

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN  
DE CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá D.C., nueve (09) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**ACCIÓN DE TUTELA**

Radicación: No. 2020-073  
Accionante: Gustavo Montaña Holguín  
Accionado: Famisanar EPS  
Decisión: Concede Tutela

**ASUNTO**

Resolver la acción de tutela instaurada por **GUSTAVO MONTAÑA HOLGUÍN**, quien actúa en nombre propio, en contra de la EPS Famisanar, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social, consagrados en la Constitución Nacional.

**FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

El actor, interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que está afiliado a la EPS Famisanar, desde el 01/02/96, en calidad de cotizante, en el régimen contributivo, como trabajador independiente. Por quebrantos en su salud relacionados con las vías respiratorias, en el 2018 solicitó los servicios de la IPS Cafam, a la cual se encuentra afiliado en medicina general y posteriormente en medicina familiar.
2. Agrega que su diagnóstico es de cambios fibroticos moderados supleulares de predominio bibasal con pérdida de volumen del parénquima pulmonar; signos de hipertensión pulmonar, eventración del hemidiafragma izquierdo con ascenso de las estructuras del leve cardiomegalia y diverticulosis. Que el 20 de febrero de 2019, el médico especialista **ELKIN ENRIQUE LLANOS SARMIENTO**, le ordenó el gas oxígeno 2 litros por minuto 15 horas al día. La EPS, le autorizó a OXI50 la entrega y suministro del oxígeno; el 26 de febrero de 2019, la entidad le entregó en su lugar de residencia un (1) concentrador eléctrico de gas oxígeno y una bala de oxígeno portátil; solamente usaba

el oxígeno por 15 horas diarias, de 6 de la tarde hasta las 9 de la mañana, luego se trasladaba a su oficina a cumplir su actividad como abogado. Durante el año 2019, solo utilizó la bala portátil en dos ocasiones y se terminó su contenido; que le solicitó a la entidad OXI50, la recarga de la bala portátil y no se la ha entregado; que la empresa le informó que tiene que ir directamente donde están ubicados ellos para recargarla o cambiarla por otra, que no la traen a la casa y la EPS Famisanar, no le soluciona nada y no puede salir de su residencia debido a la falta de oxígeno para poder caminar normalmente.

3. Indica que su enfermedad ha avanzado considerablemente, acudió a una consulta médica en febrero de este año y el neumólogo le ordenó el oxígeno las 24 horas al día más la bala portátil de oxígeno permanente. Que por cuestiones de la emergencia sanitaria y la cuarentena obligatoria para las persona mayores de 70 años, no volvió a salir; pero en julio y agosto de 2020, por citas médicas y exámenes, requirió el suministro de oxígeno y no fue posible que se lo entregaran en su lugar de residencia. El 02 de julio de 2020, la médica tratante, le expidió una orden para el oxígeno domiciliario permanente, la que fue radicada el 13 de julio y el 11 de agosto de 2020, su esposa acudió a la EPS para averiguar por el concentrador de oxígeno y le respondieron que no había respuesta; en vista de lo ocurrido radicó una queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, sin tener solución a su solicitud. El 12 de agosto de 2020, en consulta médica, el neumólogo, le ordenó nuevamente el oxígeno durante 24 horas y el oxígeno para su desplazamiento y el medicamento Nintedanib 100 mg, y a la fecha la ESP no se lo ha autorizado.
4. Finaliza indicando que es una persona que trabaja independientemente, no posee ningún recurso económico, aparte de su pensión que recibe para poder sufragar los gastos del concentrador de oxígeno portátil y del medicamento. Es por ello que acude a la acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales de la salud y a tener una vida digna en sociedad.

### **PRETENSIONES**

Solicita se tutelen a su favor los derechos fundamentales invocados y en consecuencia de ello, se ordene a la EPS Famisanar, la entrega inmediata en su lugar de residencia de un concentrador portátil de oxígeno, una bala de oxígeno portátil, cada vez que lo requiera y del medicamento Nintedanib 100 mg/ capsulas de liberación no modificada, ordenados por los médicos tratantes,

así como el tratamiento integral y demás medicamentos, insumos y citas médicas con los especialistas que requiera; para continuar con el tratamiento especializado para su tipo de enfermedad y sin más demoras injustificadas que pongan en peligro su salud y vida.

## **RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS**

### **Famisanar EPS**

La directora de Gestión del Riesgo Poblacional de la entidad en mención, informo al Despacho que se encuentran realizando todas las gestiones administrativas pertinentes para materializar los servicios requeridos por el accionante y ordenados por su médico tratante, por lo que la entidad que representa no le ha negado los servicios solicitados por el afiliado, solicitando al despacho, le otorgue un tiempo razonable y prudencial, debido a que no es posible suministrar y agotar todos los procedimientos administrativos dentro del tiempo otorgado por el despacho. Frente a la petición de un tratamiento integral al paciente, resalta que la EPS, ha desplegado todas las acciones de gestión de prestación de servicios de salud en favor del usuario, garantizando el acceso a todos los servicios ordenados por el médico tratante y para el tratamiento de su patología; que a medida que el paciente requiera y tenga soporte del concepto emitido por el médico tratante, la EPS procederá a suministrar lo que necesite, teniendo en cuenta que el tratamiento integral no puede ser un hecho futuro e incierto, sino que debe estar basado en la evidencia clínica del accionante.

Finaliza solicitando al despacho, no acceder a las pretensiones del accionante, porque no han afectado derecho fundamental alguno y a la fecha no se le ha negado el servicio de salud. Que están amparados por la normatividad vigente, sometida estrictamente a los parámetros de la legalidad en todas las órdenes y ha procurado la atención requerida, en aras de garantizar el bienestar del paciente.

### **Caja de Compensación Familiar - Cafam**

El abogado de la entidad en mención, manifestó al despacho que en cuento al medicamento autorizado por parte del accionante, se generó 3 autorizaciones del medicamento Nintedanib 100mg capsula; antes no tenía entregas ni pendientes de ese medicamento. Registrando las siguientes autorizaciones: 1. Entrega valida del 18 de agosto al 16 de septiembre, con radicado # 66006806 remitida a Cafam Floresta, cantidad 60 cap.; 2. Entrega válida del 17 de septiembre al 16 de octubre, con radicado #66006808 remitida par Cafam Floresta, cantidad 60 cap.; 3. Entrega válida del 17 de octubre al 15 de noviembre, con radicado #66006809 remitida para Cafam Floresta, cantidad 60 cap. Indicando que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante; por lo que solicita al despacho declarar improcedente la acción de tutela contra Cafam y se desvincule de la misma.

## **ADRES- Administradora de los recursos del sistema de salud**

El abogado de la entidad en mención, manifestó al Despacho, que el ente al que representa es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el sector salud- FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recaen como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), siendo que en ningún caso será responsable directo de la prestación del servicio de salud.

Agregó que los derechos presuntamente vulnerados en la presente tutela, es de responsabilidad del Estado garantizar el derecho a la salud y para ello tiene el deber indelegable en la definición de políticas y reglamentación de todo lo atinente a la prestación del servicio de salud y de las condiciones en que esta tenga lugar. Que la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

En cuanto a lo que respecta a esta tutela, esa entidad no presta los servicios de salud, por lo que la vulneración de un derecho fundamental se produciría una omisión no atribuible a esa entidad y que esa función recae directamente sobre las EPS, porque tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, ni retrasarla que ponga en riesgo la vida o salud de los mismos.

Que respecto a cualquier pretensión relacionada con el reembolso del valor de los gastos que realice la EPS, no puede olvidarse que la misma constituye una solicitud antijurídica, pues pretendiendo que el juez constitucional desborde sus competencias dentro de la acción constitucional y omita el trámite administrativo de recobro a cargo de los recursos del sistema General de Seguridad Social en Salud, ya que, sin necesidad de que medie acción de tutela alguna, está legalmente facultada para ejercer dicho derecho que el procedimiento de recobro es un trámite administrativo reglado que no ha sido agotado; dicho trámite se encuentra desarrollado en la resolución 1885 de 2018, en la que se estipula el procedimiento, verificación, etapa de auditoría integral, para que las entidades recobrantes efectúen el trámite de recobro ante la Adres.

Para finalizar, solicita al despacho negar el amparo invocado por el accionante por no haber desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la misma, en consecuencia, desvincular a esa entidad del

trámite de la presente acción constitucional y abstenerse de pronunciarse respecto de la facultad de recobro.

### **Superintendencia Nacional de Salud**

La asesora del despacho de la entidad en mención, manifiesta al despacho que teniendo en cuenta los hechos de la acción constitucional, solicita su desvinculación de toda responsabilidad que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva; que efectivamente las EPS, son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud y por lo tanto, son las llamadas a responder por toda falla, lesión, enfermedad e incapacidad, que se genere con ocasión de la no prestación o prestación indebida de los servicios de salud, incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en salud.

Agrega que la entidad que representa, es un organismo de carácter técnico, que, como órgano de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en salud, debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados por la ley y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados. Que se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto del médico tratante en los conflictos entre el actor y la EPS accionada, por cuanto la decisión de ordenar los servicios formulados, obedece a la enfermedad que padece la paciente, a la formación y conocimiento del galeno; en el evento en que el médico tratante considere que los servicios ordenados se ajustan a la necesidad del paciente, la EPS accionada se encuentra en la obligación de garantizar el servicio bajo estándares de oportunidad, accesibilidad y eficiencia, en los términos y para los efectos de las normas antes transcritas.

Indica que respecto a la atención y tratamiento integral que requiere el paciente, es menester precisar que su autorización debe ser sustentada en órdenes emitidas por el médico tratante, pues corresponde a aquel determinar el destino, el plan de manejo a seguir y la prioridad del mismo, teniendo como fundamento las condiciones de salud del paciente, por ser quien posee el conocimiento técnico científico y la experticia necesaria para decidir el tratamiento, de conformidad con lo establecido en la Ley 23 de 1981 y los artículos 104 y 105 de la Ley 1438 de 2011, por lo que es el médico tratante el llamado a establecer cuál es el tratamiento que requiere el paciente para el manejo de la enfermedad que padece.

Finaliza refiriendo que el objeto de debate en la tutela, es la de obtener la prestación de los servicios médicos en salud concretados en exámenes de laboratorio y consultas con especialistas, donde la entidad que representa no está a cargo de asumir dicha obligación, razón suficiente para que este despacho la desvincule y declare la falta de legitimación en la causa. Pues

dentro de sus funciones, no se encuentra la prestación de servicios, suministro de medicamentos, autorización y programación de procedimientos quirúrgicos, ni agenda de citas con especialistas. La Superintendencia Nacional de Salud, dentro del marco de sus funciones y en cumplimiento de su objeto velará y propenderá por la protección de los derechos de los usuarios del Sistema Nacional de Salud y porque los servicios de salud se presten de manera adecuada y oportuna.

## PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela, el accionante allegó los siguientes documentos:

- Fotocopia de la fórmula médica, de fecha 12 de agosto de 2020, a nombre **GUSTAVO MONTAÑA HOLGUÍN**, expedida por especialista **ELKIN ENRIQUE LLANOS SARMIENTO**, del medicamento Nintedanib 100mg cápsula.
- Fotocopia de radiografías de tórax, de fecha 29 de septiembre de 2017; tomografía axial de tórax, de fecha 11 de mayo de 2018, tac de tórax, de fecha 07 de diciembre de 2018; tomografía de tórax, de fecha 25 de julio de 2020, a nombre de **GUSTAVO MONTAÑA**.
- Fotocopia partes de la historia clínica, a nombre de **GUSTAVO MONTAÑA**, expedida por la IPS Cafam, de fecha 20 de febrero de 2019.
- Fotocopia de solicitud médica del oxígeno, cantidad 1 nota aclaratoria 2 litros por minuto 24 horas al día más la bala portátil de oxígeno permanente válido por 6 meses, de fecha 01 de julio de 2020, a nombre del accionante.
- Fotocopia de partes historia clínica, de fecha 02 de julio y 12 de agosto de 2020, expedida por la IPS Cafam, a nombre del accionante.

La EPS Famisanar y la IPS Cafam, no adjuntaron documento alguno que sirviera de soporte a su respuesta. El Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, adjuntaron la Resolución y poder de representación en esta tutela.

## CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

### 1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse la accionada de un particular que presta el servicio de salud y encargada de atender a los beneficiarios del Plan Obligatorio en Salud.

Frente al factor territorial se tiene que la sede principal de la entidad accionada es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

## 2. Del sub exámine

El artículo 86 de la Carta Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados.

También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar los alcances del derecho a la salud y seguridad social.

## 3. Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela.

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación<sup>1</sup> y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015<sup>2</sup>, le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental,

---

<sup>1</sup> Mediante sentencia T-760 de 2008, la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es 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”*. Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

<sup>2</sup> El artículo 1 de la ley en cita establece que: *“La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”*. Por su parte, el artículo 2 dispone: *“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la*

autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el “(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)”<sup>3</sup>.

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015<sup>4</sup> fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que *“la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”*. Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía *“pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”*<sup>5</sup>.

En suma, tanto la jurisprudencia Constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

### **3.2. Los principios de integralidad y continuidad en materia de seguridad social en salud.**

De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como *“la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”*. Dicho criterio fue posteriormente reiterado en la Ley 1122 de 2007<sup>6</sup> y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud, la cual en su artículo 8º dispuso que:

*“los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del*

---

*Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”*

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>4</sup> *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>6</sup> *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*.

*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”.*

En atención a la normativa en la materia, las personas afiliadas al régimen de seguridad social en salud tienen derecho a recibir los servicios de promoción y fomento de la salud, y de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, lo que significa que las empresas promotoras de salud están obligadas a prestar la atención a sus afiliados y a los beneficiarios de estos últimos, respetando en todo caso dicho principio de integralidad.

Por su parte, la propia jurisprudencia ha señalado que el principio de integralidad supone que el servicio suministrado debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida. En ese sentido, el alto Tribunal ha sido enfático al señalar que: *“en virtud del principio de integralidad en materia de salud, la atención y el tratamiento a que tiene derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos por la ley”.*<sup>7</sup>

Del mismo modo, la corte ha sostenido que el médico tratante debe determinar cuáles son las prestaciones que requiere el paciente, de acuerdo con su patología. De no ser así, le corresponde al juez Constitucional determinar, bajo qué criterios se logra la materialización de las garantías propias del derecho a la salud. En tal sentido, la Corte mediante sentencia T- 406 de 2015 sostuvo:

*“Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.*

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-133 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) , T- 406 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

*De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.*

*Aparte de lo expuesto este Tribunal también se ha referido a algunos criterios determinadores en relación al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. En tal sentido ha señalado 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 de 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.***<sup>8</sup> (Subrayado fuera del texto original)

A partir de la jurisprudencia antes reseñada, el principio de integralidad se constituye como una garantía fundamental para que las personas que se encuentran disminuidas en su salud, reciban una atención oportuna, eficiente y de calidad. Ahora bien, en cuanto al principio de continuidad la Ley 1122 de 2007 y posteriormente la Ley 1751 de 2015 establecieron que “*las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas*”.

Al respecto, la alta corporación ha entendido este principio, en términos generales, como la ejecución de los procedimientos de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea aceptable su suspensión sin una justificación constitucional pertinente<sup>9</sup>. En palabras de la Corte:

*“Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Para la jurisprudencia (...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.” Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud.”*

A propósito de esto último, la Corte en sentencia T-234 de 2014 manifestó que una de las características de todo servicio público es la continuidad en la

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-365 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T- 091 de 2011(M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>9</sup> Corte Constitucional, ver sentencias - reiteración de jurisprudencia, T-296 de 2016, T-331 de 2015, T-940 de 2014, T-904 de 2014, T-691 de 2014, T-875 de 2013, T-804 de 2013, T-133 de 2013, T-1083 de 2007, T-662 de 2007, T-842 de 2005, T-802 de 2005, T – 405 de 2017, entre otras.

prestación eficiente del mismo, aspecto que en materia de salud implica su oferta ininterrumpida, constante y permanente dada la necesidad y la trascendencia que tiene para los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Lo anterior significa que, una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de tal forma que aquel no sea suspendido o retardado durante la recuperación o estabilización de paciente.

Bajo esta línea, la Corte ha reiterado los criterios que deben tener en cuenta las EPS, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio que ofrecen a sus usuarios, específicamente sobre tratamientos médicos ya iniciados, bajo el entendido de que:

*“(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.”*

En suma, el acceso al servicio de salud de conformidad con la ley y la jurisprudencia de la Corte debe darse en términos de continuidad, lo que implica que las entidades prestadoras de salud no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de tratamiento, impidiendo con ello la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes<sup>10</sup>. De este modo, la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reconocen la importancia en la garantía de los principios de integralidad y continuidad en el acceso al servicio de salud, máxime si se está en presencia de sujetos vulnerables y de especial protección constitucional.

### **3.3. El derecho al diagnóstico médico como elemento integral del derecho fundamental a la salud.**

La posibilidad de que un paciente cuente con una valoración médica integral, a partir de la cual, el profesional en la salud determine los servicios, insumos y procedimientos necesarios para el tratamiento de su patología, constituye un elemento esencial en la protección de derecho a la salud. Así lo consideró la Corte mediante sentencia T-760 de 2008 en la cual se precisó que *“en la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Así*

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencias T-124 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T- 673 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud”<sup>11</sup>.

Sobre el particular, los literales a), c) y d) del artículo 10º de la Ley 1751 de 2015 se refieren al diagnóstico médico al señalar que, todo paciente tiene derecho a obtener una atención en salud integral, oportuna y de alta calidad; a mantener una comunicación plena, permanente y expresa y clara con el profesional de la salud tratante, y a su vez, a obtener información clara, apropiada y suficiente sobre el tratamiento y los procedimientos a seguir ante determinada patología. En palabras de la Corte, el derecho al diagnóstico debe entenderse como “una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere”<sup>12</sup>.

En relación con este derecho, se ha señalado que el diagnóstico efectivo se encuentra compuesto por tres etapas a saber: *identificación, valoración y prescripción*. La etapa de *identificación* comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una *valoración* oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso, quienes, *prescribirán* los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente”<sup>13</sup>.

Bajo este contexto, el diagnóstico ha sido entendido por la Ley y por la propia jurisprudencia no solo como un instrumento científico que permite la materialización de una atención integral en salud, sino también como un derecho del paciente a que el profesional médico evalúe su situación y determine cuáles son los servicios, procedimientos, insumos y/o tecnologías que requiere para preservar o recuperar su salud. Con base en lo anterior, la Corte mediante sentencia T- 1325 de 2001 consideró que “(...) los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular”.

No obstante, la Corte Constitucional, ha considerado que, ante la existencia de un hecho notorio, a partir del cual se pueda inferir la necesidad del paciente en el acceso a un servicio, insumo y/o tecnología, el juez de tutela podrá ordenar la prestación de la atención que resulte necesaria para efectos, no solo de preservar y recuperar su salud, sino también, para garantizarle las mejores condiciones de existencia.

De no verificarse un “*hecho notorio*” por parte del juez constitucional, le corresponde a la entidad prestadora del servicio de salud, a través de sus profesionales, determinar con base en un diagnóstico, las necesidades del

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia T- 100 de 2016 (M.P. María Victoria Calle)

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2016, T-725 de 2007, T-717 de 2009, T-047 de 2010, T-050 de 2010 y T-020 de 2013 entre otras.

paciente<sup>14</sup>, de lo contrario, estaría invadiendo el ámbito de competencia de la *lex artis* que rige el ejercicio de la medicina.

En conclusión, el diagnóstico es un elemento esencial del derecho a la salud, por cuanto es indispensable para determinar cuáles son los servicios y tratamientos que, de cara a la situación particular de cada paciente, son los más idóneos y efectivos para lograr su recuperación o para proporcionarle unas condiciones de vida más digna.

#### **4. La igualdad y los sujetos de especial protección constitucional. La tercera edad**

Un Estado pluralista, como el que el constituyente adoptó en Colombia desde 1991, se caracteriza por el reconocimiento y la coexistencia de la diferencia. Identifica la necesidad de que las garantías constitucionales se generalicen y se apliquen en favor de todos los asociados, pero al mismo tiempo reconoce que lograrlo implica tener en cuenta las circunstancias particulares, en especial de las personas más vulnerables. De tal suerte, enfrenta desafíos en relación con la generalización de los derechos –ligados a su carácter universal- y la forma, armónica y diferencial, en que deben cristalizarse en la sociedad. Entiende que la universalidad de las garantías constitucionales, se logra mediante el trato diferencial, sin el cual la concreción de los postulados constitucionales sería deficitaria y tendría un impacto limitado.

Los procesos de universalización de los derechos, inspirados en un “*abstracto sujeto hombre*”<sup>15</sup> que desencadenó las ideas libertarias de las revoluciones de finales del siglo XIX, han sido complementados por el reconocimiento de la heterogeneidad al interior de las fronteras nacionales<sup>16</sup>. Como quiera que en el marco estatal, no solo convergen multiplicidad de visiones, tradiciones y percepciones de mundo, sino distintas capacidades y habilidades de participación social, es preciso un proceso de especificación de los derechos, que considere las situaciones y calidades particulares de todos los sectores y grupos sociales<sup>17</sup>.

Todas las diferencias deben armonizarse al punto en que la institucionalidad las cobije, proteja y convoque, y en que aquellas puedan empoderarse y aportar en el proceso de construcción democrática de la sociedad y del Estado. Ello requiere complejizar el principio de igualdad. El reto es asumirlo ya no desde el plano formal sino además material y superar la idea de que para generalizar los derechos es suficiente dar un trato idéntico a todas las personas<sup>18</sup>. Precisa trascender hacia una concepción que articule el valor universal de los derechos

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencias T – 056 de 2015 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), T- 208 de 2017 (M.P. José Antonio Lizarazó Ocampo.), T – 178 de 2017 (M.P. José Antonio Lizarazó Ocampo.),

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Editorial Sistema. Madrid, 1991. P. 110.

<sup>16</sup> HOBBSBAWN, Eric. Naciones y nacionalismos desde 1780. Crítica. Barcelona, 1992. PP. 42 y 197.

<sup>17</sup> Ídem.

<sup>18</sup> Ídem. PP. 40 a 45

y su eficacia jurídica en cada caso concreto<sup>19</sup>; descender “del plano ideal al real, [pues] una cosa es la historia de los derechos del hombre, de derechos siempre nuevos y siempre más extensos, y justificarlos con argumentos persuasivos, y otra es asegurarles una protección efectiva”<sup>20</sup>.

La protección efectiva y general de los derechos fundamentales es imposible mientras no se reconozca que hay calidades o situaciones precisas que imponen a ciertos actores, con respaldo en la historia, restricciones para su ejercicio, bien sea sociales o simbólicas pero en todo caso verificables en las dinámicas de la sociedad<sup>21</sup>. Su invisibilidad implica privilegiar un concepto ideal de ser humano, en sacrificio de su dimensión real y otorga, en pro de la igualdad formal, un trato discriminatorio a sujetos en condición de vulnerabilidad. Desconocer lo que nos hace diferentes convalida las ventajas sociales, sobre la población más vulnerable y a favor del resto de la sociedad, y propaga escenarios de desigualdad.

La igualdad, como principio constitucional “es un mandato complejo”<sup>22</sup> que tiene varias formas de concretarse. Implica la garantía de la aplicación general de las normas y de su carácter abstracto, de modo que está prohibido hacer distinciones con motivos discriminatorios, excluyentes e irrazonables, pues son contrarios a la Constitución. También impulsa “la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales”<sup>23</sup>, con lo que rehúye la idea de una “equiparación matemática (...) que exigiría absoluta homogeneidad, sino que [impone] tratos iguales entre iguales, tratos diferentes entre supuestos disímiles e, incluso, medidas distintas en beneficios (sic.) de grupos que aunque desde una perspectiva son iguales desde otra requieren mejor tratamiento por parte del Estado”<sup>24</sup>.

A partir de este principio constitucional, surge para el Estado un deber de adoptar medidas para nivelar las fuerzas de las personas en condición de debilidad, con el fin de que interactúen en condiciones equitativas en el juego democrático y para efecto de potenciar el diálogo y la construcción de la sociedad y las instituciones. Conlleva entonces “la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados”<sup>25</sup>, que supone un doble encargo para el Estado: uno de **abstención –negativo-**, según el cual debe evitar generar o

<sup>19</sup> Ídem.

<sup>20</sup> Ídem. P. 111

<sup>21</sup> KEHL WIEBEL, Susana & FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. Manuel. *La construcción social de la vejez*. Cuadernos de Trabajo Social, 2001, vol. 14, pp. 138 a 144. Los autores formulan, el concepto de vejez como una elaboración contextual (“Aunque el envejecimiento es un proceso que puede observarse también desde una perspectiva biológica y psicológica, la definición de la vejez como una etapa de la vida es una construcción social.”). Plantean, por ejemplo, que existe vínculo entre la valoración de la persona de la tercera y la cuarta edad y su corporalidad. El proceso de envejecimiento supone en varios contextos una infravaloración del individuo, bajo el supuesto de que la pérdida de fuerza física conlleva una disminución de la fuerza de trabajo y de la capacidad productora, que en un contexto de mercado, supone un factor de exclusión social.

<sup>22</sup> Sentencia C-178 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>23</sup> Ídem.

<sup>24</sup> Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>25</sup> Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

permitir la discriminación, directa<sup>26</sup> o indirecta<sup>27</sup>, en contra de ellos, y otro de **intervención –positivo-**, conforme el cual, ha de diseñar mecanismos de política pública destinados a superar o aminorar los efectos de la desigualdad material que enfrentan esos grupos, respecto del resto de la sociedad.<sup>28</sup>

Ese último mandato se consolida en relación con las personas que “*debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva*”<sup>29</sup>. Estas personas han sido reconocidas como *sujetos de especial protección constitucional*<sup>30</sup>, por ser individuos que, aunque formalmente tienen los mismos derechos y garantías que los demás miembros de la sociedad, para efectos prácticos, enfrentan situaciones concretas y materiales que, sin intervención positiva estatal, obstaculizarían el goce integral y pacífico de aquellos. La edad representa un factor de vulnerabilidad para dos grupos poblacionales: para los niños, niñas y adolescentes y para las personas de la tercera edad.

En el caso de las personas mayores, los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo, pueden representar un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de los derechos fundamentales, respecto de las condiciones en que lo hacen los demás miembros de la sociedad<sup>31</sup>. De ningún modo ello significa que las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que dadas sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos. La edad y los cambios que conlleva, siempre inevitables, pueden suponer ciertas dificultades o la adquisición de habilidades diferenciadas, que deben verse desde un enfoque particular.

Las nociones y valoraciones que circulan en la sociedad en relación con las potencialidades o consecuencias del proceso de envejecimiento, generan prácticas sociales que anulan su participación social, pues las ideas sobre la vejez y la tercera edad, “*tienen un impacto real sobre las actitudes y comportamientos sociales*”<sup>32</sup> en relación con los sujetos que llegan a ella. Lo cierto es que, dados los compromisos estatales con la igualdad, jamás esas variaciones ligadas al proceso de envejecimiento, pueden condicionar la materialización de las garantías *ius fundamentales*.

La Constitución de 1991, en su artículo 46, promueve una idea de solidaridad

---

<sup>26</sup> Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. “*por las cuales se coarta o excluye a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio*”.

<sup>27</sup> Sentencia T-291 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez. “*aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado*”.

<sup>28</sup> Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

<sup>29</sup> Sentencia T-167 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

<sup>30</sup> Sentencias T-719-03, T-789-03, T-456-04, T-700-06, T-1088-07, T-953-08, T- 707-09, T-708-09

<sup>31</sup> Sentencia T-463 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>32</sup> KEHL WIEBEL, Susana & FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. Manuel. La construcción social de la vejez. Cuadernos de Trabajo Social, 2001, vol. 14, pp. 157.

en favor de las personas que han llegado a la tercera edad. Reconoció en favor de ellas un deber de protección y asistencia, a cargo del Estado, la sociedad y la familia, quienes concurren para asegurar su dignidad. Sin ánimo de reducir el valor social de los sujetos de la tercera edad y sí las cargas sociales que le resulten desproporcionadas, busca promover su inclusión social, y para ello conmina al Estado a adoptar medidas materiales para atenuar las disparidades sociales que puedan operar en su contra.

En la **Sentencia C-177 de 2016**<sup>33</sup>, la Sala Plena de la Corte recordó que, conforme a una vasta línea jurisprudencial, las personas de la tercera edad, dadas las condiciones fisiológicas propias del paso del tiempo, se consideran sujetos de especial protección constitucional (i) cuando los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana<sup>34</sup>, o cuando está presuntamente afectada su “subsistencia en condiciones dignas<sup>35</sup>, la salud<sup>36</sup>, el mínimo vital<sup>37</sup>, (...) o cuando resulta excesivamente gravoso someterlas a los trámites de un proceso judicial ordinario<sup>38</sup>”. Recalcó que no solo el Estado debe proveer un trato diferencial, sino que el principio de solidaridad impone incluso a los particulares esforzarse para apoyar a los adultos mayores, y lograr los fines protectores que impone el ordenamiento superior respecto de ellos.

Aunque la definición de la tercera edad es un asunto sociocultural<sup>39</sup>, la Corte Constitucional, deliberadamente, ha distinguido este concepto del de “vejez”, con el fin de visualizar que el conjunto de adultos mayores no es homogéneo. Por el contrario, en su seno y por razón de la edad, mínima en unos casos y avanzada en otros, se pueden encontrar situaciones disímiles que ameritan un trato diferencial, para hacer efectivos los derechos fundamentales en el marco del orden constitucional vigente. Sin hacer esta distinción, el principio a la igualdad queda afectado, al otorgar un trato semejante a gente en situaciones diversas<sup>40</sup>; está claro que no es lo mismo ser un adulto mayor de 60 años, en edad de jubilación, que ser una persona de 80, cuyas limitaciones funcionales empiezan a hacerse cada vez más notorias.

---

<sup>33</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>34</sup> En cita: Sentencias T-738 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-801 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>35</sup> En cita: Sentencias T-116 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-351 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz; T-099 de 1999. M.P. Alejandro Beltrán Sierra; T-481 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-042<sup>a</sup> de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y T-458 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>36</sup> En cita: Sentencias T-518 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-443 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería; y T-360 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>37</sup> En cita: Sentencias T-351 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz; T-018 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-827 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-313 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz; T-101 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; y SU-062 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>38</sup> En cita: Sentencias T-1752 de 2000. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; y T-482 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>39</sup> CEPAL et al. Los derechos de las personas mayores. En: [http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/2/43682/Modulo\\_1.pdf](http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/2/43682/Modulo_1.pdf) (Mayo 3 de 2017)

<sup>40</sup> Sentencia C-177 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Es necesario otorgar niveles superiores de protección a quienes “supera[n] el estándar de los criterios de adulto mayor”.

El concepto de adulto mayor fue definido legalmente, mediante la Ley 1276 de 2009. En ella el Legislador<sup>41</sup> apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones. Dicha noción tiene un alcance limitado y circunscrito a la materia que regula dicha norma; únicamente responde y afecta la “atención integral del adulto mayor en los centros vida”, según lo ha precisado esta Corporación, por lo que solo es aplicable en ese ámbito y no de forma genérica<sup>42</sup>.

Entre los adultos mayores, solo algunos son considerados personas de la tercera edad, en desarrollo del principio de igualdad y, en razón de él, de cara a las solicitudes de tutela, la jurisprudencia constitucional prevé distintos efectos jurídicos relacionados con una u otra categoría. Por ejemplo, ante las solicitudes de prestaciones pensionales mediante acción de tutela, en principio, el adulto mayor cuenta con un medio ordinario idóneo, cual es el proceso laboral. Sin embargo, a la tercera edad no puede exigírsele el agotamiento de esta vía judicial (*Ut supra* fundamento jurídico 15).

En términos prácticos, de los distintos criterios (cronológico, fisiológico y social<sup>43</sup>) que sirven para fijar cuándo una persona puede calificarse en la tercera edad, esta Corporación ha optado por precisar una edad concreta, en asocio con la esperanza de vida certificada por el DANE<sup>44</sup>, que varía. Actualmente la esperanza de vida oficial, se encuentra estimada aproximadamente en los 76 años de edad. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo.

No sobra anotar que, como consecuencia de los presupuestos que engloba el principio de igualdad, las personas de la tercera edad que, sumado a su condición etaria, tengan otra suerte de limitación o debilidad, bien sea por factores culturales, sociales, físicos o psicológicos, que reduzcan aún más la posibilidad de interactuar en las mismas condiciones que el resto, ya no de la población en general, sino del conjunto particular de personas de la tercera edad, ameritan un trato si se quiere, doblemente especial<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Ley 1276 de 2009. Artículo 7°. “Definiciones. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones: // (...) b). Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen”.

<sup>42</sup> Sentencia T-138 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo. “Trasladar la definición de la Ley 1276 de 2009 para los propósitos que se vienen analizando –precisar el concepto de ‘tercera edad’ para admitir que el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez pueda hacerse excepcionalmente vía tutela-, implicaría aceptar una definición que está incluso por debajo del parámetro básico del sistema general de pensiones. Esto no tendría sentido porque llevaría al absurdo de permitir que por la vía excepcional de la tutela se estudien reconocimientos de pensiones de quienes, según la regla general, aún no tendrían derecho a ella.”

<sup>43</sup> CEPAL et al. Los derechos de las personas mayores. En: [http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/2/43682/Modulo\\_1.pdf](http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/2/43682/Modulo_1.pdf) (Mayo 3 de 2017)

<sup>44</sup> Sentencia T-047 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>45</sup> Sentencia T-833 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

## 5. El concepto del médico tratante como principal criterio para otorgar los servicios en salud

El Estado y las entidades promotoras de salud, se encuentran en la obligación de prestar la atención médica integral que requieran sus usuarios de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad, pilares establecidos desde el ordenamiento constitucional.

La jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta que la prestación médica ordenada puede o no estar dentro del Plan Obligatorio de Salud, ha determinado que, en principio, debe ser prescrita por el galeno tratante, quien conoce al paciente y está adscrito a la respectiva empresa prestadora de salud. No obstante, la EPS correspondiente puede estar obligada a acoger la prescripción de un médico no adscrito a ella, si la entidad tiene noticia de dicha fórmula médica y no la descartó con base en información científica<sup>46</sup>, pues la falta de adscripción de un profesional calificado no ha de constituir una barrera para acceder a los servicios de salud requeridos.<sup>47</sup>

La Corte Constitucional, ha concluido que las Entidades Promotoras de Salud se encuentran autorizadas para ordenar medicamentos genéricos o comerciales, siempre y cuando estos cumplan con los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente, siguiendo el criterio del médico tratante; sin embargo, dicha facultad otorgada por la legislación Colombiana, fue limitada por el Ministerio de Protección Social, quien a través de la Resolución 4377 de 2010 estableció que, los médicos deben formular medicamentos en presentación genérico; y en caso que se prescriban en presentación comercial, deberá acompañarse con su respectiva justificación.<sup>48</sup>

La jurisprudencia constitucional ha establecido que la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente está únicamente en cabeza de los médicos y no le corresponde al juez. *La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes,*

---

<sup>46</sup> Cfr. T-760 de 2008, precitada.

<sup>47</sup> Extracto de la sentencia T-061 de 2014 (M.P. Nilson Elías Pinilla Pinilla).

<sup>48</sup> Extracto de la sentencia T-607 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

*incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad)*<sup>49</sup>.

En efecto, la Corte<sup>50</sup> ha insistido en que el médico es la persona especializada en la medicina humana, capaz de brindar soluciones y respuestas a problemas de salud, a través de medicamentos, tratamientos que mejoran la calidad de vida del paciente, y que le permite ir más allá de un conocimiento general. Según el *criterio de necesidad* se debe procurar por que se haga un uso adecuado y racionalizado tanto de las posibilidades del personal médico, de las instituciones prestadoras del servicio de salud, de los medios científicos y tecnológicos, así como de los recursos que los sustentan. Ha precisado la Corte que “...*el acceso a los servicios médicos está sujeto a un criterio de necesidad y el único con los conocimientos científicos indispensables para establecer la necesidad de un servicio de esta naturaleza es, sin duda alguna, el médico tratante...*”<sup>51</sup>. De acuerdo con lo anterior, el médico tratante es la persona idónea para determinar qué procedimiento y/o tratamiento debe seguir el paciente.

Por lo expuesto, La Corte, ha reiterado la posición jurisprudencial constitucional en cuanto a que una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, vulnera sus derechos si se niega a suministrar lo prescrito por el médico tratante, sin fundamentarse

## PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho analizar si la EPS Famisanar, ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida en condiciones dignas e integridad personal de **GUSTAVO MONTAÑA HOLGUÍN**, al no autorizarle y entregarle el oxígeno las 24 horas al día más la bala portátil de oxígeno permanente, como también el medicamento Nintedanib 100 mg, demorando y colocando trabas a la orden emitida por los médicos tratantes en cuanto procedimientos, exámenes clínicos y citas médicas, para la enfermedad que padece el usuario.

Bajo las anteriores premisas procede el Despacho estudiar el caso en particular.

## CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso concreto, se está frente a la presunta vulneración al derecho a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal de **GUSTAVO MONTAÑA HOLGUÍN**, quien actúa en nombre propio, en esta acción de tutela; que de acuerdo al resumen historia clínica cuenta con 73 años de edad y presenta diagnóstico principal de *otras enfermedades pulmonares intersticiales con fibrosis*.

<sup>49</sup> Cfr. sentencia T-1214 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>50</sup> Cfr. Sentencia T-410 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa).

<sup>51</sup> Cfr. sentencia T-427 de 2005.

Obra en el expediente, orden médica emitida por el Centro de Atención en salud Cafam Floresta, de fecha 12 de agosto de 2020, para el medicamento Nintedanib 100mg/cápsulas de liberación no modificada, duración tratamiento de tres meses, cantidad de 180 cápsulas, ordenada por el médico Especialista **ELKIN ENRIQUE LLANOS SARMIENTO**, adscrito a la IPS; también obra orden médica de fecha 01 de julio de 2020, para medicamento oxígeno, presentación gas, cantidad uno, con nota aclaratoria: 2 litros por minuto 24 horas al día más la bala portátil de oxígeno, permanente, válido por 6 meses y una remisión con fecha 02 de julio de 2020, por la médica tratante, indicando: “*ss oxígeno domiciliario permanente 2li/mn por cánula nasal 24 horas ss concentrador portátil para traslados ya q el paciente es abogado y aún está activo en el trabajo por lo tanto la bala portátil no le sirve porque se acaba rápidamente para el tipo de trabajo ---epoc7epid severo.*” Sobre el particular y conforme a la jurisprudencia transcrita, uno de los requisitos para la prosperidad de la acción de tutela, dependerá de que el servicio requerido, haya sido prescrito por el médico tratante adscrito a la E.P.S a la cual se encuentre afiliado **GUSTAVO MONTAÑA HOLGUÍN**, aspecto que para el presente caso se cumple.

Ahora bien, la inconformidad del accionante radica en el hecho, que desde hace varios años viene padeciendo una afectación grave a su salud, sin que a la fecha le hallan autorizado y suministrado un concentrador portátil de oxígeno y el medicamento Nintedanib 100mg/1u/cápsulas de liberación no modificada, ordenados por los médicos especialistas tratantes: la Dra. **MIRIAM AMELIA RAMÍREZ JARAMILLO** medicina familiar y el Dr. **ELKIN ENRIQUE LLANOS SARMIENTO** neumólogo, y solicita el tratamiento integral por su estado de salud.

De otro lado, se tiene la versión de la EPS Famisanar, solicitando al despacho, le otorgue un tiempo razonable y prudencial, debido a que no es posible suministrar y agotar todos los procedimientos administrativos dentro del tiempo otorgado por el despacho. Frente a la petición de un tratamiento integral al paciente, resalta que la EPS, ha desplegado todas las acciones de gestión de prestación de servicios de salud en favor del usuario, garantizando el acceso a todos los servicios ordenados por el médico tratante y para el tratamiento de su patología. La IPS Cafam, informó al despacho, que en cuanto al medicamento se generó 3 autorizaciones del medicamento Nintedanib 100mg capsula; antes no tenía entregas ni pendientes de ese medicamento. Registrando las siguientes autorizaciones: 1. Entrega valida del 18 de agosto al 16 de septiembre, con radicado # 66006806 remitida a Cafam Floresta, cantidad 60 cap.; 2. Entrega válida del 17 de septiembre al 16 de octubre, con radicado #66006808 remitida par Cafam Floresta, cantidad 60 cap.; 3. Entrega válida del 17 de octubre al 15 de noviembre, con radicado #66006809 remitida para Cafam Floresta, cantidad 60 cap.

Este Despacho para corroborar lo antes mencionado por la IPS Cafam, se comunicó con el accionante al abonado telefónico 3125461271, siendo atendidos por quien dijo llamarse **GUSTAVO MONTAÑA HOLGUÍN**, sobre el particular manifestó que no se ha comunicado ninguna entidad, para la entrega del medicamento y el oxígeno, que se entera por medio de este despacho de lo manifestado por la IPS Cafam; por lo antes indicado, se le informó sobre las entregas programadas del medicamento por Cafam, y se le envió copia de la respuesta a su correo; manifestando el accionante que en la tarde verificaría sobre la entrega del mismo.

Aunado a lo anterior, el accionante allegó escrito al correo de este despacho, manifestando que el medicamento le fue autorizado y le informaron que se lo enviarían a su lugar de residencia, pero a los pocos minutos le llamaron nuevamente, indicándole que no le podían entregar el medicamento, debido a que no se podía fraccionar, porque la caja contenía 120 cápsulas y como el médico le había ordenado 180 cápsulas, por ese motivo debía cambiar la fórmula médica. Que a través de su hija, el 01 de septiembre de 2020, ubicó al médico Dr. **ELKIN ENRIQUE LLANOS SARMIENTO**, quien cambio la orden, reemplazándola por 240 cápsulas para 4 meses, para que le entregaran una caja por dos meses de 120 cápsulas cada una, solucionando el inconveniente con el fraccionamiento del medicamento; dicha fórmula fue radicada para su autorización; que teniendo en cuenta la comunicación suscrita por la IPS Cafam, que fue enviada por este juzgado a su correo, procedió a comunicarse con el área de autorizaciones de la IPS, y le indicaron que la anterior orden había sido cancelada y por consiguiente los códigos Nos. 66006806, 66006808 y 66006809; y que tenía que esperar que se liberara la nueva fórmula y se expidieran los códigos para poder reclamar el medicamento. Anexando la nueva orden médica del medicamento, sin embargo no se acreditó la entrega efectiva del medicamento solicitado, pese a lo ya anotado.

Adicional a lo ya expuesto, observa este despacho que el accionante es un adulto mayor de 73 años de edad, lo que lo consolida en relación con las personas que *“debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva”*<sup>52</sup>. Ya que, estas personas han sido reconocidas como *sujetos de especial protección constitucional*<sup>53</sup>, por ser individuos que, aunque formalmente tienen los mismos derechos y garantías que los demás miembros de la sociedad, para efectos prácticos, enfrentan situaciones concretas y materiales que, sin intervención positiva estatal, obstaculizarían el goce integral y pacífico de aquellos.

Ahora bien, si el profesional de la medicina, determino que en definitiva se debe autorizar y suministrar al accionante un concentrador portátil de oxígeno; una bala de oxígeno portátil y del medicamento Nintedanib 100mg/1u/cápsulas de

---

<sup>52</sup> Sentencia T-167 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

<sup>53</sup> Sentencias T-719-03, T-789-03, T-456-04, T-700-06, T-1088-07, T-953-08, T-707-09, T-708-09

liberación no modificada, ordenados por los médicos especialistas tratantes, el mismo no se puede dilatar en el tiempo sin una justificación técnico científica que determine el médico tratante, pues no se puede desconocer que se le han prestado los servicios médicos en la IPS Cafam, para garantizarle su derecho fundamental a la salud y a la vida, pero hasta este momento no se ha desvirtuado por ningún medio que el paciente ya no requiera el oxígeno y el medicamento, ordenados por los médicos tratantes adscritos a esa IPS.

Este estrado judicial, concibe la vida en condiciones dignas, como una condición, lo más lejano posible al sufrimiento y la humillación; las autoridades y el Estado Colombiano, deben hacer todo lo que esté a su alcance para aligerar las cargas que la naturaleza impone a ciertas personas, máxime cuando se está frente a una persona en situación de disminución por su estado de salud, ya que presenta un diagnóstico de “*otras enfermedades pulmonares intersticiales con fibrosis*”, razón por la cual las determinaciones del médico especialista deben ser acatadas; en consecuencia de no suministrarle *un concentrador portátil de oxígeno; una bala de oxígeno portátil y del medicamento Nintedanib 100mg/1u/cápsulas de liberación no modificada*, se pone en riesgo el derecho a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal y se obviaría la finalidad que tiene la entidad promotora de salud, frente al afiliado.

Si con la autorización y suministro del oxígeno y del medicamento, se logra mejorar la calidad de vida del accionante, la entidad promotora de salud, está en la obligación de garantizar un **OPORTUNO SERVICIO**, pues de no hacerlo como sucede con el caso que ocupa la atención del estrado judicial, se desconocería el mandato del Constituyente primario, conforme al cual, en Colombia, toda determinación del Estado y de los particulares debe garantizar efectivamente la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 2 y 5 C.P.). Esta es una de las manifestaciones de la protección especial que se debe brindar a toda persona que se encuentre en circunstancias de discapacidad, siendo necesario que este Despacho, tome los correctivos a que haya lugar para conjurar la trasgresión a los derechos reclamados.

Consecuente con lo manifestado se tutelaran los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida en condiciones dignas e integridad personal de **GUSTAVO MONTAÑA HOLGUÍN**. Por las razones antes **expuestas en conjunto tanto la EPS Famisanar y la IPS Cafam, a través de sus representantes legales, gerentes, directores o quienes hagan sus veces, deberán en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, autorizar, programar y entregar el medicamento Nintedanib 100mg/cápsulas de liberación no modificada, en los términos de la prescripción de fecha 12 de agosto de 2020 y del 1 de septiembre de 2020, suscritas por el médico Especialista ELKIN ENRIQUE LLANOS SARMIENTO. Debiendo realizar la misma en un término no superior a 5 días calendario; de igual manera, se le ordenará a la EPS Famisanar, a través de su representante legal, gerente, director o quien haga sus veces,**

**deberá en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, autorizar, programar y entregar el oxígeno, presentación gas, cantidad uno, válido por 6 meses, teniendo en cuenta los términos de la prescripción del 01 y 02 de julio de 2020, suscritas por los médicos tratantes. Debiendo realizar la misma en un término no superior a 5 días calendario.**

En caso que la IPS donde sea direccionado para el suministro y entrega del oxígeno al paciente, no se encuentre en condiciones de efectuar el suministro oportunamente, deberá informar a la EPS Famisanar, para que esta entidad se encargue de designar otra IPS adscrita a su red o contratar los servicios con otra IPS, respetando el principio de oportunidad en la prestación del servicio y del tratamiento.

Para finalizar, se debe tener en cuenta que **GUSTAVO MONTAÑA HOLGUÍN**, peticiono se le autorizaran todos los procedimientos, insumos, intervenciones, medicamentos y exámenes, que llegare a necesitar para la patología diagnosticada, concluyendo que requiere una atención médica integral, pero observa este despacho que la EPS Famisanar, como tal no ha negado ningún servicio, lo acaecido fue falta de oportunidad en el mismo; siendo que para lo peticionado es necesario demostrar un riesgo o amenaza inminente, por cuanto de tutelar un tratamiento que no ha sido negado aún, se estaría frente a una situación futura e incierta, máxime cuando la entidad accionada está cumpliendo y garantizando los servicios de salud, se debe recordar que este mecanismo esta instituido para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales ante un hecho dañino, siendo desacertada la posibilidad de amparar derechos por circunstancias meramente hipotéticas.

No se tutelaré en contra de la Administradora de los recursos del sistema de salud-Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, al establecer que no han vulnerado derechos fundamentales del paciente y que la garantía del servicio de salud, se encuentra en cabeza de la EPS Famisanar.

Del cumplimiento de esta decisión Famisanar EPS y la IPS Cafam, informarán al Juzgado, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida en condiciones dignas e integridad personal de **GUSTAVO MONTAÑA HOLGUÍN**. Por las razones antes **expuestas en conjunto tanto la EPS**

**Famisanar y la IPS Cafam, a través de sus representantes legales, gerentes, directores o quienes hagan sus veces, deben en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, autorizar, programar y entregar el medicamento Nintebanib 100mg/cápsulas, en los términos de la prescripción de fecha 12 de agosto de 2020 y del 1 septiembre de 2020, suscritas por el médico Especialista *ELKIN ENRIQUE LLANOS SARMIENTO*. Debiendo realizar la misma en un término no superior a 5 días calendario; de igual manera, se le ordena a la EPS Famisanar, a través de su representante legal, gerente, director o quien haga sus veces, debe en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, autorizar, programar y entregar el oxígeno, presentación gas, cantidad uno, válido por 6 meses, teniendo en cuenta los términos de la prescripción del 01 y 02 de julio de 2020, suscritas por los médicos tratantes. Debiendo realizar la misma en un término no superior a 5 días calendario.**

En caso que la IPS donde sea direccionado para el suministro y entrega del oxígeno al paciente, no se encuentre en condiciones de efectuar el suministro oportunamente, debe informar a la EPS Famisanar, para que esta entidad se encargue de designar otra IPS adscrita a su red o contratar los servicios con otra IPS, respetando el principio de oportunidad en la prestación del servicio y del tratamiento.

**SEGUNDO: NO TUTELAR**, la pretensión relacionada con el tratamiento integral conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO: NO TUTELAR**, en contra de la Administradora de los recursos del sistema de salud-Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, teniendo en cuenta que no han vulnerado derechos fundamentales del accionante.

**CUARTO:** Del cumplimiento de este fallo Famisanar EPS y la IPS Cafam, deben comunicar a este Despacho oportunamente.

**QUINTO: INFORMAR** al accionante y accionados, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. De no ser recurrida este fallo, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**Firmado Por:**

**OMAR LEONARDO BELTRAN CASTILLO**

*Tutela No. 2020-073*  
*Accionante: Gustavo Montaña Holguín*  
*Accionada: Famisanar EPS*  
*Decisión: Tutela Derechos fundamentales*

**JUEZ MUNICIPAL**  
**JUZGADO 74 PENAL MUNICIPALCN FUNCION CONTROL GARANTIAS**  
**BOGOTA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**5e72da9f8adccb3a6196a7a3ae491f3bd4a9c96cef90bc65dc00389916b3363f**

Documento generado en 09/09/2020 06:43:16 p.m.