



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

Yopal – Casanare, trece (13) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Ref. : ACCIÓN DE TUTELA
Derecho a la salud, a la vida, seguridad social e
integridad personal.
Trámite administrativo de afiliación a EPS.
Accionante: MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA
A través de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Accionados: CAPRESOCA E.P.S. y SANITAS E.P.S.
Radicación: 850013333002-2016-00136-00

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 DEFENSORA DEL PUEBLO – REGIONAL CASANARE 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 seguridad social e integridad personal, establecidos en la Constitución Nacional, que considera le están siendo amenazados a la señora MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA, por las entidades accionadas – CAPRESOCA EPS y SANITAS E.P.S. -, manifestando que después de varias gestiones realizadas por la mencionada ciudadana – quien tiene tres meses de gestación -, ha quedado sin servicio de salud por cuanto Capresoca EPS que era su anterior EPS la retiró por solicitud de la misma y SANITAS EPS le ha colocado obstáculos administrativos para su afiliación.

PRETENSIONES:

Conforme a la propia redacción de la demanda, la accionante por intermedio de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, solicita al Despacho:

1. *"AMPARAR a la señora MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA sus derechos fundamentales constitucionales a la a la (sic) seguridad social, la salud, la integridad personal y a la vida amenazados por CAPRESOCA EPS Y SANITAS EPS.*
2. *ORDENAR a CAPRESOCA EPS Y SANITAS EPS que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al fallo de tutela deberán realizar los trámites administrativos para que la señora MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA sea afiliada a SANITAS EPS".*

Como respaldo a su solicitud adjunta los siguientes documentos:

- 1.- Fotocopia de cédula de ciudadanía de MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA (fl 4).
- 2.- Copia de formatos diligenciados a mano para solicitud de afiliación radicadas por la accionante ante SANITAS EPS, con sello de recibido en dicha EPS el 11 de noviembre de 2015, 17 de febrero de 2016 y 5 de abril de 2016 (fls. 5, 6 y 7).
- 3.- Copia de comunicaciones de fecha diciembre 23 de 2015 Y abril 21 de 2016, que le ha remitido la EPS SANITAS a MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA, en respuesta a su solicitud de afiliación (fls. 8 y 9).
- 4.- Copia de certificación expedida por la oficina de régimen subsidiado a CAPRESOCA EPS, en la cual señala que MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA, se encuentra retirado desde el día 19 de enero de 2016 (fl. 10).
- 5.- Copia de certificado del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud "FOSYGA" a través del cual se encuentran datos de la usuaria MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA, en donde aparece como retirada de CAPRESOCA EPS (fl. 11).

ANTECEDENTES:

Refiere la DEFENSORA DEL PUEBLO en nombre de la accionante en los hechos más relevantes de la demanda:

Que la accionante se encontraba afiliada a CAPRESOCA EPS y solicitó la afiliación SANITAS EPS el 11 de noviembre de 2015.

Que mediante comunicación del 23 de diciembre de 2015, SANITAS EPS le niega a la accionante el traslado, argumentando que no cumple con el tiempo mínimo de permanencia.

Nuevamente el 17 de febrero de 2016 la accionante solicita el traslado a EPS SANITAS; reiterando su solicitud el 5 de abril de 2016.

A través de comunicación del 21 de abril de 2016 la EPS SANITAS niega el traslado aduciendo que un integrante del grupo familiar no cumple con las reglas de movilidad.

Que la EPS CAPRESOCA retiró de la base de datos de afiliados a la accionante desde el día 19 de enero de 2016.

Concluye informando que actualmente la accionante tiene tres (3) meses de gestación y no cuenta con ningún servicio de salud, pues fue retirada de su anterior EPS CAPRESOCA y SANITAS EPS le pone obstáculos administrativos para su afiliación.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El escrito de tutela fue interpuesto ante la Oficina de Servicios Judiciales de Yopal el 28 de abril de 2016 repartido y allegado a este Despacho al día siguiente 29 de ese mes y año, e ingresada por la Secretaría el 2 de mayo de 2016, siendo admitida mediante auto de esa fecha que obra a folio 16 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.

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 3 del presente mes y año (fls. 17 al 20); en la misma, se les concedió un término de tres (3) días para que informaran la situación de afiliación al sistema de salud de la usuaria MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA.

Pronunciamiento de la EPS SANITAS: (fls 21 al 25).

A través de funcionaria Directora de la Oficina Yopal de dicha empresa, con memorial allegado a la Secretaría del Juzgado el 6 de mayo de 2016, se hace presente al escenario constitucional que se le ha planteado y en el capítulo de antecedentes alude que MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA no se encuentra afiliada en EPS Sanitas S.A. y que al revisar su sistema de información se encuentra que ha realizado tres solicitudes de traslado indicando que los dos primeros han sido negados por CAPRESOCA por motivos allí esbozados y el tercero tiene anotación de pendiente traslado.

Por lo señalado indica que no es posible para EPS SANITAS S.A. aceptar la afiliación de una persona sin la autorización de su anterior EPS, ya que de hacerlo estarían desconociendo la normatividad legal vigente y generando así una situación de multifiliación. Agrega que se debe tener en cuenta que mientras la EPS donde se encuentra afiliada actualmente no autoriza su traslado no es posible para EPS SANITAS afiliarla.

Seguidamente menciona que la accionante posee otros mecanismos de defensa judicial como es acudir a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin de dirimir entre otros conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del sistema general de seguridad social en salud.

Manifestación de CAPRESOCA EPS: (fls. 27 al 28 vto.)

Por intermedio de su representante legal, procede a realizar pronunciamiento a la tutela instaurada por la Defensora del Pueblo – Regional Casanare a favor de la señora MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA, refiriéndose a cada uno de los hechos, indicando entre otras que la mencionada, se encontraba afiliada al régimen subsidiado de Capresoca EPS y actualmente ante el FOSYGA figura como afiliado retirado de Capresoca EPS y tal situación obedece a que ella solicitó el traslado a la EPS SANITAS como consta en formularios anexos al escrito de tutela.

Alude mas adelante que desconoce las razones por las cuales la EPS SANITAS niega el proceso de afiliación a la señora MÓNICA LIDIA, máxime cuando ante el FOSYGA la usuaria se encuentra retirada de CAPRESOCA EPS.

Concluye haciendo énfasis en una respuesta dada por EPS SANITAS, a requerimiento de CAPRESOCA en cuanto a la situación de MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA, por lo que basado en ello, señala que de existir vulneración a derechos fundamentales de la accionante, no es por parte de CAPRESOCA EPS, pues la usuaria libre y voluntariamente desea afiliarse a EPS SANITAS y aunque lo ha solicitado en tres ocasiones con formularios diferentes se le ha negado el proceso de afiliación.

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 más preciado 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 MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA quien solicita el amparo a través de esta figura (por intermedio de la Defensoría del Pueblo), 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:

CAPRESOCA EPS en calidad de entidad promotora de salud de carácter público, y la EPS SANITAS S.A. 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 e integridad personal.*** 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 CAPRESOCA E.P.S. y SANITAS EPS., en lo relacionado a los probables obstáculos que ha encontrado la

demandante - que se encuentra en estado de gravidez - para poder realizar su afiliación a una EPS diferente a la cual se encontraba afiliada hasta el 19 de enero del corriente año y posteriormente aparece en los registros del FOSYGA como retirada de CAPRESOCA EPS, habiendo quedado en la actualidad sin seguridad social alguna, si se tiene en cuenta que de acuerdo a la confrontación de la documentación allegada se establece que solicitó el retiro voluntario de Capresoca Eps y a la par solicita la afiliación a EPS SANITAS, lo que arroja como resultado que se autorizó en su momento el retiro de Capresoca, pero no se empalmó con nueva afiliación en este última como se deduce que era el querer de la usuaria, debido a las trabas administrativas que ha encontrado para afiliarse.

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).

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

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

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 “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”¹.

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 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:

“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

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

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).

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 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

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-C16 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."

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).

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 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,

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 Salas 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).

"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 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

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.

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. (...)”

En otro aspecto, no puede pasarse por alto, que el tema que se examina goza de protección Constitucional reforzada – si se tiene en cuenta el estado de gravidez de la accionante, pues allí requerirá de unos cuidados y controles para su bien y el del nasciturus-, por lo cual se trae a colación, lo siguiente:

«ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. **Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.**

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia». (negritas y subrayas de este Despacho).

«ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás». (negritas y subrayas del Despacho).

Se establece desde allí que el Estado tiene el deber especial de proteger a las mujeres gestantes, y una vez se haya producido el alumbramiento, proteger especialmente la unidad que conforman el niño y su madre. De esta manera, se busca proteger a la familia como institución básica de la sociedad, en uno de sus momentos más vulnerables, así lo ha consolidado a

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).

través de los pasados 24 años nuestra Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, que más adelante se traerán a colación de ser necesario.

CASO CONCRETO PLANTEADO Y SOLUCION CONSTITUCIONAL AL MISMO:

Como se puede constatar en el presente caso, de acuerdo a la documentación allegada, la señora MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA solicitó en primer lugar ser retirada como afiliada a CAPRESOCA EPS (del régimen subsidiado) y de inmediato pidió su afiliación e inscripción a la EPS SANITAS perteneciente al régimen contributivo, lo que ha intentado en tres (3) ocasiones, sin que esto último haya sido posible debido a inconsistencias que ha tenido para su nueva afiliación, por cuanto le responden que su anterior EPS no autoriza su desafiliación de aquella.

Con el transcurrir del tiempo ha seguido esperando a ser aceptada por la EPS SANITAS, lo que no ha ocurrido hasta la fecha de interposición de la tutela por parte de la DEFENSORIA DEL PUEBLO, quedando así en un status quo que prácticamente la ha dejado temporalmente sin seguridad social, por lo cual ha visto amenazados los derechos fundamentales enlistados en su escrito, - no solo suyos sino los del ser que lleva en su vientre -, que considera están siendo amenazados por las accionadas, pues al no encontrarse afiliada a EPS alguna, a su vez encontrará obstáculos en lo referente a la prestación de controles y cuidados necesarios en la etapa gestante

Los inconvenientes de tipo administrativo que señala haber encontrado la EPS SANITAS S.A. para afiliar e inscribir a esa EPS de régimen contributivo, por una posible multi afiliación, considera el Despacho que son infundados, si se tiene en cuenta que desde el FOSYGA se certifica que MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA se encuentra retirada de Capresoca EPS e igualmente éste EPS le ha manifestado por escrito a EPS SANITAS cual es el estado actual de la mencionada ciudadana.

Ahora bien, de conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente, si bien la EPS SANITAS S.A. ha dado respuesta dentro del término a la solicitud de afiliación realizada en tres ocasiones por MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA, esta sigue sin haber sido afiliada e inscrita por esta EPS, lo que de suyo vulnera sus derechos y contraviene la legislación existente de libre elección de EPS y la jurisprudencia de la Corte Constitucional señalada en los fundamentos de este fallo.

La otra demandada E.P.S. CAPRESOCA sostiene que la situación escapa a sus capacidades, pues MÓNICA LIDIA expresó su voluntad de retirarse de esta EPS para afiliarse a otra, lo que fue aceptado en su momento, procediendo a retirarla del sistema, lo que es corroborado con el certificado que expide el FOSYGA.

Por lo anterior, se considera que en el caso examinado, le asiste razón suficiente a la EPS CAPRESOCA, 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 dicha entidad.

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.

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, a la salud y la seguridad social de una madre gestante y de contera de su hijo, que comporta derechos de rango Constitucional fundamental de protección justamente por vía de tutela de

conformidad con los artículos 11, 44, 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 y administrativo, sino identificar 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 administrativos de afiliación e inscripción de una madre gestante, se deben amparar los derechos constitucionales fundamentales de dicha ciudadana.

En conclusión, se tutelaré el derecho a la salud y el de la vida, la seguridad social y la integridad física interpuesto por la accionante para que la EPS SANITAS como entidad prestadora del servicio de salud, - sin más dilaciones - proceda por intermedio de su Gerente General y/o funcionario que este delegue dentro de las 48 horas siguientes al que tenga conocimiento de esta decisión, a adoptar las decisiones administrativas necesarias tendientes a regularizar, afiliar e inscribir y garantizar oportunamente todos y cada uno de los procedimientos que requiera MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA.

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, y a la seguridad social de la señora MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Empresa Promotora de Salud "SANITAS E.P.S. S.A." , que proceda por intermedio de su Gerente General y/o funcionario de dicha empresa que este delegue, dentro de las 48 horas siguientes al que tenga conocimiento de esta decisión, a adoptar las decisiones administrativas necesarias tendientes a la afiliación e inscripción a esa EPS del régimen contributivo y así regularizar y garantizar oportunamente todos y cada uno de los procedimientos que requiera o pueda requerir en el futuro la señora MÓNICA LIDIA MÁRQUEZ PARADA; so pena de incurrir en las sanciones establecidas por la Ley en caso de desacato en su debida oportunidad.

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 señor Gerente General y/o representante legal de "SANITAS EPS S.A.". En igual forma, notifíquese al representante legal de CAPRESOCA EPS y al señor Procurador Delegado ante este Despacho. Comuníquese esta decisión a la accionante.

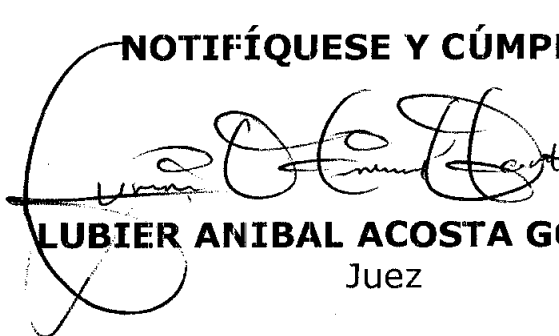
CUARTO: Ordenar a la Gerente General y/o representante legal de SANITAS EPS S.A., que una vez vencido el término otorgado, proceda a acreditar el cumplimiento de lo dispuesto con los soportes necesarios.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: 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 3:50 P.M.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZÁLEZ
Juez

