



41

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

Yopal – Casanare, quince (15) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Ref.  
Medio Constit.: TUTELA  
Derechos a la salud, a la vida, igualdad, dignidad humana e integridad personal.  
Traslado a IV nivel de atención de paciente con compromiso del órgano de la visión, en cumplimiento a orden de médico tratante.

Accionante: JOSÉ UBELSER SALCEDO TUMAY  
(Progenitor de la afectada MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY).

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

Radicación: 850013333002-2016-00184-00

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, el ciudadano JOSÉ UBELSER SALCEDO TUMAY 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 dignidad humana, a la igualdad y otros, establecidos en la Constitución Nacional, que considera le están siendo amenazados a su hija MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY, por las entidades accionadas - CAPRESOCA EPS y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE -, manifestando que el médico especialista ordenó la remisión de la mencionada paciente a IV nivel a servicio de oftalmología y neurocirugía, lo que no se ha cumplido hasta la interposición de la tutela.

### PRETENSIONES:

Conforme a la propia redacción de la demanda, el accionante, solicita al Despacho:

1. "Ordenar al (a) DIRECTOR (A) de CAPRESOCA EPS Y SECRETARIO DE SALUD DEPARTAMENTAL y/o quien corresponda ADELANTEN LAS GESTIONES ADMINISTRATIVAS CORRESPONDIENTES Y REMITAN A IV NIVEL AL SERVICIO DE OFTALMOLOGÍA Y NEUROCIRUGÍA Y LE PRESTEN EL SERVICIO DE MANERA INTEGRAL, para mejorar su salud y su calidad de vida.
2. Ordenar al (a) DIRECTOR (A) de CAPRESOCA EPS Y SECRETARIO DE SALUD DEPARTAMENTAL y/o quien corresponda ADELANTEN LAS GESTIONES ADMINISTRATIVAS CORRESPONDIENTES Y REMITAN A IV NIVEL AL SERVICIO DE OFTALMOLOGÍA Y NEUROCIRUGÍA Y LE PRESTEN EL SERVICIO DE MANERA INTEGRAL, DE MANERA INMEDIATA (es decir que no haya demora).
3. Para evitar presentar tutela por cada evento, solicito ORDENAR QUE LA ATENCIÓN SE PRESTE DE FORMA INTEGRAL, es decir todo lo que requiera de forma PERMANENTE Y OPORTUNA.
4. Prevenir al Ordenar al (a) DIRECTOR (A) de CAPRESOCA EPS Y SECRETARIO DE SALUD DEPARTAMENTAL y/o quien corresponda, que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar esta tutela y que si lo hacen serán sancionadas conforme lo dispone el Art. 52 del decreto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales)".

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

- Fotocopia de apartes de historia clínica por atención brindada en la IPS HOSPITAL DE YOPAL E.S.E. a la paciente MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY, por reingreso de fecha 5 de mayo de 2016 (fls 5 al 11).

De otra parte anuncia el accionante en la demanda, que adjunta fotocopia de cédula de ciudadanía, lo que echa de menos el Despacho.

### **ANTECEDENTES:**

Refiere el tutelante que su hija MAYRA YISETH de 24 años de edad, quien se encuentra afiliada a CAPRESOCA EPS, sufrió un accidente de tránsito el día 28 de febrero de 2016, circunstancia por la cual fue ingresada al Hospital de Yopal, prestándole esta IPS los servicios de salud, habiendo sido necesario su reclusión en la UCI hasta el 5 de mayo de este año.

Seguidamente menciona que en esta última fecha la paciente pasa a hospitalización y transcribe apartes de la historia clínica en la cual entre otras se establece que el médico tratante solicita valoración por oftalmología y traslado en ambulancia terrestre medicalizada.

Afirma que a la fecha de presentación de la tutela (3 de junio de 2016), CAPRESOCA EPS y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL no remiten a su hija a IV nivel de oftalmología y neurocirugía, lo que vulnera los derechos fundamentales de la paciente.

Agrega que su hija MAYRA YISETH es víctima del conflicto armado y se encuentra registrada en el RUV.

### **ACTUACIÓN PROCESAL:**

El escrito de tutela fue interpuesto ante la Oficina de Apoyo de Servicios Judiciales de Yopal el 3 de junio de 2016, repartida y allegada a este Despacho en la misma fecha, siendo admitida mediante auto de esa fecha que obra a folio 14 y vto. del cuaderno principal; se dispuso como medida cautelar que en el término perentorio de tres (3) horas CAPRESOCA EPS y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE autorizarán e hiciera efectiva la remisión de la paciente MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY, en la forma indicada por el médico tratante del Hospital de Yopal; ordenándose además 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 orden de medida cautelar perentoria proferida por este Despacho judicial, fue notificada y comunicada a las accionadas el mismo día 3 de junio de 2016 en horas de la tarde y la providencia admisorio fue notificada a los representantes de las accionadas y al agente del Ministerio Público delegado ante este Juzgado, el día 7 del presente mes y año (fls. 15 al 20).

***Manifestación de CAPRESOCA EPS:*** (fls. 21 y 22)

La representante legal de esta EPS, allega escrito de fecha 7 de junio de 2016, en el cual refiere que para garantizar la atención integral que requiere la paciente MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY, la EPS expidió la autorización de servicios médicos No. 782759 y fue aceptada en el Hospital Simón Bolívar de la ciudad de Bogotá donde está siendo atendida en la Unidad de Cuidados intensivos.

Adjunta copia de formato de autorización de servicios médicos asistenciales de la empresa CAPRESOCA EPS No. 782759 a nombre de MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY; al igual que oficio de fecha 6 de junio de 2016 dirigido a "URGENCIA VITAL DEL CASANARE AÉREA Y TERRESTRE", mediante el cual Capresoca Eps solicita el servicio de ambulancia terrestre medicalizada para el traslado de la paciente mencionada.

En otro escrito allegado a folios 33 al 36 del cuaderno principal, se pronuncia sobre los hechos y pretensiones de la demanda, procediendo a sustentar allí la teoría del hecho superado, en razón a que la paciente MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY, fue remitida por CAPRESOCA EPS a institución de IV nivel de complejidad donde se le está garantizando atención integral por la especialidad que requiere. Por lo anterior, solicita se abstenga de tutelar los derechos invocados en contra de dicha entidad de salud.

***Pronunciamiento de la Secretaría de Salud de Casanare:*** (fls 24 y 25).

A través de funcionaria de la oficina de Defensa Judicial del Departamento de Casanare, con memorial allegado a la Secretaría del Juzgado el 7 del presente mes y año, se hace presente al escenario constitucional que se le ha planteado, indicando que se opone a las pretensiones de la demanda, lo anterior en razón a que lo ordenado a la paciente por el médico tratante (consulta especializada por oftalmología) se encuentra dentro del plan obligatorio de salud. Que la competencia del departamento solo cubre los eventos NO POS de población pobre y vulnerable según los criterios de los artículos 42 y 43 de la ley 715 de 2001, lo que señala no se observa en el caso examinado.

### **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 este medio constitucional:***

La tutela como uno de los logros - sino el mayor - de nuestra Constitución de 1991 (conforme a opinión de expertos en temas de raigambre constitucional que este operador judicial comparte en un todo), es en sentido estricto un derecho subjetivo público de la persona o individuo, un mecanismo excepcional diseñado por

el constituyente del 91 para proteger los derechos fundamentales, cuando estos han sido efectivamente violados, amenazados o desconocidos por alguna autoridad o por funcionario particular que tenga la obligación de prestar el servicio público, y especialmente para evitar que las personas encargadas de dispensarlo no abusen de los particulares que se ven obligados a acudir a esas entidades en procura de un servicio urgente; en síntesis es un mecanismo de tipo residual al que acude el ciudadano cuando no avizora otra salida para su inconveniente.

Sin embargo, acercándonos a los 25 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.

En otro contexto, ha reiterado en pronunciamientos anteriores el 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.

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

En consecuencia, JOSÉ UBELSER SALCEDO TUMAY quien solicita el amparo a través de esta figura, a favor de su hija MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY quien se encuentra enferma y convaleciente, se encuentra habilitado 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 SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión, por lo cual están sujetas al ordenamiento jurídico y pueden llegado el caso, ser receptoras de órdenes judiciales para proteger los derechos de cualquier persona que los considere violados o amenazados, lo que debe ser constatado en este perentorio término establecido en el mencionado decreto.

**DERECHOS INVOCADOS Y JURISPRUDENCIA APLICABLE:**

Los derechos presuntamente quebrantados están constitucionalmente protegidos; fueron expresamente calificados en la Constitución como fundamentales, así: **a la vida, la salud, a la igualdad y a la 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 SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE, en lo relacionado a los probables obstáculos que ha encontrado para su remisión a IV nivel de atención, por cuanto desde el día 5 de mayo de 2016 el médico tratante ordenó dicho traslado en ambulancia medicalizada para ser valorada por Oftalmología y Neurocirugía, debido a las complicaciones que presenta como secuelas de un accidente de tránsito que sufrió en febrero 28 del corriente año.

Apoyado en jurisprudencia, se analizará detenidamente si los derechos invocados por el 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).*

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

*"La Seguridad Social en Salud fue concebida en la Ley 100 de 1993 como un sistema destinado a regular el servicio público esencial de salud y a crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, bajo el imperio del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del interés general. Para ello, el Estado debería crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de todos a la atención básica en salud, ampliando progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud y garantizando la protección y la recuperación de la salud a los habitantes del país. **Obligación ésta que en los términos de los artículos constitucionales 48 y 49 no sólo corresponde al Estado** en la medida en que el beneficiario del servicio no cuente con los recursos necesarios para sufragarlos, **sino igualmente a toda persona en la medida en que debe procurar el cuidado integral de su salud"**.*

Y más recientemente la Corte Constitucional<sup>1</sup> 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 “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”.*

<sup>1</sup> 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

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

También en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional<sup>2</sup> 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. (...)*

(...)

<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

(...)

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,<sup>6</sup> extendiendo así el alcance de la primera

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.”

<sup>6</sup> 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.”

sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.<sup>7</sup> 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."<sup>8</sup> 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."<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> 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'.

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

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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)."

*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”.<sup>12</sup> 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’.<sup>13</sup> 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.’<sup>14</sup>*

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 constitucional<sup>15</sup> 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,*

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia T-537 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-537 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia T-537 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>15</sup> 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.

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.<sup>16</sup>

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'.<sup>17</sup> 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."<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

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

#### **CASO PLANTEADO Y SOLUCION CONSTITUCIONAL AL MISMO:**

Como se puede constatar en el presente caso y de acuerdo a la documentación allegada por las partes, la solicitud que origina la presente tutela hace alusión a orden de médico tratante al señalar que la paciente MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY requiere de atención médica en institución de IV nivel de atención de acuerdo a su delicado estado con compromiso ocular como secuela de accidente, dejándose anotado como resumen en historia clínica en el capítulo de "enfermedad actual" lo siguiente:

<sup>16</sup> 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"

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

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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 CON SEVERO COMPROMISO SECUELAR POR TCE. SEVERO, HA REQUERIDO CUBRIMIENTO ANTIBIÓTICO POR SEPSIS RELACIONADA CON GRAM NEGATIVOS Y ESTRUCTURAS MICÓTICAS, QUIEN DURANTE ESTANCIA HOSPITALARIA PRESENTA COPROMISO OCULAR CON PREVIA VALORACIÓN POR OFTALMOLOGÍA QUIEN CONSIDERA MANEJO DEFINITIVO CON ENUCLEACIÓN UNILATERAL EN IV NIVEL DE COMPLEJIDAD"

Por lo anterior, en el análisis de los facultativos del 5 de mayo de 2016, se califica su situación de posible lesión en la córnea, originada al parecer en el trauma craneoencefálico que le causó el accidente de tránsito del 28 de febrero de 2016, por lo cual debe ser valorada a otro nivel más especializado, lo que no daba espera para su remisión, por eso solicitó en el cuerpo de la demanda de tutela una medida cautelar, a lo cual accedió el Despacho en auto admisorio del 3 de junio de 2016, dando órdenes precisas y perentorias ante las probables consecuencias al bienestar de la paciente.

Ahora, al definir y proferir sentencia de mérito de tipo constitucional, encuentra el Despacho que las órdenes dadas como medida preventiva, han sido cumplidas, pues la EPS CAPRESOCA extendió la autorización de servicios médico asistenciales No. 782759 de fecha 6 de junio de 2016 y procedió a contratar el servicio de ambulancia terrestre medicalizada con la firma "*Urgencia vital del Casanare aérea y terrestre*" en esa misma fecha, procediendo al traslado de la paciente MAYRA YISETH a la ESE HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR de la ciudad de Bogotá

En este estado de cosas, se constata que lo más urgente era la remisión de la paciente y colocarla en atención integral en institución de mayor nivel de complejidad, dadas las complicaciones de la patología que le compromete al parecer su salud visual, sin que se pueda predecir o avizorar que nuevos requerimientos o tratamientos sean necesarios para mejorar su condición; por lo tanto, este estrado judicial se abstendrá de conceder el amparo solicitado, pues la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional como organismo supremo en materia de tutela, ha señalado que:

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

En conclusión, se declarará improcedente en este momento procesal la tutela instaurada por el señor JOSÉ UBELSER SALCEDO TUMAY en favor de su hija MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY, al considerar que el hecho que originó su solicitud de amparo - específicamente autorización y traslado de la paciente a IV nivel de atención para ser valorada por oftalmología y Neurocirugía, a efectos de continuar el tratamiento requerido debido a la patología que presenta - ya ha sido satisfecho por la entidad accionada CAPRESOCA EPS al disponer lo necesario para que se realizara el traslado en ambulancia medicalizada y fuera atendida de manera integral por el HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR de la ciudad capital del país. En consecuencia, nos encontramos frente a un hecho **superado** en esa materia.

Sin embargo, debido a lo acontecido, se prevendrá a la entidad accionada CAPRESOCA EPS para que a través de su representante o superior imparta directrices precisas y capacitación a sus colaboradores (empleados y/o funcionarios) en el sentido que estén más atentos y en el futuro se abstengan de demorar el trámite administrativo de autorizaciones para tratamientos, medicamentos, remisiones, etc, ordenadas por los galenos de turno para pacientes que las requieran con urgencia y cuyas prestaciones de seguridad social en salud deban ser satisfechas al encontrarse contempladas en el Plan Obligatorio de Salud Contributivo o Subsidiado según el caso, pues se ha convertido en costumbre que en cierto modo solo a través de tutela se proceda a encontrar soluciones al clamor de los familiares y de los mismos enfermos. Lo anterior, si se tiene en cuenta los derechos fundamentales que se podrían vulnerar o poner en peligro, debido a la presunta negligencia e indolencia de algunos servidores.

No sobra recordar una vez más a quienes dirigen a CAPRESOCA EPS que las actividades y actuaciones de las Empresas Promotoras de Salud deben ser consonantes con las disposiciones legales y jurisprudenciales, por cuanto como se dijo anteriormente los derechos de las personas protegidas constitucionalmente prevalecen sobre los de los demás entendiéndose por tal "la garantía de la **prestación de todos los servicios, bienes y acciones**, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de personas disminuidas en sus capacidades normales", y por tanto todas las actuaciones de CAPRESOCA respecto a la paciente SALCEDO TUMAY deben estar cobijadas y hacer parte de la denominada **ATENCIÓN INTEGRAL**, sin que sea indispensable la existencia de una orden judicial para que así se cumpla.

No habrá lugar a condena en costas al no estructurarse las causales para ello.

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.-** Declarar **superado** el obstáculo que originó la solicitud de tutela impetrada por JOSÉ UBELSER SALCEDO TUMAY en representación y a favor de su hija MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY (impedida de acuerdo a su estado de salud). En consecuencia, **NEGAR POR IMPROCEDENTE** en este momento procesal el amparo requerido, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO.-** Prevenir a la entidad accionada CAPRESOCA EPS para que en el futuro se abstenga de demorar el trámite de autorizaciones, remisiones, medicamentos, etc.,

ordenadas por los galenos de turno para pacientes que las requieran con urgencia y cuyas prestaciones de seguridad social en salud deban ser satisfechas al encontrarse contempladas en el Plan Obligatorio de Salud Contributivo o incluso Subsidiado según el caso; por tanto todas las actuaciones de CAPRESOCA respecto a la paciente MAYRA YISETH SALCEDO TUMAY deben estar cobijadas y hacer parte de la denominada **ATENCIÓN INTEGRAL**, sin que sea indispensable la existencia de una orden judicial para que así se cumpla.

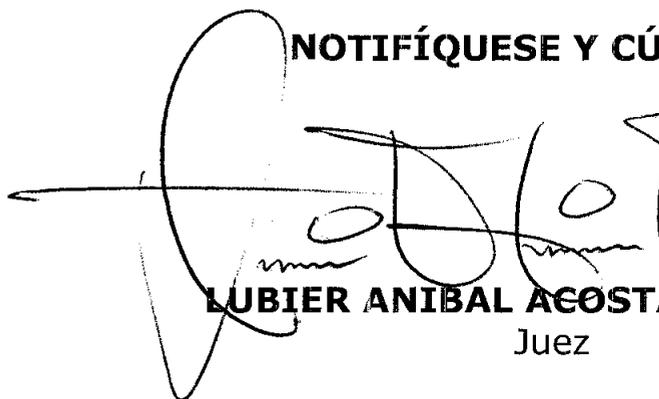
**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

**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 a la Gerente de CAPRESOCA EPS., al titular de la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE y al señor Procurador Delegado ante este Despacho. Comuníquese esta decisión al accionante.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUBIER ANIBAL AGOSTA GONZALEZ**  
Juez