



San Andrés, Isla, Once (11) de Julio de Dos Mil Veintidós (2022)

RADICACIÓN: 88-001-4003-003-2022-00138-00
REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
TUTELANTE: WINDETTE FORBES REEVES
TUTELADO: EPS SANITAS

SENTENCIA No. 00077-022

1. OBJETO

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por la señora **WINDETTE FORBES REEVES** en representación de su menor hija **ZACHERY MANUEL FORBES** actuando a través de la Defensoría del Pueblo en contra de E.P.S. SANITAS.

2. ANTECEDENTES

La señora WINDETTE FORBES REEVES en representación de su menor hija ZACHERY MANUEL FORBES actuando a través de la Defensoría del Pueblo, interpuso acción de tutela por razón de los hechos que a continuación se sintetizan:

Expresa la accionante que se encuentra afiliada a E.P.S Sanitas S.A de esta ínsula en el régimen contributivo. Es paciente de 14 años de edad.

Sostiene que la paciente es diagnosticada con Blefaroconjuntivitis –H105- otras rinitis alérgicas –J303.

Indica que es madre de la paciente menor de edad, Zachery Manuel Forbes, diagnosticada con Queratocono y estaba en tratamiento con la oftalmóloga pediatra que a su segunda consulta nota el gran progreso de la enfermedad y la remite a la ciudad de Barranquilla para un procedimiento llamado crosslinking la cual al momento de ser valorada por el medico recomendó, sugerían procedimiento más efectivo o con mejor efectividad para la paciente llamado implante de anillos intraestromales o intracraneales.

Sustenta que el procedimiento no se pudo realizar por las condiciones de alergia en los ojos de la paciente por tal motivo se recomendó un tratamiento, consulta por alergólogo, optometría, y exámenes pos operatorios, para el procedimiento que se iba a realizar al regresar con los resultados, las cuales se radicaron en la E.P.S sanitas.

Manifiesta que las citas del alergólogo en la E.P.S dijeron que la consulta se podía hacer en san Andrés cuando el medico llegara la cual se ha alargado 3 meses, el medico llevo y atendió hasta el 25 de mayo y nunca llamaron a la paciente para consulta. Se enteró que el medico estaba en la isla y se dirigió la entidad y la solución que le dan es una consulta por teleconsulta la cual se hizo el 31 de mayo de 2022.

Expresa que el médico mando exámenes para así poder dar el diagnóstico o la causa de las alergias del paciente en los ojos. Pero dos de los exámenes no se realizan en la isla y el médico no regresa hasta fin de mes para realizar el procedimiento y después otro mes para que haga la consulta con resultados la cual le parece un tiempo exagerado para una paciente que cada día se deteriora más su salud, y las alergias son más frecuentes y la cita que tiene para la cirugía se dilata más por su demora en autorizar los procesos.

Explica que de igual manera radicó la autorización de los tiquetes y está la cual tampoco le brindaron repuesta por que la entidad dice que después de 15 de junio hasta el 15 de julio no están autorizando remisiones a pacientes, entonces los procedimientos que están pendientes quedan en el limbo hasta después del 15 de julio del 2022.

Aduce que la E.P.S Sanitas se niega expedir la autorización de los tiquetes para el paciente y su acompañante, pese a que fue ordenado por el médico tratante.

La familia no cuenta con ingresos económicos para cubrir los gastos de albergue y alimentación del acompañante. Los trámites administrativos para el reconocimiento del albergue y la alimentación no pueden ser obstáculo para la efectividad del derecho a la salud.

3. PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, la señora WINDETTE FORBES REEVES en representación de su menor hija ZACHERY MANUEL FORBES actuando a través de la Defensoría del Pueblo, solicita:

- 3.1.** Tutelar sus Derechos Fundamentales a la salud, dignidad humana, igualdad y seguridad social.
- 3.2.** Que como consecuencia a la Acción de Tutela y la protección de sus derechos fundamentales se le ordene al ente tutelado poner fin a tales omisiones, adoptando dentro del término que establezca su Despacho conducta consistente prestación del servicio solicitado en el numeral anterior, y en virtud del cual su médico tratante le ha ordenado - remisión a paciente para SS Cross Linking en ojo izquierdo prioritaria por incrementos elevados de corneales, pero en todo caso, de manera INTEGRAL con el fin de restablecer su salud, proteger el derecho a la dignidad de la persona y de la protección de personas en situación de especial protección, y además, para EVITAR INTERPONER ACCIONES DE TUTELA por cada una de las patologías o procedimientos que se le ordenan y que sean a consecuencia o con ocasión de la patología que la aqueja.
- 3.3.** De la misma manera solicita la protección y todos los tratamientos necesarios para la prestación efectiva e integral del servicio de salud y todos aquellos gastos necesarios para la efectividad del tratamiento, pero en todo caso, de manera INTEGRAL con el fin de restablecer su salud,

proteger el derecho a la dignidad de la persona y de la protección de personas en situación de especial protección, y además, para EVITAR INTERPONER ACCIONES DE TUTELA por cada una de las patologías o procedimientos que se me ordenan y que sean a consecuencia o con ocasión de la patología que la aqueja.

- 3.4.** Fallar la tutela de manera INTEGRAL para que en adelante se eviten nuevas tutelas por hechos similares o que devengan de la patología protegida en el fallo de tutela y cumplir con los principios del sistema general de salud.

4. ACTUACIÓN JUDICIAL

Mediante Auto No. 00285-22 de fecha veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022), se admitió la presente acción de tutela, donde se ordenó comunicarle a la E.P.S. SANITAS, con el fin de que contestara la presente solicitud y rindiera los informes del caso dentro del término de dos (2) días, de la presente acción.

5. CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA

La accionada E.P.S. SANITAS contestó la presente acción manifestando que, la menor MANUEL se encuentra afiliada a la EPS SANITAS S.A. en calidad de Beneficiaria Amparado del Régimen Contributivo. El cotizante Principal reporta un ingreso base de cotización \$2.254.788.

Sostiene que a la fecha no se encuentra registro de servicios negados y/o pendientes de trámite por parte de la EPS SANITAS. Al respecto, es necesario precisar que las entidades promotoras de salud brindan las prestaciones médico – asistenciales a través de la red de prestadores adscrita, acorde con sus parámetros de direccionamiento de usuarios, con el fin de distribuir eficiente y equitativamente la utilización de servicios tanto ambulatorios como hospitalarios.

Sobre el caso del paciente en cuanto a las pretensiones se permite informar:

“Fue valorada el día 19-03-2022 por especialista en oftalmología pediátrica conceptúa:

“PACIENTE DE 15 AÑOS CON ANTECEDENTES DE FROTO OCULAR CONSTANTE EN TRATAMIENTO CON OLOPATADINA Y TOPTEAR SIN MEJORIA, PRESENTA QUERATOCONO EN OJO IZQUIERDO POR LO QUE CONSIDERO PERTINENTE REALIZAR IMPLANTE DE ANILLOS INTRAETSROMALES CON EL FIN DE DETENER LA PROGRESION DEL MISMO.

LA CIRUGIA SE ENCUENTRA AUTORIZADA BAJO N° DE VOLANTE 183847318 DE FECHA 03-05-2022 FUNDACION OFTALMOLOGICA DEL CARIBE EN BARRANQUILLA. ACTUALMENTE NOS ENCONTRAMOS GESTIONADO CON

EL PRESTADOR LA PROGRAMACION DE LA CIRUGIA SE REALICE LO MAS PRONTO POSIBLE UNA VEZ NOS ASIGNE LA FECHA SE LA INFORMAREMOS AL ACCIONANTE”.

En relación con la pretensión de suministro de tratamiento integral, sin que se cuente con orden o prescripción médica, consideramos no se puede presumir que en el futuro EPS SANITAS S.A., vulnerará o amenazará los derechos fundamentales de la menor MANUEL, ya que la pretensión elevada es referente a hechos que no han ocurrido y se ignora si ocurrirán, razón por la cual, solicitamos la negación de dicha pretensión, máxime cuando esta Entidad no ha negado ningún servicio ordenado, y por el contrario los ha autorizado de acuerdo con la prescripción médica.

Así las cosas, considera que la pretensión de brindar tratamiento integral no es procedente, teniendo en cuenta que EPS SANITAS S.A., en ningún momento ha realizado actuaciones que permitan inferir que tiene intención de no brindar la atención requerida por la paciente, y por el contrario, en todo momento ha suministrado los servicios médicos requeridos de manera oportuna y eficaz.

Indica que al ordenar este Despacho, que EPS Sanitas autorice la atención de prestaciones asistenciales excluidas del Plan Obligatorio de Salud, sin ORDENARLE al ADRES el reintegro en un 100% del valor de las mismas, se está imponiendo sin fundamento legal alguno, obligaciones que no le corresponden a EPS SANITAS S.A., vulnerando con ello su seguridad jurídica, la cual se encuentra garantizada por las diferentes normas que conforman el marco jurídico, y que regulan sus obligaciones y su participación junto con el Estado, en la prestación de los servicios de salud.

Sustenta que EPS Sanitas S.A, ha realizado las gestiones necesarias para brindar todos y cada uno de los servicios médicos requeridos por el menor MANUEL, de acuerdo con las coberturas del Plan de beneficios en Salud, y brinda los servicios no cubiertos que han sido ordenados y autorizados por el médico tratante por medio de la plataforma MIPRES con los requerimientos que exige el Ministerio de Salud y Protección Social.

Expresa que jamás han tenido intención alguna de incumplir con las obligaciones impuestas por la Ley y mucho menos hemos adelantado actuaciones que coloquen en riesgo los derechos fundamentales del paciente.

Como petición principal solicita de manera respetuosa que se declare que no ha existido vulneración alguna a los derechos fundamentales deprecados por el menor MANUEL.

Solicita que se deniegue la pretensión de tratamiento integral sin que se cuente con orden o prescripción médica, consideramos no se puede presumir que en el futuro EPS SANITAS S.A., vulnerará o amenazará los derechos fundamentales de la menor MANUEL.

Finalmente, de manera subsidiaria y de no acceder a sus solicitudes, y en caso de que se tutelen los derechos fundamentales invocados por el accionante solicita:

1) Que el fallo se delimite en cuanto a la patología objeto de amparo, que en el presente trámite constitucional es la que dio origen a la acción de tutela, esto es: QUERATOCONO, estableciéndose que la prestación de las tecnologías en salud procede siempre y cuando se cuente con orden y/o justificación de los médicos tratantes adscritos a EPS SANITAS S.A., y los mismos sean proporcionadas en instituciones adscritas a la red de prestadores.

2) Que se ordene de manera expresa a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud ADRES que reintegre a esta Entidad en un término perentorio, el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en Salud NO PBS que en virtud de la orden de tutela se suministre al accionante; TRATAMIENTO INTEGRAL.

6. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA:

De conformidad con el numeral 1° del Art. 1° del Decreto 1983 del 2017, este Despacho es competente para conocer la presente solicitud de tutela. La norma citada, respecto del *reparto de la acción de tutela*, dispone lo siguiente:

“(...) Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital, municipal y contra particulares, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, a los jueces municipales”. Lo anterior por ser la tutelada una Entidad de carácter privado que presta el servicio de salud en el Departamento Archipiélago.

Frente a la competencia, según el criterio del lugar donde se haya producido el hecho o sus efectos, los mismos tuvieron ocurrencia en la Isla de San Andrés.

Así las cosas, son los Juzgados Municipales del Distrito Judicial de San Andrés, los competentes para conocer la presente solicitud de tutela, según el correspondiente reparto.

6.2. PROCEDENCIA:

El Artículo 86 de la Constitución Política de 1991, desarrollado en los Decretos 2591 y 306, ambos del mismo año, ha institucionalizado la acción de tutela como una garantía y un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y de los particulares, en los casos que establezca la ley.

Dicha acción muestra por su finalidad un carácter extraordinario, en la medida en que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, lo que supone un uso en forma supletiva con carácter subsidiario; de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente defina el fondo del asunto.

En el presente asunto, se trata del ejercicio de la Acción de Tutela incoada contra una entidad que prestan el servicio público de salud y por tanto es procedente, al tenor del Artículo 49 de la C.P. que le da ese carácter a la salud, en concordancia con los Artículos 5º y 42 Numeral 2º del Decreto 2591 de 1991.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar, si se vulneró o no el derecho fundamental a la salud y seguridad social de la menor ZACHERY MANUEL FORBES, por parte de la entidad tutelada EPS SANITAS, al negarse a autorizar SS Cross Linking en ojo izquierdo prioritaria, por incremento elevados de corneales, procedimiento que fue ordenado desde el mes de febrero de la presente anualidad sin que haya sido realizado a la fecha.

6.4. ANÁLISIS NORMATIVO Y/O JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS O AMENAZADOS

6.4.1. DERECHO A LA SALUD

En la actualidad la salud es considerada como un derecho fundamental, sin necesidad de que se encuentre en conexidad con el derecho a la vida u otro derecho del mismo rango, por expresa definición del Alto Órgano de la Jurisdicción Constitucional.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte ha señalado que:

"... Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto que hoy se afirma que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado con un derecho fundamental – la vida, pues, en efecto, sin

salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad—sino que es en sí mismo fundamental. (...) Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales. (...)" (Sent. T-573 de 2005. M.P. Dr. Humberto Sierra Porto).-

En sentencia T-869 de 2006, M.P. Doctor Rodrigo Escobar Gil, la Alta Corporación puntualizó:

"...por cuanto el derecho a la salud, en su dimensión de derecho subjetivo, es de naturaleza fundamental, en virtud de su estrecha relación con el principio de dignidad humana, vínculo que responde al criterio fijado por la Corte Constitucional como parámetro funcional de definición de derechos fundamentales".

En la sentencia T-467 de 2007, se remató a manera de reiteración:

"En este orden de ideas, el reconocimiento de esa doble dimensión se dirige, entre otras cosas, a obtener que las empresas prestadoras de servicios de salud, tanto del régimen contributivo como del subsidiado, cumplan de forma integral con las obligaciones que el sistema de seguridad social ha establecido, de tal forma que no les sea posible negar el catálogo de servicios específicos y concretos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud.

En conclusión, el derecho a la salud, en razón de su estrecha relación con el principio de la dignidad humana y en la medida en que se traduce en un derecho subjetivo como consecuencia de la determinación del régimen de servicios médicos exigibles al Estado, transmuta de derecho prestacional a derecho fundamental exigible a través del mecanismo de amparo constitucional. En ese sentido, el hecho de que las empresas prestadoras de servicios de salud -sean éstas del régimen contributivo o del subsidiado-, nieguen el reconocimiento de las prestaciones que se encuentra definidas dentro del Plan Obligatorio de Salud, comporta una vulneración de un derecho de carácter fundamental."

La misma Corporación en sentencia de constitucionalidad de la Ley 1122 de 2007, C-463 del 14 de Mayo de 2008, M.P. Doctor Jaime Araujo Rentarías, expuso lo siguiente:

“...dada la naturaleza constitucional del derecho a la salud que, como se acaba de explicar es para esta Corte per se de carácter fundamental...Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas. En este sentido, esta Corte ha hecho énfasis en la fundamentabilidad del derecho a la salud en los casos de los menores de edad, de personas de la tercera edad, o de sujetos de especial protección constitucional...así como a los usuarios del Régimen Subsidiado de salud, que por lo demás son los usuarios con menos recursos económicos, frente a los cuales el Estado tiene una obligación positiva de promoción y protección especial...”

6.4.2. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Al respecto, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-032/12, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, indicó:

“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos”.

6.4.3. DERECHO A LA IGUALDAD

La igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos

construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras¹.

El derecho a la igualdad ofrece dos dimensiones normativas, la interna, dispuesta en la Constitución Política y la internacional, que involucra los tratados en los que Colombia es Estado parte, las declaraciones de principios respecto de los cuales Colombia es Estado suscriptor, y además los tratados, convenciones y principios alrededor de los cuales el sistema internacional de protección viene construyendo obligaciones concretas de respeto y garantía.

En el plano interno el derecho a la igualdad fue establecido en el artículo 13 de la Constitución bajo, una fórmula que ha sido sectorizada de diversas maneras. El enunciado específico dispone:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Respecto de la estructura básica de ese enunciado, se ha dicho que el inciso primero establece el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminado; que en el inciso segundo se dispone el mandato de promoción de la igualdad material, mediante la implementación de medidas de discriminación afirmativa; y que el inciso tercero establece medidas asistenciales, por medio del mandato de protección a personas puestas en circunstancias de debilidad manifiesta en virtud de la pobreza o su condición de discapacidad.

Está formulado al comienzo del enunciado al disponer que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”*. La expresión *“todas las personas”* refiere un destinatario universal, que incluye nacionales, extranjeros, personas naturales y personas jurídicas. Se trata aquí de la igualdad formal, de la igualdad de todos ante la ley, que involucra la supresión de privilegios. Fue esta la primera formulación moderna del derecho a la igualdad, que es puramente formal y que omite las referencias al momento material, las desigualdades de la vida real, de la vida cotidiana de las personas.

¹ Sentencia T-030 de 2017.

El inciso primero del artículo 13 señala también, que todas las personas “recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Este es un elemento sustantivo del derecho a la igualdad, ya que no se trata de “ser igual a otro”, sino de “ser tratado con igualdad”, imponiendo así el mandato de prohibición de trato discriminado, que es el eje del derecho a la igual interpretación e igual aplicación de la ley.

La norma prohíbe el trato discriminado, es decir, la introducción de diferencias de trato que conlleven la violación de derechos fundamentales, enumerando los criterios prohibidos o “*categorías sospechosas*” que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son un conjunto de criterios no taxativos, que han sido usados históricamente para afectar el derecho a la igualdad y otros derechos. En este sentido no pueden ser otorgados privilegios, ni pueden ser fijadas exclusiones o limitaciones por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. De esta manera establecer una exclusión o una diferencia de trato por ser mujer, resulta en principio inconstitucional. La importancia de la regla de prohibición de trato discriminado ha sido expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, quien ha reiterado que “*El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias*”².

6.4.4. DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA

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 Estado.

Como es bien sabido, el Artículo 1 de la Carta Política instituye a la dignidad humana como uno de los tres pilares fundantes del Estado Social de Derecho Colombiano. Así reza dicha disposición constitucional: “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*” (Subraya fuera del texto original).

² Sentencia C-586 de 2016.

En desarrollo del mencionado precepto superior, la Corte Constitucional ha señalado que la dignidad humana se debe entender bajo las siguientes dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa.

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 tortura.

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 autónomo.

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 Estado.

6.5. CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que de acuerdo a lo manifestado por la señora WINDETTE FORBES REEVES, la menor ZACHERY MANUEL FORBES, fue diagnosticada con Queratocono y estaba en tratamiento con la oftalmóloga pediatra que a su segunda consulta nota el gran progreso de la enfermedad y la remite a la ciudad de Barranquilla para un procedimiento llamado SS CROSS LINKING el cual al momento de ser valorada por el médico recomendó, procedimiento más efectivo o con mejor efectividad para la paciente llamado implante de anillos intraestromales o intracraneales.

Sustenta que el procedimiento no se pudo realizar por las condiciones de alergia en los ojos de la paciente por tal motivo se recomendó un tratamiento, consulta por alergólogo, optometría, y exámenes post operatorios, para el procedimiento que se iba a realizar al regresar con los resultados, las cuales se radicaron en la E.P.S sanitas. Sin que a la fecha se tenga fecha para el procedimiento en cuestión, razón por la cual considera vulnerados sus derechos fundamentales.

De acuerdo con lo anterior, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-163 de 2010, ha sostenido que:

“La Constitución Política consagra en sus artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley³.

La H. Corte Constitucional en principio diferenció los derechos protegidos mediante la acción de tutela de los de contenido exclusivamente prestacional, de tal suerte que el derecho a la salud, para ser amparado por vía de tutela debía tener conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Sin embargo, se protegía como derecho fundamental autónomo cuando se trataba de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, y en el ámbito básico cuando el accionante era un sujeto de especial protección.

En el mismo sentido, la H. Corte Constitucional manifestó que:

“Conforme a la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte, la salud es un derecho fundamental⁴ definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”⁵, que abarca tanto la esfera biológica del ser humano como su esfera mental y debe ser garantizado en condiciones de dignidad, por ser la salud un derecho indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales⁶.

Se tiene entonces que, de acuerdo a lo manifestado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las

³ El artículo 2° de la ley 100 de 1993, define los principios sobre los cuales debe basarse el servicio público esencial de seguridad social y la forma en que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, así:

“a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; (...) **d. INTEGRALIDAD.** Es 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; (...)

⁴ Ver sentencia T-859 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett). Para entonces, se acudió a los criterios dogmáticos establecidos en la sentencia T-227 de 2003 para resolver que el derecho a la salud es fundamental. Allí se señaló que son derechos fundamentales: “(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. La tesis del derecho a la salud como fundamental, ha sido considerablemente reiterada en sentencias como la T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-820 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería), T-999 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-184 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-321 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), entre otras.

⁵ Ver sentencia T-355 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

⁶ Ver sentencia T-311 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías. La H. Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbra su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria.

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia constitucional⁷, el servicio de transporte de pacientes no se trataba en el hoy llamado PBS; sin embargo, el parágrafo del artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994 señalaba que, “(...) cuando en el municipio de residencia del paciente no cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria (...)”.

No fue sino hasta el Acuerdo 08 de 2009, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, que se reglamentó el transporte y se incluyó en el Plan Obligatorio de Salud en los siguientes casos:

“ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

⁷ Sentencia T-309 de 2018.

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Si en concepto del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.”

Posteriormente, el Acuerdo 029 de 2011 derogó la anterior regulación eliminando el segundo párrafo y añadiendo el siguiente artículo:

“Artículo 43. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión”.

Luego, el artículo 126 de la Resolución 6408 de 2016, dispuso que el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación cubría el traslado acuático, aéreo y terrestre ya sea en ambulancia básica o medicalizada en los siguientes supuestos:

“Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

- Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente, para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.*

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Asimismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe”.

Actualmente, el artículo 121 de la Resolución n.º 5269 del 22 de diciembre de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social “*Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)*” establece que el servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia se efectuará en los siguientes casos: (i) en los eventos de patologías de urgencia, desde el lugar donde ocurrió la misma hasta una institución hospitalaria, (ii) cuando el paciente deba trasladarse entre instituciones prestadoras del servicio de salud – IPS- dentro del territorio nacional, a fin de recibir la atención médica pertinente no disponible en la institución remitora; esto aplica independientemente de si en el municipio la Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial o (iii) en caso de requerirse atención domiciliaria, según lo prescrito por el médico tratante.

No obstante, la H. Corte Constitucional, frente a las solicitudes de transporte elevadas por usuarios que requieren trasladarse a una ciudad distinta a la de su residencia para acceder al tratamiento médico prescrito, ha ordenado el cubrimiento del servicio de transporte y los correspondientes a la estadía cuando:

(i) La falta de recursos económicos por parte del paciente y sus familiares no les permitan asumir los mismos y (ii) de no prestarse tal servicio se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente.

Asimismo, frente a los gastos de transporte y estadía de un acompañante ha dispuesto que para su reconocimiento debe probarse que:

“(i) El paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”.

La creación de las reglas precedentes se originó como respuesta al objetivo de garantizar la accesibilidad a los servicios de salud de todos los afiliados al SGSSS, ya que los diferentes planes de servicios preveían el transporte para aquellos pacientes que necesitaban atención complementaria o se encontraban en zonas donde se pagaba una UPC diferencial mayor, no así para el desplazamiento de los usuarios que requerían un tratamiento o servicio que no se encontraba disponible

en el municipio de afiliación, que no constituía una urgencia certificada o no estaban hospitalizados.

En el caso bajo estudio, observa el despacho que la señora WINDETTE FORBES REEVES, presentó acción de tutela en contra de la EPS SANITAS, puesto que considera que dicha entidad vulnera el derecho fundamental a la salud, igualdad, dignidad humana y seguridad social de su hija ZACHARY MANUEL FORBES, puesto que esa menor padece de QUERATOCONO, y requiere ser intervenida quirúrgicamente, pero a la fecha la EPS SANITAS, no ha autorizado dicho procedimiento.

Sostuvo que su menor hija fue valorada por la Doctora LUCIA MONCADA ROA, (Oftalmóloga Pediatra) el día 15 de febrero de 2022, quien la diagnosticó con QUERATOCONO y le ordenó SS CROSS LINKING en ojo izquierdo de carácter prioritario por incremento elevados de corneales.

Posteriormente, el día 19 de marzo de 2022, fue valorada por la Doctora ANA LAMUS RODRIGUEZ, en la Fundación Oftalmológica del Caribe, quien confirmó el diagnóstico de QUERATOCONO, le ordenó CIRUGÍA DE IMPLANTE DE ANILLOS INTRAESTROMALES, con la que se pretende detener la progresión del queratocono.

Aterrizando en el caso concreto, como lo señala el artículo 44 de la Carta Política, el derecho a la salud de los niños tiene carácter fundamental y, además, con soporte en preceptos superiores y en instrumentos de derecho internacional, son considerados sujetos de especial protección constitucional y acreedores de un acentuado amparo en sede de tutela, en tanto que sus derechos prevalecen sobre las prerrogativas de los demás, por ende, deben ser tratados con preferencia.

Esta protección se acrecienta cuando el pequeño padece algún tipo de discapacidad o enfermedad que le suponga sufrir la merma en su capacidad física, por lo que, de conformidad con las directrices contenidas en los artículos 13 y 47 Superiores, le corresponde al Estado adelantar políticas públicas tendientes a buscar su rehabilitación e integración social y, de esa manera, es su deber brindarles la atención especializada que requieran.

En ese sentido, a los menores de edad que padecen una enfermedad que les ha generado algún tipo de discapacidad física, mental o sensorial, se les debe prodigar la totalidad del componente médico previsto para el manejo del padecimiento que le sobrevino así no se obtenga su recuperación completa y definitiva, pues los mismos, aunque sirvan solo como paliativos, aseguran que al paciente se le dé la posibilidad de vivir en el mayor nivel de dignidad a que haya lugar.

Ahora, importante resulta garantizarles a los niños con disminuciones físicas las condiciones de accesibilidad al componente médico que requieran, para que disfruten del más alto grado de salud. Tal exigencia se deriva de la Observación

General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha señalado que, en principio, la opinión del médico tratante adscrito a la EPS constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere un individuo, en tanto esta es la *“(...) persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente”*, aun cuando este no se encuentre adscrito a la entidad promotora de salud. No obstante, esa Corporación también ha señalado que ese criterio no es exclusivo, pues en ciertos eventos lo prescrito por un galeno particular puede llegar a ser vinculante para las entidades prestadoras del servicio de salud.

De otro lado, en cuanto al principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social de Salud en Colombia, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispuso que: *“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud (...) 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.”*

Es así como, en el marco del amparo constitucional las exclusiones previstas en el Plan de Beneficios en Salud no son una barrera inquebrantable, pues le corresponde al juez de tutela verificar, a partir de las particularidades del caso concreto, cuándo se reúnen los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia para aplicar o inaplicar una exclusión o cuándo, ante la existencia de un hecho notorio, surge la imperiosa necesidad de proteger el derecho a la salud y a la vida digna de quién está solicitando la prestación del servicio, insumo o procedimiento excluido.

En este punto, es difícil para la suscrita determinar cual de los dos procedimientos (CIRUGÍA DE IMPLANTE DE ANILLOS INTRAESTROMALES O SS CROSS LINKING) se le va a realizar a la menor ZACHERY MANUEL FORBES, si se tiene en cuenta que ambos procedimientos fueron sugeridos por dos médicos diferentes, y a la fecha no se le realizó ninguno, sin embargo, teniendo en cuenta que la menor debe volver a ser valorada en la ciudad de Barranquilla por Oftalmología y que inclusive debe ser valorada por Optometría en esa ciudad, se le ordenará a la EPS SANITAS autorice todos los procedimientos, exámenes y valoraciones que tiene pendiente la niña, para que el procedimiento (cualquiera de los dos anteriores o los dos) que se le vaya realizar, se haga en el menor tiempo posible.

Colofón de lo anterior, el despacho tutelar el derecho fundamental a la salud, y seguridad social de la menor ZACHERY MANUEL FORBES, y, en consecuencia, ordenará a la EPS SANITAS, que en el termino de cuarenta y ocho (48) horas,

siguientes a la notificación de esta providencia, se sirva a autorizar CIRUGÍA DE IMPLANTE DE ANILLOS INTRAESTROMALES y/o SS CROSS LINKING, los exámenes prequirúrgicos ordénanos por la Dra. Lamus, los exámenes ordenados por la especialidad de alergología, la valoración de control con alergología, la valoración con Optometría en la ciudad de Barranquilla tal y como lo ordeno la médico tratante, la valoración de control de la especialidad de Oftalmología en Barranquilla con su medico tratante, todo lo anterior en aras de que el procedimiento quirúrgico requerido sea realizado en el menor tiempo posible teniendo en cuenta que se trata de una patología progresiva.

Asimismo, se ordenará a la EPS SANITAS que para los controles médicos que requiera la menor que sean por fuera de esta ínsula, suministre transporte aéreo, terrestre, alimentación y hospedaje para la menor y un acompañante; así como también que, en adelante se le autorice todos los servicios, procedimientos quirúrgicos, clínicos y/o de laboratorio, controles periódicos y los medicamentos e implementos que le sean prescritos por sus médicos tratantes con ocasión a la patología ya mencionada.

Finalmente, se ordenará a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES que reintegre a la EPS SANITAS en un término perentorio, el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en Salud NO PBS: TRANSPORTE, HOSPEDAJE, ALIMENTACIÓN Y TRATAMIENTO INTEGRAL, que en virtud de la orden de tutela se suministren a la menor ZACHERY MANUEL FORBES.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE SAN ANDRÉS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud y seguridad social de la menor **ZACHERY MANUEL FORBES**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS SANITAS** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta providencia, se sirva a autorizar a favor de la menor **ZACHERY MANUEL FORBES**, CIRUGÍA DE IMPLANTE DE ANILLOS INTRAESTROMALES y/o SS CROSS LINKING, los exámenes prequirúrgicos ordénanos por la Dra. Lamus, los exámenes ordenados por la especialidad de alergología, la valoración de control con alergología, la valoración con Optometría en la ciudad de Barranquilla tal y como lo ordeno la médico tratante, la valoración de control de la especialidad de Oftalmología en Barranquilla con su médico tratante, todo lo anterior en aras de que el procedimiento quirúrgico requerido sea realizado en el menor tiempo posible teniendo en cuenta que se trata de una patología progresiva.

PARAGRAFO: ORDENAR a la **EPS SANITAS** que para los controles médicos que requiera la menor que sean por fuera de esta ínsula, suministre transporte aéreo, terrestre, alimentación y hospedaje para la menor y un acompañante; así como también que, en adelante se le autorice todos los servicios, procedimientos quirúrgicos, clínicos y/o de laboratorio, controles periódicos y los medicamentos e implementos que le sean prescritos por sus médicos tratantes con ocasión a la patología ya mencionada.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES - que reintegre a la EPS SANITAS en un término perentorio, el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en Salud NO PBS: TRANSPORTE, HOSPEDAJE, ALIMENTACIÓN Y TRATAMIENTO INTEGRAL, que en virtud de la orden de tutela se suministren a la menor **ZACHERY MANUEL FORBES**.

CUARTO: ORDENAR a la accionada, que oficie con destino a este despacho el cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia, aportando los soportes pertinentes, teniendo como objeto el presente amparo constitucional.

QUINTO: PREVENIR a la **EPS SANITAS**, para que en lo sucesivo, eviten la repetición de los actos omisivos, que dieron origen a la presente tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991

SEXTO: NOTIFICAR la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO: Contra la presente procede el recurso de impugnación

OCTAVO: Si éste fallo no fuere impugnado oportunamente, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



INGRID SOFÍA OLMOS MUNROE
JUEZA

JVILLA