



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Diez (10) de Febrero de dos mil Veinte (2020)

RAD: 20001 31 03 002 2020 00012 00 Acción de tutela de primera instancia promovida por **GLORIA BERNAL GONZALEZ** como agente oficioso de **ELIZABETH GONZALEZ CHACON** contra **LA NUEVA EPS**. Derecho fundamental a la Salud.

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda en la presente Acción de Tutela de primera instancia impetrada por GLORIA BERNAL GONZALEZ como agente oficioso de ELIZABETH GONZALEZ CHACON contra LA NUEVA EPS.

HECHOS:

Como sustento fáctico de la acción constitucional, la accionante a través de agente oficioso manifiesta en síntesis lo siguiente:

Su madre se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud - Régimen Contributivo en la Nueva EPS. A su madre le diagnosticaron CARCINOMA CANALICULAR INFILTRANTE DE MAMA IZQUIERDA GRADO HISTOLÓGICO II, con otras patologías como OSTEOPOROSIS POSTMENOPAUSIA, OSTEARTROSIS PRIMARIA, ESCOLOSIS Y MIALGIA.

Su médico tratante el Dr. IVAN F. ZULETA OÑATE, Cirujano Oncólogo, la ha venido valorando en el Centro Médico Moderno el Rosario, en Valledupar, Cesar, ha sido su Cirujano Oncólogo por más de 06 años, siendo quien le realizó la cirugía del carcinoma y desde entonces la ha venido tratando y ordenándole tratamientos, medicamentos y una series de procedimientos médicos, en su última cita de control el 09 de enero de 2020, le ordenó una cirugía de manera urgente llamada ESCICIÓN DE GANGLIO LINFÁTICO AXILAR IZQUIERDO.

Radicó los documentos para la cirugía y se la autorizaron en la clínica BONADONA en la ciudad de Barranquilla, Atlántico, no aceptó la autorización y solicitó de manera verbal que la cirugía en la ciudad de Valledupar, y si no se puede en la Clínica donde la remitió el especialista tratante, que sea en otro centro médico pero en Valledupar y con el Dr. Iván F. Zuleta Oñate.

Explica que no aceptó la autorización, por razones que su madre fue operada de carcinoma ductal de mama izquierda, su cirujano

oncólogo, reviso una ecografía "ultrasonografía" de tejidos blandos, dicha ecografía arrojó como resultado una ADENOPATÍA AXILAR IZQUIERDA PALPABLE, siendo este la inflamación grave y por esa razón que el cirujano le ordenó de manera urgente.

DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS:

La parte actora con base en los hechos descrito anteriormente, se le ha vulnerado sus derechos fundamentales a la Salud, puesto que la negativa de autorizarle la cirugía con el médico tratante coloca en peligro la salud y la vida del paciente.

PRETENSIONES:

Solicita la accionante, que se acceda al amparo constitucional a los derechos fundamentales a la Vida, dignidad humana, seguridad social y Salud.

En virtud de lo anterior declaración, solicita que se le ordene a la NUEVA EPS autorizar dentro del término de 48 horas, autorice la cirugía de ESCISIÓN DE GANGLIO LINFÁTICO AXILAR IZQUIERDO EN LA CLÍNICA CESAR en la ciudad de Valledupar, Cesar, ordenada con el Dr. IVAN F. ZULETA OÑATE, Cirujano Oncólogo.

Que se le ordena a la Nueva EPS, se le garantice atención integral.

PRUEBAS:

PARTE ACCIONANTE:

- 1.- Fotocopia de la orden de la cirugía de ESCISIÓN DE GANGLIO LINFÁTICO AXILAR IZQUIERDO.
- 2.- Copia del examen del TÓRAX PA.
- 3.- Copia de la valoración PRE-ANESTÉSICA.
- 4.- Copia de la orden para hemograma, glicemia, hemoglobina glicosilada, bun creatatinia, tp - tpt, grupo /Rh y examen parcial de orina.
- 5.- Copia de la orden para ELECTROCARDIOGRAMA.
- 6.- Copia de la Historia Clínica.

PARTE ACCIONADA:

- 1.- No aportó.

TRÁMITE PROCESAL

Con proveído de 28 de enero de 2019, este Despacho Judicial admitió la acción de tutela, corriendo de ella traslado a la NUEVA EPS y se le concedió el término de dos (2) días, para que rindiera un informe sobre los hechos relatados en la acción presentada.

CONTESTACIÓN DE LA NUEVA EPS

Alega que los límites frente a la ordenes de tutelas que involucran tratamientos integrales se trazan de acuerdo a la prescripción médica que realicen los médicos tratantes de las EPS, en tanto el médico tratante tal como lo resaltó la Corte es el único capaz de determinar los servicios en salud que requiere el paciente, de lo contrario se convertirá en servicios indeterminados en el tiempo.

En virtud de lo anterior, solicitan denegar la acción de tutela por improcedente, denegar la petición de atención integral.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:

La acción de tutela es un mecanismo de defensa establecido por la constitución a favor de todas personas cuyos derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos por la constitución y la ley, cuyo amparo inmediato puede ser reclamado ante los jueces de la república. Esta acción constitucional es de carácter preferente, sumario y subsidiario, por cuanto a él se recurre cuando no estén contemplados otros medios de defensa judicial, tal como indica el artículo 86 de la constitución nacional en su inciso tercero: esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, limitación esta que fue reiterada en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACION ACTIVA

La accionante GLORIA BERNAL GONZALEZ como agente oficioso de ELIZABETH GONZALEZ CHACON, impetra acción de tutela, con fundamento en el artículo 86 de la C.N., teniendo como objetivo que constitucionalmente a través del presente mecanismo, le salvaguarden los derechos fundamentales constitucionales vulnerados, puesto que hasta la fecha no le han autorizados la cirugía ordenada por su médico tratante y demás servicios de salud relacionados.

LEGITIMACIÓN PASIVA:

LA NUEVA ESP, por tener vínculo directo con la prestación del servicio de salud de CELIS DEL CARMEN MEJIA ATENCIO, por lo tanto, es a quien se le atribuye la responsabilidad de la vulneración a los derechos fundamentales referidos.

INMEDIATEZ Y SUDSIDIARIDAD:

Con respecto a este presupuesto considera esta agencia judicial que el mismo se cumple puesto que las ordenes fueron generadas en 09 de enero de 2020 y la presente acción de tutela se impetró el 20 de enero del hogaño, lo cual indica que no han transcurrido más de seis (6) meses, siendo oportuna la reclamación del derecho violentado.

Frente a la subsidiaridad se percibe que el hoy accionante no tiene otro mecanismo inmediato para proteger y cesar el derecho transgredido, sino la presente acción, pues, según los hechos en el caso particular se puede concluir que éste instrumento constitucional es el idóneo para la protección de sus derechos fundamentales, máxime cuando se trata de la vulneración del derecho fundamental a la salud de un sujeto de especial protección dado a su edad de 74 años y a la patóloga diagnosticada de TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE SUPERIOR EXTERNO DE LA MAMA, al no autorizar la Cirugía y demás servicios de salud ordenados por su médico tratante.

PROBLEMA JURIDICO:

En el presente asunto, el problema jurídico a resolver radica: ¿Sí la NUEVA EPS, está vulnerando los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la dignidad humana, a la integridad física y a la seguridad social al no autorizarle los servicios de salud cirugía de ESCISIÓN DE GANGLIO LINFÁTICO AXILAR IZQUIERDO, examen del TÓRAX PA, valoración PRE-ANESTÉSICA, hemograma, glicemia, hemoglobina glicosilada, bun creatatinia, tp - tpt, grupo /Rh y examen parcial de orina, ELECTROCARDIOGRAMA, con el médico especialista el Dr. Iván Francisco Zuleta Oñate, Cirujano Oncólogo, en la Clínica, Cesar?

Con relación a la continuidad de la prestación del servicio de salud la Corte Constitucional ha dicho en Sentencia T-454/08:

En cuanto al alcance del principio de continuidad, la Corte precisó su alcance, en la **sentencia T-1198 de 2003**¹, como sigue:

"5.4 En suma, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud que reciben. Los criterios que informan el deber de las E.P.S de

¹ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Reiterada, entre otras, por las sentencias T-807 de 2007, T-662 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-363 de 2007 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados"

**Especial protección constitucional de los adultos mayores.
Reiteración de Jurisprudencia - Sentencia T-252/17:**

Los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional en múltiples sentencias de esta Corporación. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor, dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros tipos de colectivos o sujetos.

Ahora bien, al observar el ordenamiento jurídico, la Constitución en sus artículos 13° y 46°, contempla la especial protección del Estado y la sociedad a las personas mayores, de acuerdo con el principio de solidaridad y los preceptos del Estado Social de Derecho que inspiran el ordenamiento superior. En especial, el artículo 46° pone en cabeza de las familias, la sociedad y el Estado mismo unos deberes de protección y asistencia en favor de los adultos mayores, que conlleven su integración en la vida comunitaria. Dicho precepto constitucional indica que:

*"Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de **las personas de la tercera edad** y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. || El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia"* (Negrillas fuera de texto original).

En razón de tal disposición constitucional este Tribunal indicó en la sentencia C-503 de 2014 que "el Estado debe propender por el cuidado de la vejez como parte del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Ello por cuanto a pesar de existir un especial deber de solidaridad en cabeza de la familia, el artículo 46 habla de una responsabilidad concurrente, y por tanto, el Estado no sólo puede sino que debe contar con una política pública de cuidado, protección e integración del adulto mayor, y adoptar las respectivas medidas para implementarlas".

La Corte ha valorado la edad como factor de vulneración para establecer la procedencia de la acción de tutela en materia pensional, por cuanto ha estimado que los adultos mayores se encuentran en una posición de debilidad e indefensión, en tanto se encuentran limitadas para obtener ingresos económicos que les permitan disfrutar de una vida digna. Asimismo, tal estado de vida se ve acrecentado por otros factores que esta Corte ha resaltado:

"Empero, es claro que esa protección deriva del deterioro natural de las funciones básicas del ser humano, que sobrevienen con el paso de los años, y que se hacen notorias en unas personas, más que en otras. Ello, trae como consecuencia inexorable que, conforme avance el tiempo,

será cada vez más difícil para ellas acceder al mercado laboral, o desarrollar alguna actividad de la cual puedan derivar su sustento. Por eso, la especial protección del Estado hacia esa población no debe abordarse tomando como factor exclusivo la edad a partir de la cual, constitucionalmente, se habla de adulto mayor, sino que debe hacerse a partir del análisis holístico del conjunto de elementos que definen su contexto real, pues, "la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria"

Así las cosas, es indispensable otorgar a los adultos mayores un trato preferente para evitar la posible vulneración de sus derechos fundamentales. Acorde con lo expuesto por este Tribunal, cuando estas personas sobrepasan el índice de promedio de vida de los colombianos y no tienen otro medio distinto eficaz, es la acción de tutela la idónea para obtener la efectividad de sus derechos, como se explicó en el acápite anterior.

El derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia - Sentencia T-261/17:

"El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad el Estado.

En principio, "se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos. Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida. A continuación, se determinó que todos los derechos de la Carta son fundamentales al conectarse con los valores cuya protección, el legislador primario, pretendió elevar "a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución"."

Mediante **la Sentencia T-760 de 2008**, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo "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." Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015., en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

La salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer. Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3° del Artículo 13 de la Constitución Política y en los Artículos 48 y 49 del mismo texto.

Frente a las personas que padecen cáncer, el Congreso de la República expidió la Ley 1384 de 2010. Con el fin de establecer acciones para la

52

atención integral del cáncer en Colombia y de este modo reducir la mortalidad por cáncer adulto, así como también mejorar la calidad de vida de los pacientes, garantizando el acceso, la oportunidad y la calidad a las acciones contempladas para el control en adulto a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud.

Posteriormente, el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 señaló la necesidad de garantizar el tratamiento integral a quienes, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, les hubiese sido negado el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar "todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no". Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir "prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad".

La Corte Constitucional reiteró en Sentencia T-920 de 2013 el deber que tiene el Estado de proteger de manera especial a sujetos que padecen cáncer, autorizando todos los medicamentos y procedimientos incluidos o no en el POS que requiera el paciente para su tratamiento. En esta providencia se indicó:

"Por la complejidad y el manejo del cáncer esta Corporación ha reiterado el deber de protección especial que deben tener las entidades prestadoras del servicio de salud, y por lo tanto, ha ordenado que se autoricen todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que se requieran para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS, razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente".

El tratamiento integral implica la obligación de no fraccionar la prestación del servicio, por lo que está conexo con el principio de continuidad, que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, obliga a prestar los servicios de salud de modo adecuado e ininterrumpido. Para tal efecto, las entidades de salud deben actuar con sujeción al principio de solidaridad, de modo que los trámites administrativos no sean un obstáculo en la prestación de sus servicios y los mismos sean brindados de forma coordinada y armónica.

Dentro de esta perspectiva debe considerarse con toda atención, que las personas que padecen cáncer, no están en condición de gestionar la defensa de sus derechos, como podría estarlo una persona sana o que padezca una enfermedad de menor entidad, por lo que se les debe brindar un servicio eficiente durante el curso de toda la enfermedad, de forma tal que puedan sobrellevar sus padecimientos de manera digna"

El principio de continuidad supone que toda persona que haya ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) cuente con vocación de permanencia y no resulte separado del mismo cuando se encuentre en peligro su calidad de vida e integridad. Esta Corporación ha manifestado reiteradamente que el servicio de salud, al tratarse de un servicio público esencial, no debe ser interrumpido sin que medie justificación constitucionalmente admisible. Así lo estableció la Corte en la **sentencia T-1198 de 2003**, en la cual precisó:

"Los criterios que informan el deber de las EPS de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción

injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados".

De otro lado, el *principio de integralidad* se define en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 de la siguiente forma:

"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".

Al respecto, en la **Sentencia C-313 de 2014**, esta Corporación manifestó que el referido principio de integralidad es transversal en el Sistema de Salud y determina su lógica de funcionamiento, pues la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que *"está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado [con anterioridad] por este Tribunal"*. Precisó también que el principio de integralidad opera no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, de modo que se propenda para que su entorno sea tolerable y adecuado.

En síntesis, este principio comprende la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud de garantizar la autorización completa y oportuna de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología y para sobrellevar su enfermedad.

La Corte ha considerado que es posible solicitar por medio de la acción de tutela la garantía del tratamiento integral, cuando con ello se pretende asegurar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Esta Corporación ha manifestado que el reconocimiento de dicho amparo requiere "(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr [superar o sobrellevar] el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable", precisando que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha identificado una serie de eventos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, cuando están en juego las garantías fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas. En estos casos, la Corporación ha reconocido que la atención integral debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. Asimismo, la Corte ha sostenido que ante la existencia de casos excepcionales en los cuales las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones que los agobian.

Esta Corporación ha reconocido recientemente la garantía del tratamiento integral para menores de edad y adultos mayores, con la finalidad de protegerlos en su especial situación de vulnerabilidad, en especial cuando la E.P.S. ha actuado negligentemente en la prestación del servicio de salud. Tales son los casos presentados en la **sentencia T-445 de 2017**, en donde se reconoció tratamiento integral para dos menores con *parálisis cerebral*, de forma que se garantizara la provisión de insumos y servicios médicos, requeridos por los mismos, no contemplados en el POS.

A su vez, el artículo 11 de la citada Ley, reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser "limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica". En estos términos, se reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes en materia de salud.

En particular, sobre la prestación del servicio de salud requerida por menores de edad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

En conclusión, tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia constitucional han sido claras en señalar el trato preferente que deben tener los menores de edad para la satisfacción de su derecho a la salud, razón por la cual todas las entidades prestadoras del servicio de salud deben respetar y garantizar de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita el acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares".

Adicionalmente, la Alta Corporación guardiana de la constitución, ha manifestado en **Sentencia T-519/14**, lo siguiente:

"preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del Plan Obligatorio de Salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico".

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señaló los siguientes:

"a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante".

"Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio "requerir con necesidad", que antes de la sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era "requerido" por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de "necesidad" del paciente".

Posteriormente, la Corte aclaró que "requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, 'requerir con necesidad'". En ella, aclaró el concepto de "requerir" y el de "necesidad". Respecto al primero señaló que se concretaba en que "a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie."

"El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió este Tribunal cuando precisó que:

"toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional

vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona."

SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:

Para comenzar, la repuesta al problema jurídico es carácter positivo puesto que los servicios de salud una vez iniciado no pueden ser suspendidos por motivos administrativos y contractuales que se presenten entre las I.P.S, y la EPS, por lo tanto, la actora ha venido siendo atendida por el médico especialista el Dr. IVAN F. ZULETA OÑATE, Cirujano Oncológico, quien le ordenó la Cirugía de ESCISIÓN DE GANGLIO LINFATICO AXILAR IZQUIERDO, COLGAJO LOCAL DE PIEL DE VECINDAD ENTRE 2 - 5, y además por su patología TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE SUPERIOR EXTERNO DE LA MAMA, es un sujeto de especial protección constitucional, el cual debe prestársele los servicios de salud de manera urgente y sin ninguna interrupción administrativa o contractual en pro de su mejoramiento.

Dentro del asunto de marras, está probado que **(i)** ELIZABETH GONZALEZ CHACON, tiene 74 años² que, **(ii)** está afiliado a la NUEVA EPS, que **(iii)** le diagnosticaron un TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE SUPERIOR EXTERNO DE LA MAMA³, que, **(iv)** el Médico especialista el Dr. IVAN ZULETA OÑATE, HEMATOLOGIA DEL CESAR, le prescribió los siguientes servicios de salud: ordenó la Cirugía de ESCISIÓN DE GANGLIO LINFATICO AXILAR IZQUIERDO, COLGAJO LOCAL DE PIEL DE VECINDAD ENTRE 2 - 5, procedimiento que debe hacerse en la clínica Cesar.

Así mismo, fundamentando la repuesta al problema jurídico, la sentencia T - 092 de 2018, estableció lo siguiente: "El principio de *continuidad* en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que "una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.". La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación.

Ahora, conforme la jurisprudencia citada la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado de manera oportuna eficaz a las personas, máxime cuando se trata de personas que tiene enfermedades catastróficas o ruinosas, con los diagnósticos citados, de tal situación en la que se encuentra la actora, no se puede ser indiferente, puesto que, en la medida que dichos servicios de salud no sean prestados de manera oportuna, las condicione de salud se deteriorarían, colocando en riesgo su vida.

² Ver fol. 07.
³ Ver fol. 16.

Así tenemos que el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad el Estado.

En principio, "se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos. Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida. A continuación, se determinó que todos los derechos de la Carta son fundamentales al conectarse con los valores cuya protección, el legislador primario, pretendió elevar "a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución"."

Además, mediante la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo "*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.*" Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015., en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Así entonces, La salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer. Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3° del Artículo 13 de la Constitución Política y en los Artículos 48 y 49 del mismo texto.

Posteriormente, el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 señaló la necesidad de garantizar el tratamiento integral a quienes, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, les hubiese sido negado el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar "*todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no*". Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir "*prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad*".

El tratamiento integral implica la obligación de no fraccionar la prestación del servicio, por lo que está conexo con el principio de continuidad, que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, obliga a prestar los servicios de salud de modo adecuado e ininterrumpido. Para tal efecto, las entidades de salud deben

actuar con sujeción al principio de solidaridad, de modo que los trámites administrativos no sean un obstáculo en la prestación de sus servicios y los mismos sean brindados de forma coordinada y armónica.

Dentro de esta perspectiva debe considerarse con toda atención, que las personas que padecen cáncer, no están en condición de gestionar la defensa de sus derechos, como podría estarlo una persona sana o que padezca una enfermedad de menor entidad, por lo que se les debe brindar un servicio eficiente durante el curso de toda la enfermedad, de forma tal que puedan sobrellevar sus padecimientos de manera digna.

Por tanto, es deber del Estado y de las entidades prestadoras del servicio público de salud asegurarles a los afiliados al sistema la continuidad en el tratamiento, cuidado y manejo de su enfermedad, siempre y cuando, con su retiro, se ponga en riesgo su calidad de vida e integridad. Además, la protección referida se refuerza en el principio de integralidad que enmarca el sistema y que supone que a los pacientes se les debe brindar la totalidad del tratamiento médico que demande su patología, en la buena fe, en la confianza legítima y en la eficiencia⁴.

Bajo la misma línea, el literal f) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, establece que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para las niñas, niños y adolescentes. Estas medidas deben encontrarse formuladas por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, **personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica**⁵.

Al respecto, la Sentencia T-531 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, expuso lo siguiente:

*"Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional **menores**, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), **se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.***

Descendiendo al caso concreto, se considera que la señora ELIZABETH GONZALEZ CHACON, ha venido siendo atendida por el Dr. Iván F. Zuleta Oñate, Cirujano Oncológico, por causa de su diagnóstico TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE SUPERIOR EXTERNO DE LA MAMA, y en valoración determinó que los servicios de salud tales como cirugía de ESCISIÓN DE GANGLIO LINFÁTICO AXILAR IZQUIERDO, examen del TÓRAX

⁴ Sentencia T - 016 de 2017.

⁵ Sentencia T - 196 de 2018.

PA, valoración PRE-ANESTÉSICA, hemograma, glicemia, hemoglobina glicosilada, bun creatatinia, tp - tpt, grupo /Rh y examen parcial de orina, ELECTROCARDIOGRAMA, por ende, no es aceptable y de recibo que la Nueva EPS, niegue los servicios de salud con el galeno citado, puesto que no es cualquier enfermedad la que se está tratando, es una patología de carácter ruinoso y/o catastrófica que sus efectos en caso de no tratarse e tiempo son irreversibles, por lo tanto, no autorizar los servicios de salud citados, coloca en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y dignidad humana, para lo cual, encuentra este juez de tutela que los mismos se hayan conculcados por parte de la NUEVA EPS.

Cabe resaltar que la contestación realizada por parte de la Nueva EPS, no se objetó nada con respecto a que el médico tratante no fuera adscrito a red prestadora de los servicios de salud, pues se vislumbra que hizo énfasis más en el tratamiento integral; no obstante, podemos decir que los servicios de salud que hoy se reclaman en sede de tutela, son determinaciones de la parta actora, ni mucho menos del juez de tutela, tales servicios son ordenados por su médico tratante quien es único capaz quien tiene la facultad de ordenar a través de valoraciones, así entonces, lo hoy pretendido por la actora, tiene fundamento en prescripción médica, a través de su médico tratante.

Así las cosas, los argumentos de la contestación esbozados por la entidad accionada se respetan, sin embargo, no se comparten, pues, de acuerdo a la jurisprudencia citada, la hoy accionante cumple con los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para que éste Juez de Tutela considere despachar de manera positiva el problema jurídico puesto a su resolución, por lo tanto, se procede a ordenar a la NUEVA EPS autorizar la cirugía de ESCISIÓN DE GANGLIO LINFÁTICO AXILAR IZQUIERDO, con el médico especialista el Dr. Iván Francisco Zuleta Oñate, Cirujano Oncólogo, en la Clínica, Cesar, además de ello, autorice el examen del TÓRAX PA, valoración PRE-ANESTÉSICA, hemograma, glicemia, hemoglobina glicosilada, bun creatatinina, tp - tpt x, grupo /Rh y examen parcial de orina y ELECTROCARDIOGRAMA a ELIZABETH GONZALES CHACON.

Resulta pertinente destacar que para el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo⁶. De manera que, este mecanismo de protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la Secretaría de Salud Departamental, ni al Fosyga y/o ADRES, cuando tengan derecho a éste, empero, no es del resorte del fallador constitucional disponerlo así en la resolución del caso.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁶ Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.

56

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONCEDER el amparo a los derechos Fundamentales a la Salud, a la vida y dignidad humana a ELIZABETH GONZALES CHACON, quien actúa a través de agente oficioso, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de la NUEVA EPS o quien haga sus veces, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a autorizar la cirugía de ESCISIÓN DE GANGLIO LINFÁTICO AXILAR IZQUIERDO, con el médico especialista el Dr. Iván Francisco Zuleta Oñate, Cirujano Oncólogo, en la Clínica, Cesar, además de ello, autorice el examen del TÓRAX PA, valoración PRE-ANESTÉSICA, hemograma, glicemia, hemoglobina glicosilada, bun creatatinina, tp - tpt x, grupo /Rh y examen parcial de orina y ELECTROCARDIOGRAMA a ELIZABETH GONZALES CHACON.

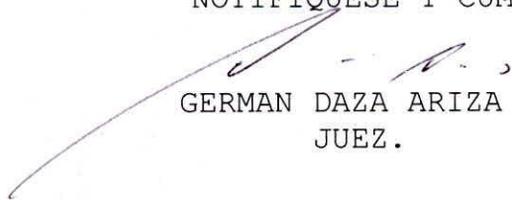
TERCERO: ORDENAR al Representante Lega de la NUEVA EPS o quien haga sus veces, prestar un servicio y/o atención integral a ELIZABETH GONZALES CHACON, en el punto de que todos los procedimientos, tratamientos, medicamentos y demás servicios de salud con causa a la patología diagnostica de TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE SPERIOR EXTERNO DE LA MAMA, y que le prescriban los médicos tratantes y que es objeto por el cual se protege los derechos fundamentales en la presente acción, sean autorizados sin que tenga le necesidad de interponer una acción de tutela.

CUARTO: ORDENAR al Representante Lega de la NUEVA EPS o quien haga sus veces, acreditar cumplimiento de la presente orden constitucional so pena de incurrir en desacato.

QUINTO: NOTIFIQUESE esta providencia a las partes en la forma más expedita.

SEXTO: Si esta sentencia no fuere impugnada, remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


GERMAN DAZA ARIZA
JUEZ.

