuela la Señora, **STELLA GONZALEZ de VIVAS** fue internada en el hospital de Yopal el día 14 de Noviembre del 2014 con el siguiente diagnóstico: Paciente de 91 años con cuadro clínico de 12 horas de evolución de caída desde su propia altura con trauma en cadera derecha y posterior dolor intenso y limitación funcional de miembro inferior derecho motivo por el cual es traída al servicio de urgencias. La familiar requiere que la paciente es deambuladora intradomiciliaria.*

Paciente con diagnóstico de fractura intertrocanterica de fémur derecho quien requiere de hemiartroplastia tipo bipolar en institución de tercer nivel de complejidad para deambular nuevamente, debido a múltiples antecedentes y diagnostico actual se inicia tramites de remisión a institución de tercer nivel por ortopedia para manejo integral. Se explica a los familiares patología y necesidad de procedimiento, riesgos y complicaciones.

Se solicita transporte en ambulancia medicalizada terrestre.

*2.- El hospital de Yopal le notificó la remisión a **CAPRECOM E.P.S.**, sin que a la fecha se haya efectuado la autorización del traslado, bajo el argumento de que no hay camas en las instituciones que lo han presentado. Historia repetitiva que se utiliza por **CAPRECOM E.P.S.** en todas las remisiones y que ha generado como consecuencia que muchos pacientes fallezcan por la negligencia de los funcionarios que dirigen a la **EPS.**"*

ACTUACIÓN JURÍDICO-PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto del 21 de Noviembre de 2014 que obra a folio 12 de las diligencias; dentro de dicho proveído se le concedió a la accionada un término de tres (3) días para que informara lo correspondiente a la solicitud del accionante; así mismo se accedió a adoptar la medida provisional peticionada, consistente en que la E.P.S. CAPRECOM Regional Casanare en un término no superior a dos (2) horas contadas a partir del recibo del correspondiente oficio, procediera a disponer de INMEDIATO la remisión de la paciente STELLA GONZALEZ DE VIVAS a una Institución de Tercer Nivel de Atención en la especialidad de Ortopedia en ambulancia medicalizada y con un acompañante, tal y como fuera ordenado por su médico tratante.

CAPRECOM E.P.S dentro de la oportunidad legal y a través de la Directora Territorial en Casanare, se pronunció sobre la presente demanda, señalando principalmente lo siguiente:

“Conforme al oficio inicial, a la agenciada STELLA GONZÁLEZ DE VIVAS, quien se encontraba en trámite de remisión para manejo integral, y quien fue presentada a las siguientes IPS:

- Hospital Universitario la samaritana.
- IPS procardio.
- Hospital Simón Bolívar.
- Clínica Medilaser de Tunja.
- Hospital Occidente de Keneddy.
- Hospital departamental de Villavicencio.
- Clínica Cooperativa de Colombia.
- Instituto del Corazón de la ciudad de Ibagué.
- Angiografía de Colombia.
- Fundación Santa Fe.

Además de lo anterior, se reitera informar los profesionales en salud conocedores del caso y de las necesidades en salud de la agenciada que, es muy difícil su admisión o aceptación por IPS's de mayor complejidad en razón a la edad de ella, la cual es de 91 años, por lo que corre gran peligro en su traslado y para el procedimiento.

Por todo lo anterior Su Señoría, solicitamos considere que la demora en la obtención del servicio no ha sido causa por omisión de ningún tipo a nuestras obligaciones, sino por factores externos como la falta de oferta en Casanare, la poca disponibilidad en el Departamento y las circunstancias actuales de salud de la paciente. No es cierto que se niegue la orden médica, desafortunadamente dependemos como EPS en Casanare, de la admisión y aceptación de alguna de las IPS's públicas o privadas en la ciudad de Bogotá D.C. o Villavicencio o Tunja. Sin embargo, continúa nuestra labor administrativa en la obtención de la cita. Informaremos a Su Señoría en las siguientes horas.

De las mencionadas además indicando a Su Señoría, que las IPS's que pueden brindar atención en salud a la agenciada son HOSPITAL SIMON BOLIVAR y HOSPITAL DE LA SAMARITANA.

EN CUANTO A LA MEDIDA PROVISIONAL:

PROCEDE. Por ello en dicho sentido y tal y como se prueba a través de elementos materiales probatorios adjuntos, se ha realizado labor de referencia y contrareferencia a fin de lograr la aceptación de la paciente."

Como sustento de la posición jurídica de la E.P.S. CAPRECOM, allega copia de una serie de mensajes de correo electrónicos remitidos por la mencionada E.P.S a diferentes IPS a nivel nacional para la admisión de la paciente STELLA GONZÁLEZ DE VIVAS (fls. 22, 23 y 28 a 35); así mismo, se allega un cuadro (fls. 24 a 27) donde se relaciona las gestiones administrativas llevadas a cabo por Caprecom para lograr la remisión de la paciente a una Institución de Tercer Nivel, destacando que dichas actividades dieron inicio el día 18 de Noviembre del año en curso.

Por otro lado y en cumplimiento de requerimiento efectuado por este Despacho Judicial, la E.S.E. Hospital de Yopal, allega copia de la Historia Clínica y Bitácora de Remisión correspondiente a la señora Stella González de Vivas obrante a folios 36 a 78.

Finalmente, mediante proveído del 3 de Diciembre de los corrientes (fl. 80), se ordenó que la E.S.E. Hospital de Yopal informara a este Estrado Judicial, el estado actual de salud de la paciente Stella González de Vivas allegando los soportes que sustenten su respuesta.

Dando contestación a lo peticionado por esta Instancia Judicial, el Subgerente de Prestación de Servicios de la E.S.E. Hospital de Yopal, a través de oficio SPS-26.01-2014-0189 del 3 de Diciembre de 2014, sostuvo:

"Paciente de 91 años que ingresa al servicio de urgencias el día 14/11/2014 a las 13:43. Traída en camilla quien refiere cuadro clínico de 9 horas de evolución consistente en caída desde su propia altura, sobre hemicuerpo derecho con posterior trauma en cadera derecha. Fue valorada por médico general quien diagnosticó trauma de cadera derecha, desnutrición proteico calórica severa, hipertensión arterial por historia clínica y artritis reumatoidea por historia clínica.

El día 14/11/2014 fue valorada por ortopedia y trabajo social.

Desde su ingreso La usuaria recibió tratamiento médico, toma de exámenes de laboratorio, y valoración por médico especialista quien determina remisión a III nivel para la realización del procedimiento quirúrgico hemiartroplastia. debido a las complicaciones por la patología y edad del paciente,

Se continúa manejo médico hospitalario por el servicio de ortopedia y medicina interna, en espera de la remisión a III nivel para la realización de su tratamiento quirúrgico definitivo.

El hospital presento la remisión a La EPS Caprecom el día 14/11/2014, realizando las respectivas evoluciones diarias para la referencia a III nivel.

El día 26/11/2014 a las 7:14 a.m. la usuaria presenta paro cardio respiratorio el cual es asistido médica y farmacológicamente sin respuesta alguna y se declara muerte."

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Este estrado judicial es competente para proceder a dictar sentencia, de conformidad a lo estipulado en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991, pues la Carta Magna 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.

La tutela es en sentido estricto un derecho subjetivo público de la persona o individuo, un mecanismo excepcional diseñado por el constituyente del 91 para proteger los derechos fundamentales, cuando estos han sido efectivamente violados, amenazados o desconocidos por alguna autoridad o por funcionario particular que tenga la obligación de prestar el servicio público, y especialmente para evitar que las personas encargadas de prestarlos abusen de los particulares que se ven obligados a acudir a esas entidades en procura de un servicio urgente.

La honorable Corte Constitucional 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**'.*

Conforme a la ilustración que nos aporta la máxima guardiana de la Carta Magna, los derechos invocados gozan de protección especial y aún más cuando se ven involucradas personas que por su condición se encuentran en minusvalía (niños, desplazados, incapacitados, personas de la tercera edad, etc).

De conformidad con lo previsto en los artículos 47 y 48 de la Constitución Política, por el primero el Estado debe adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a quienes debe prestarle la atención especializada requerida; y por el segundo 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 reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional¹ ha sostenido que el derecho a la salud constituye por sí sólo un derecho fundamental autónomo e independiente, el cual debe ser garantizado de forma directa por el Estado Social de Derecho que rige nuestro sistema normativo, acorde con las siguientes consideraciones:

“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

¹ Sentencia T-760 del 31 de Julio de 2008; M.P.: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

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.² 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.³ 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.⁴

² 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).

³ 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.

⁴ 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

(...)

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,⁵ extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.⁶ 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."⁷ 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."⁸

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

superflua sino de una intervención necesaria y 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."

⁵ 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."

⁶ 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'.

⁷ En la sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino).

⁸ 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).

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 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.⁹ 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.¹⁰

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".¹¹ 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'.¹² 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.'¹³

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,

⁹ 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.

¹⁰ 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)."

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

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

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

“Hoy se muestra artificioso 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) 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 pregonar de un sujeto de especial protección constitucional¹⁴ 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.”¹⁵

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’.¹⁶ 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

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 camosa 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”

¹⁶ Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”¹⁷ 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.¹⁸

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

CASO CONCRETO PLANTEADO Y SOLUCIÓN JURÍDICA AL MISMO:

En primer lugar, es pertinente hacer acotación a la “legitimación en la causa por activa” que le asiste al señor SILVESTRE ARMANDO TABACO VIVAS para impetrar la acción en nombre y representación de la señora STELLA GONZÁLEZ DE VIVAS. A esos efectos, se tiene que conforme a las evidencias aportadas al expediente es claro que el grave estado de postración y deterioro de su salud le impedían a la prenombrada ciudadana acudir directamente ante los Jueces de la República para buscar la protección de sus derechos fundamentales, por lo cual cualquiera persona – en este caso lo hizo su nieto – podía agenciar sus derechos y tal actuación se encuentra autorizada legalmente en el Inciso Segundo del Artículo 10º del Decreto 2591 de 1991.

Como se puede constatar en el presente caso de acuerdo a la documentación allegada por la entidad accionada (CAPRECOM E.P.S.) e información allegada por la E.S.E. HOSPITAL DE YOPAL, se advierte que la paciente STELLA GONZÁLEZ DE VIVAS se encontraba pendiente de ser remitida a una Institución de Tercer Nivel desde el día 14 de Noviembre de

¹⁷ 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.

¹⁸ 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).

2014, acorde con lo ordenado por su médico tratante; sin embargo, la E.P.S. Caprecom no había podido dar cumplimiento a la misma dado que las I.P.S. a las cuales se consultaba a nivel nacional manifestaban que no había disponibilidad de camas en el momento y acorde con lo manifestado por la misma entidad accionada, refiere que también un aspecto que obstaculizaba su admisión era el delicado estado de salud y la edad de la paciente, por lo cual las IPS's no se comprometían a brindar dicho servicio.

En este orden de ideas, se resalta que mediante requerimiento oficioso efectuado por este Despacho el 3 de Diciembre de 2014, se dispuso que la E.S.E Hospital de Yopal, informara el actual estado de salud, encontrándonos con la lamentable noticia que la señora STELLA GONZÁLEZ DE VIVAS había fallecido el día 26 de Noviembre de 2014, advirtiendo que hasta la fecha no se allegó constancia y/o certificación alguna por parte de la E.P.S. CAPRECOM que acredite que efectivamente se hubiere logrado la autorización y/o aprobación de la respectiva remisión.

En este sentido y reiterando que esta Instancia Judicial lamenta profundamente la muerte de la mencionada ciudadana, no queda otro camino que abstenerse de conceder el amparo solicitado, debido a que sería completamente inocuo e innecesario impartir alguna clase de orden judicial; lo anterior, acogiendo la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional como organismo supremo en materia de tutela, ha señalado que:

“el supuesto del daño consumado impide el fin primordial de la acción de tutela, cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales, para evitar precisamente los daños que dicha violación pueda generar. Por consiguiente, en aquellos casos en donde ha cesado la causa que generó el daño ninguna utilidad reportaría una orden judicial, aun en el caso de que la acción estuviere llamada a prosperar, pues la misma no tendría el poder de modificar situaciones ya superadas y protegidas por la acción de la autoridad judicial”.

Así mismo, se prevendrá a los Funcionarios de CAPRECOM E.P.S. para que en lo sucesivo se dé trámite oportuno a esta clase de solicitudes y evitar la repetición de la omisión que dio lugar a la presente acción de tutela.

No obstante lo anterior, se advierte que si bien es cierto no se efectuó condena alguna contra CAPRECOM E.P.S., este Operador Judicial evidencia una posible negligencia administrativa respecto al trámite de la remisión de la paciente STELLA GONZÁLEZ DE VIVAS (q.e.p.d.), ya que desde el día 14 de Noviembre de 2014, se tuvo conocimiento de la necesidad y urgencia de ese servicio ordenado por el médico tratante, pero tan solo a partir del día 21 de Noviembre de 2014 (fecha en que se radicó la tutela y se profirió el respectivo auto admisorio en conjunto con la medida provisional) se observa una mayor celeridad y acuciosidad en el diligenciamiento de dicha remisión (ver folios 23 al 27), situación totalmente reprochable e indigna ya que es inadmisibles que los ciudadanos se vean obligados a acudir a la vía judicial para hacer cumplir las funciones que por Ley le corresponden ejecutar a dichas Entidades Prestadoras de Salud, que supuestamente están instituidas dizque para salvaguardar, proteger y garantizar el más importante de los derechos de las personas cuál es su vida, amén de que se lucran desenfrenadamente de un infame negocio en que se convirtió la Seguridad Pública en Salud en nuestro País por obra y gracia de la reforma entronizada en la malhadada Ley 100 de 1993 promovida, auspiciada y aprobada por quienes se erigen y proclaman como paladines y caudillos del pueblo colombiano.

En consecuencia de lo anterior y bajo el escenario de que los funcionarios de la E.P.S. CAPRECOM hubieran actuado a tiempo y sin anteponer trabas administrativas y burocráticas para cumplir con la elemental tarea de autorizar el traslado a un nivel superior de atención que el médico tratante ya había ordenado, decisión que valga decirlo no puede ser discutida ni desconocida al ser emitida por el único profesional perito autorizado legalmente para hacerlo; se dispondrá que por Secretaría se remita copia auténtica de toda la actuación incluido este proveído a la Procuraduría General de la Nación y la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de esta ciudad para que se evalúe si la omisión, negligencia, dilatación y actuación tardía por parte de los funcionarios de la mencionada Empresa Promotora de Salud – CAPRECOM pudo contribuir o ser causa eficiente del desenlace fatal que se presentó (muerte de la paciente Strella González de Vivas) y por ende amerita investigación de tipo disciplinario y penal.

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.- Abstenerse de conceder el amparo solicitado por el señor SILVESTRE ARMANDO TABACO VIVAS a favor de la señora STELLA GONZÁLEZ DE VIVAS (q.e.p.d.), por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- Prevenir a los Funcionarios de la E.P.S. CAPRECOM para que en lo sucesivo se dé trámite oportuno a esta clase de solicitudes y evitar la repetición de la omisión que dio lugar a la presente acción de tutela.

TERCERO: Por Secretaría del Despacho en forma inmediata librense las comunicaciones para notificar la decisión por la vía más expedita.

CUARTO: Por Secretaría remítanse las copias del expediente a las autoridades y para los fines indicados en la parte considerativa.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: Si esta providencia no fuere impugnada, remítase en el momento oportuno a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NELSON MANUEL BRICEÑO CHIRIVÍ
Juez

