

JUZGADO DIECISIETE DE FAMILIA DE BOGOTÁ

Cuatro (04) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Clase de proceso	Acción de tutela
Radicación	11001311001720240017800
Accionante	Arley Otálvaro García
Accionada	Nueva EPS

ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991, procede el despacho a emitir decisión de fondo en el trámite de la acción de tutela instaurada por el ciudadano ARLEY OTÁLVARO GARCÍA, quien actúa a través de agente oficiosa en contra de la NUEVA EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana.

ANTECEDENTES

Los que a continuación se resumen por el despacho, así:

Informó la agente oficiosa del accionante que ARLEY OTÁLVARO GARCÍA se encuentra afiliado a la NUEVA EPS, y fue diagnosticado con las enfermedades “*SECUELAS DE ACV, HEMORRAGIA INTRACEREBRAL, GASTROTOMÍA, DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA MODERADA*”; asimismo, manifestó que se trata de un adulto mayor, pues tiene 73 años de edad.

Indicó que, en virtud de los referidos diagnósticos, su médico tratante le ordenó hospitalización domiciliaria, terapia física domiciliaria, terapia de deglución domiciliaria, terapia ocupacional domiciliaria, terapia respiratoria domiciliaria, enfermería 24 horas domiciliaria y atención médica domiciliaria.

Aseguró que radicó las órdenes de los servicios previamente descritos, y que la NUEVA EPS le informó que se encontraba en trámite de asignación de una IPS de atención domiciliaria, pero a la fecha de presentación de esta acción de tutela no se ha brindado ninguna respuesta o solución.

Por lo anterior, requirió el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana, y que se conmine a la accionada a asignar todos los procedimientos que ARLEY OTÁLVARO GARCÍA requiere para el tratamiento de su enfermedad actual, y se ordene tratamiento integral para el ciudadano.

ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela fue asignada por reparto a este juzgado el 15 de marzo de 2024, y admitida en providencia de la misma fecha, ordenándose notificar a la entidad accionada, NUEVA EPS, para que rindiera

la información necesaria, en aras de decidir el asunto puesto en conocimiento.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

La apoderada especial de la NUEVA EPS, en contestación del 18 de marzo de 2024, informó que ARLEY OTÁLVARO GARCÍA se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de NUEVA EPS, en el régimen contributivo, y que en ningún momento ha negado la prestación de los servicios de salud en favor del accionante, pues no existe carta de negación de dichos servicios; adicionalmente, manifestó que debe existir orden médica vigente y autorizada para la realización de los procedimientos que, en todo caso, se materializan a través de las IPS, por lo que la EPS no es la directamente responsable de la asignación de los tratamientos requeridos.

En consecuencia, solicitó que se niegue el amparo solicitado, al considerar que no existe vulneración de derechos fundamentales por parte de la entidad que representa.

Conforme a lo anterior, procede esta sede judicial a resolver el asunto, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Competencia

Al tenor de lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto 333 de 2021, este despacho es competente para conocer y decidir el trámite de la acción de tutela interpuesta, teniendo en cuenta que se invoca la protección de derechos fundamentales.

Procedencia de la acción de tutela

La solicitud de amparo constitucional ha sido presentada dentro de un término razonable ante el juez, y el accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para proteger su derecho; por lo tanto, concluye este despacho que la acción de tutela interpuesta es procedente, al cumplir los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, y al haberse solicitado el amparo de una garantía fundamental, como previamente se ha indicado.

El derecho a la vida

Uno de los de los derechos fundamentales de mayor relevancia es, sin duda, el derecho a la vida, concebido como el deber del Estado de garantizar no la sola subsistencia de los ciudadanos, sino el desarrollo de esta en condiciones dignas y de calidad. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

“Con respecto al derecho a la vida, la Corte Constitucional ha elaborado un concepto amplio del mismo al considerar que tal derecho no se debe entender como la mera subsistencia biológica, sino como un derecho cualificado que implica el reconocimiento y búsqueda de una vida digna. Con anterioridad ha dicho esta Corporación:

“El derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna.”¹

De igual manera se reiteró en la sentencia T-926/99:

“El derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución - preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia.”

La salud como derecho fundamental y los principios que la guían

El artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas y debe prestarse siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad². El Sistema de Seguridad Social se encuentra integrado, entre otros, por el Sistema General de Salud³, cuya regulación se enmarca en el Artículo 49 Superior, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la Ley 100 de 1993⁴, la Ley 1122 de 2007⁵, la Ley 1438 de 2011⁶ y la Resolución número 5521 de 2013, entre otras disposiciones.

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 administrativos⁷. Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como

¹ Ver sentencia T-096/99.

² La seguridad social fue definida en la Sentencia T-1040 de 2008, como el “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.”

³ Sentencia T-648 de 2015: “Así, en desarrollo de las normas constitucionales citadas, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993, “por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”, con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas con la posibilidad de afectar su salud y su situación económica. En ese orden, el sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) Servicios Sociales Complementarios.”

⁴ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

⁶ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

⁷ Ver sentencia T-082 de 2015.

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”⁸.

En 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”*⁹. El legislador reconoció a la salud como derecho fundamental mediante la Ley 1751 de 2015¹⁰, en cuyo Artículo 2° se especifica que es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Concretamente, el artículo 49 de la Carta Política consagra que toda persona debe tener acceso a la protección y recuperación de la salud, encontrándose a cargo del Estado, y este servicio debe ser prestado acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Más adelante el legislador, con la finalidad de desarrollar el mandato constitucional contenido en los artículos 48 y 49 Superiores, expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó, entre otros, el Sistema de Seguridad Social en Salud. En el artículo 2° de esta norma se establecieron como principios rectores la eficiencia, la universalidad, la solidaridad, la integralidad, la unidad y la participación¹¹.

Por lo tanto, es evidente que el desarrollo legislativo y jurisprudencial del derecho a la salud se ha generado como consecuencia de la necesidad de protección de las garantías fundamentales de los ciudadanos, puesto que al considerarse en la actualidad como un derecho fundamental y autónomo, permite una mayor efectividad al momento de la protección y garantía del mismo por parte de las entidades estatales encargadas de este deber constitucional. Lo anterior permite inferir que la salud, al ser considerado un derecho fundamental, de conformidad con lo establecido en la norma y reiterado en la jurisprudencia, puede ser protegido a través de la acción de tutela, cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio de defensa judicial.

La seguridad social como derecho fundamental

Pese a que, en principio, la seguridad social no es un derecho fundamental, al hacer aplicación del artículo 93 de la Constitución (bloque de constitucionalidad), y teniendo en cuenta los tratados internacionales suscritos por Colombia, esta garantía adquiere tal calidad; así quedó plasmado en la sentencia T-069 de 2014, magistrada ponente MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, en la que se indicó:

⁸ Ver sentencia T-016 de 2007.

⁹ Ver sentencia T-920 de 2013.

¹⁰ “Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

¹¹ Ver sentencia T- 069 de 2018.

“Diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia consagran el derecho humano a la seguridad social. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagran este derecho. Estos antecedentes serían recogidos con posterioridad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, también conocido como el “Protocolo de San Salvador”. (...)

(...) En este sentido, la Corte Constitucional ha interpretado el derecho a la seguridad social de conformidad con lo dispuesto en la Observación General 19, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), en el que se señaló el contenido y alcance del derecho a la seguridad social consagrado en el PIDESC. De conformidad con esta Observación General el derecho a la seguridad social “incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”. (...)

(...) Adicionalmente, de acuerdo con el Comité DESC, el derecho a la seguridad social implica tres obligaciones: (i) respetar, (ii) proteger y (iii) cumplir. La obligación de respeto “exige que los Estados Parte se abstengan de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social”. La obligación de proteger “exige que los Estados Parte impidan que terceros interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social”. La obligación de cumplir implica el deber del Estado de facilitar, promover y garantizar el goce y ejercicio del derecho a la seguridad social. (...)

Con fundamento en el texto de la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental. La Corte ha precisado en su jurisprudencia más reciente que no resulta razonable separar los derechos fundamentales de los derechos económicos sociales y culturales, porque en la Constitución se les otorga el carácter de fundamentales a todos los derechos¹². (...)

(...) De conformidad con los precedentes citados es posible concluir que el derecho a la seguridad social: (i) es un derecho fundamental que se encuentra amparado en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y (ii) puede ser protegido a través de la acción de tutela, cuando reúne las

¹² Sentencia T-016 de 2007.

características señaladas en la jurisprudencia para ser considerado como un derecho subjetivo”.

Igualdad

La igualdad consagrada en el artículo 13 de la Constitución, tiene la múltiple connotación de valor, principio y derecho fundamental; al efectuar un análisis detallado del artículo en mención, la Corte Constitucional describe sus principales características, así:

“(La igualdad) (i) es connatural a la persona desde su nacimiento, (ii) el Estado debe propender por su protección y goce efectivo, (iii) permea todos los ámbitos de la vida en sociedad y, (iv) su aplicación conlleva la distinción material entre personas cuyas circunstancias físicas o socio-culturales así lo requieran. (...)

(...) la igualdad es un concepto multidimensional, es decir, es un valor supremo, un principio fundante y un derecho fundamental. En consecuencia, el Estado deberá promover la igualdad material, por lo cual es necesario que las diferentes medidas que se adopten respeten la cláusula de no discriminación. De alegarse la afectación de este mandato, el juez constitucional podrá realizar un test integrado de igualdad (leve, moderado o estricto), con el fin de establecer si el acto jurídico censurado efectivamente constituye una medida discriminatoria¹³”.

La dignidad humana

La Constitución Política establece en su preámbulo que la dignidad humana es uno de los principios generales que se erigen como base del estado social de derecho y, a través de la jurisprudencia constitucional, se ha propendido entenderla como un derecho fundamental autónomo, así:

“(...) la dignidad humana se debe entender bajo las siguientes dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa¹⁴.

Respecto al objeto concreto de protección, la Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura¹⁵.

¹³ Ver sentencia T 214 de 2019.

¹⁴ Ver Fallo T-881 de 2002, reiterado en T-436 de 2012, T-143 de 2015 y SU-696 de 2015, entre otros.

¹⁵ Ibidem.

Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo¹⁶.

Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado¹⁷.

El caso concreto

Procede el despacho a emitir pronunciamiento respecto de cada uno de los derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela: así:

Derechos a la igualdad y a la dignidad humana: ausencia de vulneración

Con las pruebas que reposan en el proceso, no logra acreditarse que la NUEVA EPS hubiese incurrido en un trato discriminatorio o diferencial en contra de ARLEY OTÁLVARO GARCÍA, respecto de otros ciudadanos que hubiesen acudido ante la entidad a solicitar atención de la misma naturaleza; por lo tanto, no sería acertado indicar que se ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad en el presente asunto.

Adicionalmente, tampoco es posible probar la afectación del derecho fundamental a la dignidad humana, puesto que únicamente se cuenta con la historia clínica del accionante, sin tener mayor información que permita inferir que actualmente no se encuentra viviendo en condiciones dignas, sin perjuicio de la afectación a su salud, respecto de la que se resuelve a continuación.

Vulneración del derecho a la salud en conexidad con la vida, y a la seguridad social

Descendiendo al caso que nos ocupa, y analizando la documental que obra en el expediente, observa el despacho que ARLEY OTÁLVARO GARCÍA se encuentra afiliado a la NUEVA EPS, como cotizante en el régimen contributivo de salud.

Asimismo, se aprecia orden expedida por la referida entidad el 22 de febrero de 2024, para “HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, TERAPIA FÍSICA 3 VECES POR SEMANA, TERAPIA DE DEGLUCIÓN 3 VECES POR

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Ver sentencia SU-062 de 1999.

SEMANA, TERAPIA RESPIRATORIA DIARIA, ATENCIÓN MÉDICA DOMICILIARIA CADA 15 DÍAS”, sin que a la fecha de la presentación de la acción constitucional se hubiese acreditado si quiera la asignación de una IPS o la programación de algún servicio.

Una vez admitida la presente acción constitucional, esta fue notificada debidamente al correo electrónico de la NUEVA EPS, y su apoderada especial remitió contestación oportuna; sin embargo, no informó nada concreto respecto de la vulneración de derechos indicada en la acción de tutela, y aseguró que se trasladaría el requerimiento al área encargada, sin brindar información de fondo.

Por lo anterior, es claro que la responsable de prestar el servicio en forma adecuada, oportuna y de calidad es la NUEVA EPS, como entidad a la que el accionante se encuentra afiliado; adicionalmente, al existir una orden médica vigente, expedida por el médico tratante, es claro que recae una obligación en la entidad de realizar estos tratamientos, ordenados en virtud de las enfermedades actuales del usuario, y que resultan esenciales para mejorar su estado de salud.

Así, es evidente que el derecho fundamental a la salud de ARLEY OTÁLVARO GARCÍA está siendo vulnerado, con la flagrante omisión por parte de la NUEVA EPS de adelantar las gestiones pertinentes para la atención efectiva del accionante quien, además, es un adulto mayor y, por tanto, sujeto de especial protección por parte del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución Política; el riesgo que implica esta circunstancia es que, en caso de perpetuarse en el tiempo, puede llegar incluso a afectar la vida del ciudadano quien, debido a la serie de afectaciones que presenta en su salud, requiere atención oportuna y de calidad, como ya se ha indicado.

En el mismo sentido, se ve vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social, por cuanto, pese a que ARLEY OTÁLVARO GARCÍA se encuentra vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no está recibiendo la atención a la que tiene derecho.

En conclusión, al existir afectación de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social en cabeza del accionante, se procederá a ordenar a la accionada a que en un término de **cuarenta y ocho (48) horas** proceda a materializar la programación y realización de los procedimientos denominados *“HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, TERAPIA FÍSICA 3 VECES POR SEMANA, TERAPIA DE DEGLUCIÓN 3 VECES POR SEMANA, TERAPIA RESPIRATORIA DIARIA, ATENCIÓN MÉDICA DOMICILIARIA CADA 15 DÍAS*”, de acuerdo con la orden médica expedida el 22 de febrero de 2024.

DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá D.C., administrando justicia en el nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. Conceder el amparo de los derechos fundamentales a la **salud** y a la **seguridad social** del ciudadano ARLEY OTÁLVARO GARCÍA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. Ordenar al funcionario del área encargada que corresponda y/o quien haga sus veces de la NUEVA EPS, que en el término improrrogable de **cuarenta y ocho (48) horas**, contadas a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a materializar la programación y realización de los procedimientos denominados *“HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, TERAPIA FÍSICA 3 VECES POR SEMANA, TERAPIA DE DEGLUCIÓN 3 VECES POR SEMANA, TERAPIA RESPIRATORIA DIARIA, ATENCIÓN MÉDICA DOMICILIARIA CADA 15 DÍAS”*, de acuerdo con la orden médica expedida el 22 de febrero de 2024; el cumplimiento a esta orden debe ser comunicado a este despacho judicial.

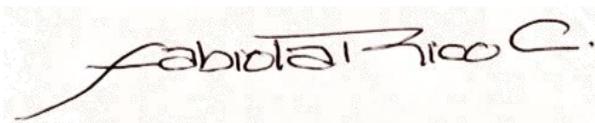
TERCERO. Negar el amparo de los derechos fundamentales a la **igualdad** y a la **dignidad humana** del ciudadano ARLEY OTÁLVARO GARCÍA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO. Notificar esta providencia por el medio más expedito a las partes, indicando que esta puede ser impugnada dentro de los **tres (03) días** siguientes a su notificación.

QUINTO. De no ser impugnada la presente decisión, **remitir** las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE

La Juez,



FABIOLA RICO CONTRERAS

KB