



59

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**

Yopal – Casanare, diecinueve (19) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Ref. : ACCIÓN DE TUTELA
Derecho a la salud, a la vida, dignidad humana y seguridad social. Práctica de intervención quirúrgica y autorización de exámenes especializados conforme a órdenes de médico tratante como tratamiento a patología que padece.
Accionante: MIGDONIA SEIJA PATIÑO
Accionados: CAFESALUD E.P.S. y HOSPITAL DE YOPAL E.S.E.
Radicación: 850013333002-2016-00108-00

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 la accionada en lo posible, en razón a que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

OBJETO DE LA DEMANDA:

Mediante escrito, la señora MIGDONIA SEIJA PATIÑO de manera directa acude a esta figura de rango constitucional a fin que se ampare y proteja los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana, establecidos en la Constitución Nacional, que considera amenazados por las entidades accionadas – CAFÉSALUD EPS y HOSPITAL DE YOPAL -, manifestando que se presenta omisión de las accionadas al no dar cumplimiento a las órdenes del médico tratante que requiere de acuerdo a su patología.

PRETENSIONES:

Conforme a la propia redacción de la demanda, la accionante pretende:

1. *"Se me ampare mi derecho fundamental a la DIGNIDAD HUMANA, A LA VIDA EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL y se ordene a CAFESALUD E.P.S. Y EL HOSPITAL DE YOPAL ESE que en un término no mayor a 48 horas, se me autorice y lleve a cabo la práctica de la cirugía relacionada tomando en cuenta los exámenes ya realizados y practicados.*
2. *Que dentro del mismo término perentorio, se ordene a las entidades accionadas, sufragar mi traslado a la ciudad donde se preste el servicio que necesito y cancele la totalidad de los gastos que se requiera si lo es necesario.*
3. *Se ordene a la entidad demandada suministrar todos los medicamentos que requiera para sobrellevar mi enfermedad.*
4. *Conminar y reconvenir a las accionadas para que no vuelvan a incurrir en dilaciones de mis tratamientos médicos y suministro de medicamentos".*

Como respaldo a su solicitud adjunta los siguientes documentos:

- 1.- Fotocopia de cédula de ciudadanía de MIGDONIA SEIJA PATIÑO (fl 7).
- 2.- Fotocopia de formato del Hospital de Yopal, de indicación médica por Ingreso a consulta externa diligenciado el 28 de enero de 2016, a nombre de MIGDONIA SEIJA PATIÑO (fl. 8, 17 y 18).
- 3.- Fotocopia de formato de autorización de servicios de CAFESALUD EPS, a nombre de MIGDONIA SEIJA PATIÑO (fl. 9).
- 4.- Fotocopia de formato del Hospital de Yopal, de FÓRMULA MÉDICA de fecha 8 de enero de 2016, a nombre de MIGDONIA SEIJA PATIÑO en donde se lee "Orden para nefrolitotomía percutánea con laser holmiun" (fl. 10).
- 5.- Fotocopia de formato del Hospital de Yopal, de Ingreso a consulta externa de fechas 2 de diciembre de 2015 y 12 de enero de 2016, nombre de paciente MIGDONIA SEIJA PATIÑO (fls. 11 al 13).
- 6.- Fotocopia de formatos del Hospital de Yopal, de solicitud de exámenes de fecha 28 de enero de 2016, a nombre de MIGDONIA SEIJA PATIÑO, descripción "RX Radiografía de tórax PA y lateral reja costal", "Electrocardiograma" y "RX urografía intravenosa" (fls. 14 al 16).

7.- Fotocopia de formato de CAFESALUD EPS por autorización de servicios No. 157010999, a nombre de MIGDONIA SEIJA PATIÑO (fl. 19).

8.- Fotocopia de resultados de varios exámenes practicados a MIGDONIA SEIJA PATIÑO, entre ellos urografía excretora, gammagrafía renal del 12 de febrero de 2016 (fls. 20 al 28).

ANTECEDENTES:

Refiere la accionante en los hechos más relevantes de la demanda:

Que se encuentra afiliada al régimen contributivo con CAFESALUD EPS y actualmente cuenta con 50 años de edad.

Alude que la mencionada EPS le ha venido prestando los servicios médicos debido a patología del riñón que padece. Con base en el tratamiento señalado ha asumido el alto costo de los exámenes que le han ordenado mediando autorización de CAFESALUD EPS; lo anterior teniendo en cuenta que el HOSPITAL DE YOPAL ESE no cuenta con los equipos necesarios para los mencionados exámenes.

Conocido el resultado de los exámenes, el día 28 de enero de 2016 se libra autorización de servicios para consulta de medicina especializada, cirugía de nefrolitotomía percutánea derecha con laser holmiun, sin que a la fecha de interposición de la tutela (6 de abril de 2016) se la hayan realizado.

Refiere que el HOSPITAL DE YOPAL ESE argumenta que no cuenta con el servicio de cirugía de nefrolitotomía percutánea con laser holmiun y además que a esa fecha no hay contrato con CAFESALUD EPS.

Añade que como derecho fundamental ha insistido en la práctica de dicha intervención en aras que no se convierta en un problema hacia el futuro; encontrándose actualmente en delicado estado de salud a la espera que se le practique dicho procedimiento.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El escrito de tutela fue interpuesto ante la Oficina de Servicios Judiciales de Yopal el 6 de abril de 2016 repartido y allegado a este Despacho en la misma fecha, siendo admitida mediante auto de esa fecha que obra a folios 31 y 32 del cuaderno principal, ordenándose a las entidades accionadas que en el término de tres (3) días informasen lo correspondiente a la solicitud de la accionante y 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.

Así mismo, se advierte que esta Instancia Judicial dentro de la aludida providencia, decretó la **medida cautelar** solicitada por la parte actora, disponiendo que la E.P.S. CAFESALUD y el HOSPITAL DE YOPAL en un término no superior a 6 horas procedieran a hacer efectiva de inmediato la práctica de los procedimientos determinados por el médico tratante y autorizados por la EPS pero que han encontrado obstáculos insalvables para su pronta práctica.

El contenido de la providencia admisorio la disposición de medida cautelar, fue notificada a los representantes de las accionadas y al agente del Ministerio Público delegado ante este Juzgado, los días 6 y 7 del presente mes y año (fls. 33 al 38); en la misma, se les concedió un término de tres (3) días para que informaran lo correspondiente a los requerimientos de la paciente y que fueran ordenados por el médico tratante desde el 28 de enero de 2016.

Pronunciamiento del HOSPITAL DE YOPAL E.S.E.: (fls 40 al 41 vto.).

A través de su representante legal y por intermedio de apoderada, se hace presente al escenario constitucional que se plantea y en el capítulo de antecedentes alude que de acuerdo a la historia clínica efectivamente la paciente MIGDONIA SEIJA PATIÑO se le han prestado los servicios médicos requeridos; y durante la instancia de la paciente en el Hospital de Yopal se le

ha prestado atención integral, óptima oportuna acorde con los servicios y los recursos con que cuenta al IPS.

Seguidamente hace alusión a los exámenes ordenados y que se han practicado y que el día 29 de febrero de 2016 se le realizó valoración con el anesthesiólogo, indicándole documentación requerida para la programación de la cirugía, los que allegó solo hasta principios del mes de abril.

Agrega que en vista de situación administrativa relacionada con no cumplimiento de pagos por parte de CAFESALUD EPS al HOSPITAL DE YOPAL ESE esta IPS limitó la prestación de servicios a la atención exclusiva de urgencias vital a los afiliados de la misma.

La **EPS CAFESALUD** no realizó manifestación alguna a pesar de haber sido debidamente notificada a través de su oficina filial en esta ciudad.

El señor agente del Ministerio Público delegado ante el Despacho, tampoco allegó concepto, pese a los derechos fundamentales que se discuten.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

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 – opinión de especialistas en derecho constitucional que este administrador judicial comparte como un todo - ha sido la institución de la tutela o amparo, que en sentido estricto es un derecho subjetivo público de la persona o individuo, un mecanismo excepcional diseñada 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, pasados más de 24 años de la puesta en marcha de esta útil herramienta se ha decantado de manera paulatina el abuso de esta figura principalísima, utilizándose equivocadamente para defender derechos económicos de grandes emporios, terratenientes y empresas que sin asomo de escrúpulos han intentado por intermedio de esta noble figura lograr objetivos que no alcanzaron a través de otros medios jurídicos dispuesto 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 públicos no probos cuya reputación queda en duda por sus actuaciones de tipo constitucional a favor de multinacionales y otras de similar corte, sacrificando de paso en no pocas ocasiones derechos de trabajadores, campesinos despojados de sus tierras 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 en hacienda nacional que ha propuesto este servidor judicial ha sido la creación de la jurisdicción constitucional que se encargara de todas las acciones de dicha estirpe y que pudiera ser dotado de unas

connotaciones especializadas en tal materia, que pudiere afianzar aún más esta práctica como herramienta de amparo y solución a problemas mediáticos y que contribuyera de alguna forma a la verdadera 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, la señora MIGDONIA SEIJA PATIÑO quien solicita el amparo a través de esta figura, se encuentra habilitada para interponer esta clase de acción constitucional especial; por cuanto así lo determina el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991.

Legitimación por pasiva:

CAFESALUD EPS en calidad de entidad promotora de salud de carácter público, y la IPS HOSPITAL DE YOPAL ESE 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 a 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 vida, la salud, a 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, la acción es procedente; se encamina a establecer si efectivamente dichos derechos, de estirpe constitucional fundamental, han sido conculcados o están siendo amenazados por las actuaciones o mejor posibles omisiones de CAFESALUD E.P.S. Y HOSPITAL DE YOPAL E.S.E., en lo relacionado por la primera a autorizar la práctica de exámenes especializados e intervenciones quirúrgicas o procedimientos en instituciones con las cuales tenga convenio o

contrato y, por la segunda en la misión de prestar la atención médica dentro de una IPS con la infraestructura técnica y el personal capacitado que requiera la paciente MIGDONIA SEIJA, al igual que atención integral que requiera por la patología que padece.

Apoyado en jurisprudencia, se analizará detenidamente si los derechos invocados por la accionante como vulnerados son fundamentales y si para ellos existe protección especial. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

"...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).

Incluso, la misma Corporación ha sostenido que el derecho a la **salud** también se encuentra en conexión con el derecho al **trabajo** y aunque en el caso examinado no se alega vulneración a éste se deduce que puede verse afectado en cuanto en la situación de la paciente que por su enfermedad se le dificulta realizar actividades del hogar que en otras condiciones a pesar de su edad (50 años, que no alcanza la categoría de tercera edad o adulto mayor como dice la demanda), serían cuasi normales y ello le puede crear más traumas de los que posee y por ende conllevar a que no goce de buena salud y por tanto tampoco podrá desarrollar labores acorde a sus alcances y no una carga para su entorno familiar, al señalar:

"... Una interpretación estrecha y formalista de la Constitución no tiene en cuenta la función de los derechos fundamentales como límites a las actuaciones u omisiones del Estado. El derecho a la salud (C.P. art. 49), cuando su vulneración o amenaza compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, goza de carácter fundamental y es susceptible de ser protegido por vía de la acción de tutela.

Una enfermedad grave que no se contrarreste a tiempo se constituye en amenaza al derecho al trabajo hasta el grado de poder impedir su ejercicio... La atención oportuna de la persona enferma en una institución asistencial puede evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo (21 de agosto de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz)." (Sentencia T 113 Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz. Pág. 805 gaceta de la Corte Constitucional, tomo 3).

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 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

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

*"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.

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 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:

"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. (...)

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

(...)

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

(...)

3.2.1.4. 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

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 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.”

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 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

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).

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)."

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) 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

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).

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 camosa en cara posterior del lóbulo de la oreja izquierda* y a quien su médico especialista tratante había remitido al cirujano plástico para la

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. (...)"

CASO CONCRETO PLANTEADO Y SOLUCION CONSTITUCIONAL AL MISMO:

Como se puede constatar en el presente caso, de acuerdo a la documentación allegada, la señora MIGDONIA SEIJA PATIÑO ha venido sufriendo quebrantos de salud relacionados con patología de nefrología, por lo que ha requerido ingreso a consulta externa, debiendo la hoy accionante sufragar de su propio pecunio los gastos que originaron los primeros exámenes especializados – aspecto este que no fue refutado por las accionadas – con los cuales se estableció la presencia de cálculos en el riñón derecho, siendo valorada por el médico tratante que ordenó el 28 de enero de 2016 la práctica de *nefrolitotomía percutánea con láser holmium*, al igual que exámenes de *RX radiografía de Tórax PA o P A y lateral reja costal y Electrocardiograma*. Se constata que la EPS CAFESALUD mediante la autorización de servicios No. 157010999 del 1º de marzo de 2016 dio vía libre al procedimiento de *nefrolitotomía percutánea con láser holmium*, sin embargo a la fecha de interposición de la tutela 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 suitario 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).

paciente no se le ha practicado dicho procedimiento; lo que se corrobora con la manifestación del HOSPITAL DE YOPAL ESE, en el sentido que, desde inicios del mes de abril de 2016 se han limitado a atención exclusiva a casos de extrema urgencia vital en cuanto a pacientes remitidos por la EPS CAFESALUD debido al incumplimiento de los pagos por servicios de dicha EPS.

Los anteriores inconvenientes de tipo administrativo ya son *voz populi* y han venido incrementándose, sin que los funcionarios responsables le hayan puesto freno a tan delicado problema, perjudicando de tajo a quienes requieren de procedimientos y se encuentran a la espera de la práctica de exámenes, cirugías y otros, lo que se convierte en una denegación de los servicios y derechos de los usuarios.

Ahora bien, de conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente, si bien la EPS CAFESALUD ha dado las autorizaciones para exámenes, medicina y en general el tratamiento requerido por la paciente MIGDONIA SEIJA PATIÑO y la IPS HOSPITAL DE YOPAL ESE, le ha realizado los procedimientos hasta el alcance de sus posibilidades, sin embargo, la primera ha omitido mayor atención de la mencionada al no garantizarle una autorización para el procedimiento que requiere (*nefrolitotomía percutánea con láser holmium*) 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 28 de enero hogaño y no esperar a que la paciente presente nuevas complicaciones para adoptar otras medidas que podrían resultar más gravosas.

La entidad demandada E.S.E. HOSPITAL DE YOPAL sostiene que la situación escapa a sus capacidades, si se tiene en cuenta el inconveniente administrativo por el que atraviesa, asunto este que le ajeno al paciente del común, pero que sin embargo, es sopesado al constatar que es la EPS CAFESALUD la que debe prodigar una IPS en lugar equidistante de la residencia del paciente para prodigarle el procedimiento que ordenan los galenos con miras a quitarle o mermarle las dolencias y en caso

que ésta deba desplazarse a otra ciudad, debe reconocerle gastos que ocasione el mismo.

Por lo anterior, se considera que en el caso examinado, le asiste razón suficiente al HOSPITAL DE YOPAL al brindar atención a la paciente hasta el alcance de sus posibilidades, por la cual no puede este Despacho impartir orden alguna a esta parte procesal, teniendo en cuenta que lo peticionado por la parte actora se encuentra por fuera de la órbita de la competencia de la 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 vida y a la probable mejoría en la salud de la señora MIGDONIA SEIJA PATIÑO que comporta derechos de rango Constitucional fundamental de protección justamente por vía de tutela de conformidad con los artículos 11, 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 de la

paciente mencionada, se deben amparar los derechos constitucionales fundamentales de dicho ciudadana.

En conclusión, se tutelaré el derecho a la salud y el de la vida y la integridad física interpuesto por la accionante para que CAFESALUD 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 la señora MIGDONIA SEIJA PATIÑO, 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 CAFESALUD 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.

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

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 vida, a la seguridad social y a la dignidad humana de la señora MIGDONIA SEIJA PATIÑO, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Empresa Promotora de Salud "CAFESALUD E.P.S." , que proceda por intermedio de su Gerente General dentro de las 48 horas siguientes al en 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 la señora MIGDONIA SEIJA PATIÑO, siempre que sean debidamente ordenados de acuerdo al criterio indicado por el médico tratante dentro de una concepción de **ATENCIÓN INTEGRAL**; so pena de incurrir en las sanciones establecidas por la Ley en caso de no hacerlo en su debida oportunidad.

TERCERO: Prevenir al Representante Legal de "CAFESALUD 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.

CUARTO: 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 señor Gerente General y/o representante legal de "CAFESALUD E.P.S.". En igual forma, notifíquese al representante legal del HOSPITAL DE YOPAL E.S.E. y al señor Procurador Delegado ante este Despacho. Comuníquese esta decisión a la accionante.

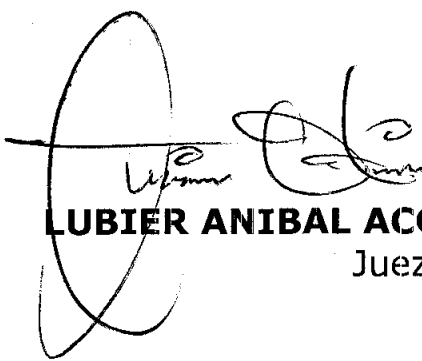
QUINTO: Ordenar a la Gerente General y/o representante legal de CAFESALUD EPS, que una vez vencido el término otorgado, proceda a acreditar el cumplimiento de lo dispuesto con los soportes necesarios.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

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 5:20 P.M.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZALEZ
Juez