

5

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL
AGUSTÍN CODAZZI- CESAR**

Agustín Codazzi – Cesar, Febrero Primero (1º.) de Dos Mil Veintiuno (2.021):

REF: Acción de Tutela promovida por el señor ÓSCAR ENRIQUE DURÁN MUEGUES actuando como agente oficioso de la señora MARITZA CARRILLO CHINCHILLA en contra de LA NUEVA E.P.S.

Radicación No: 200134089001-2021-00005-00

ASUNTO A TRATAR

Aborda el Despacho la labor de proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda dentro de la presente Acción de Tutela presentada por el señor ÓSCAR ENRIQUE DURÁN MUEGUES, actuando como agente oficioso de la señora MARITZA CARRILLO CHINCHILLA, en contra de LA NUEVA E.P.S en defensa de los Derechos Fundamentales de su agenciada, a la Salud, Seguridad Social, Derecho a la Vida en condiciones Dignas, Dignidad Humana e Integridad Física, consagrados en los artículos 1,11, 48 y 49 de la Constitución Política, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes...

ANTECEDENTES

Mediante solicitud recibida por reparto en este despacho el día 19 de Enero del año en curso, el señor ÓSCAR ENRIQUE DURÁN MUEGUES actuando como agente oficioso de su esposa la señora MARITZA CARRILLO CHINCHILLA, instaura la presente acción de tutela en contra de LA NUEVA E.P.S, deprecando de esta Agencia Judicial la protección de los Derechos Fundamentales de su agenciada, a la Dignidad, Vida en condiciones de dignidad, Integridad Física, y Seguridad Social en Salud, consagrados en los artículos 1,11, 48 y 49 de la Constitución Política, pretendiendo para ello se ordene a la accionada, lo siguiente: **1)** _ Que, esta o a quien corresponda, en el término de 48 horas posterior a la ejecutoria de e proveído, autorice la cirugía VITRECTOMIA. FACOEMULSIFICACION a su esposa MARITZA CARRILLO CHINCHILLA, ordenada por la Doctora María Cristina Bohórquez, especialista en retina y vítreo, no adscrita a su E.P.S., así como los demás servicios médicos que requiera luego de llevarse a cabo su cirugía. **3).** _ Suministrar la atención requerida de MANERA INTEGRAL, necesaria para restablecer su salud y evitar así un perjuicio irremediable.

El accionante finca su solicitud, en los hechos relacionados en la misma, los cuales podemos enunciar de la siguiente manera:

- Que su esposa se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, Régimen Contributivo actualmente a través de la entidad prestadora de salud NUEVA E.P.S.
- Que su esposa ha estado en controles oftalmológicos desde el año pasado, debido a una distorsión del ojo derecho. En el mes de Agosto del presente año decidió ir a la Clínica Oftalmológica de Valledupar, donde fue valorada por dos especialistas que le han ordenado una serie de exámenes médicos vitales para saber la enfermedad que tiene su esposa en la visión, lo cual a esto le diagnosticaron una serie de patologías, como cataratas senil incipiente, degeneración de la macula y del polo posterior del ojo, trastorno de la retina no especificado, agujero macular grado 4 od y disminución de la agudeza visual de ambos ojos.
- Que según la Doctora Sierra Mejía, al darles el diagnóstico, les explicó el estado visual de su esposa lo cual da dos opciones: una es observación semestral para evitar desprendimiento de retina y patología como cataratas y glaucoma, y la otra cirugía vítreo retiniana pero esta última con un riesgo benejico limitado.
- Que los especialistas tratantes de su esposa, les explicaron que es muy riesgoso que a su esposa la operen, existe un alto riesgo de perder la visión y por ende no ordenan la cirugía, solo ordenan medicamentos para contrarrestar algunos síntomas, y

manifiesta sentir impotencia de escuchar palabras de su médico tratante y al no ver optimismo por parte de los especialistas y a la negativa por parte de ella, al no ordenar un tratamiento urgente como sería la cirugía, decidieron buscar otra opción médica de otro especialista y viajaron a la ciudad de Bogotá de manera particular, fue valorada en la Clínica BARAQUER y valorada por la Doctora María Cristina Bohórquez, especialista en retina y vítreo, le ordeno exámenes y se consideró que la cirugía es la opción más recomendable, ordenando de manera particular los siguientes procedimientos VITRECTOMIA FACOEMULSIFICACION, todos estos procedimientos para practicarlos a su esposa en la clínica Barraquer, pero el valor de dicho procedimiento es demasiado alto, por el valor de doce millones de pesos (\$12.000.000), sin que la E.P.S. de su esposa lo cubra.

- Que es una persona de escasos recursos, que hicieron un esfuerzo para lograr llevar a su esposa a la ciudad de Bogotá, debido a las negativas de sus médicos especialistas de su E.P.S., que consiguió dinero prestado y con la ayuda de algunos familiares fue que se logró hacer la cita particular y poder tener otra opción de otro médico especialista.

El Accionante aportó como pruebas de sus asertos, las siguientes: a). _ Fotocopia de la cédula de su ciudadanía y la de su agenciada. b). _ Fotocopia de la Historia Clínica. c.) _ Fotocopia de Historia Clínica y gastos médicos de la clínica Barraquer.

Por venir en legal forma la solicitud fue admitida mediante auto adiado 19 de Enero del cursante año, requiriéndose a la entidad accionada LA NUEVA E.P.S, para que en el término de dos (2) días contados a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio, se sirvieran rendir un informe sobre los hechos planteados por el peticionario, habiéndose pronunciado través del señor AHMAD AMIR SAKER TREVDO n su aludida calidad de apoderado judicial de esta.

CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA NUEVA E.P.S.

Mediante memorial allegado al Correo Electrónico del despacho, el señor AHMAD AMIR SAKER TRAVECEDO, actuando como apoderado judicial de la NUEVA EPS, procedió a dar respuesta a la Acción de Tutela, informando que en primera medida, para que exista el reconocimiento de un derecho como Fundamental dentro del trámite de una acción de tutela, el mismo debe cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 86 de la Constitución Nacional. Agrega que sabido es que la acción de tutela está reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, y que es un mecanismo subsidiario al cual toda persona natural o jurídica puede acudir cuando quiera que sus derechos constitucionales fundamentales se encuentren amenazados por autoridades públicas, particulares o en casos previstos expresamente por el legislador. Informa que la señora se encuentra en estado activo a la Nueva eps, régimen contributivo desde el primero de agosto de 2008 en calidad de cotizante y con un ingreso base de cotización de \$877.803.

En cuanto a la orden de cirugía informa que hasta la fecha no se ha acreditado ningún tipo de negativa por parte de Nueva EPS en cuanto a la prestación del servicio de salud, puesto que tal y como se verifica la entidad ha dado cumplimiento a sus obligaciones y en especial al acompañamiento que sufre la afiliada en cuanto a las citas de control. Así las cosas - considera -, al no existir conductas generadoras de violación de derechos fundamentales, no será posible una orden por parte del juez de tutela que busque el amparo de un derecho que no se encuentra violado o en peligro.

Continua el intercesor judicial de la demandada, señalando que es importante recordar que será el médico tratante la persona idónea para determinar la gestión médica del usuario por lo tanto, será el encargado de ordenar medicamentos, en general cualquier concepto que considere necesario para tratar la condición, [y] no se ha verificado la existencia de orden médica y tampoco la actitud negativa de suministro de la Nueva EPS, lo que hace inconducente la solicitud hecha por el accionante y sobre la cual no se puede impartir órdenes al no verificarse los elementos esenciales para su decisión, así las cosas, entre las pruebas allegadas al expediente no se verifica orden médica por parte del médico tratante en la cual se ordena la cirugía contenida en las pretensiones; entre lo aportado al proceso se puede vislumbrar la cotización para realizarse un procedimiento médico de

VITRECTOMIA, la cual fue hecha a través de medicina particular ajena a Nueva EPS, la cotización aportada no constituye una orden médica y hace parte de la libertad que tienen los ciudadanos de acudir a servicios médicos particulares sin intervención alguna de las entidades de salud, manifiesta que Nueva EPS ha prestado a cabalidad citas de control y suministro de medicamentos para tratar la patología que padece; no es viable acudir ante la vía constitucional para intentar cambiar la valoración médica realizada por el médico tratante, el cual determino, que no era conveniente la práctica de la cirugía, es de recordar que es el médico 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 permiten ir más allá de un conocimiento general, respecto a todo esto la persona idónea para determinar el procedimiento y tratamiento del paciente, es su médico tratante.

En conclusión, la entidad debe regirse ante los estándares de salud y la LEX ARTIS que rige todo procedimiento médico por este motivo, mal se haría en ordenar una cirugía sin contar con una valoración médica que deje claro la pertinencia de este procedimiento.

En cuanto a la solicitud de integralidad, se debe tener en cuenta que la mayor parte de peticiones por parte del accionante van encaminadas a la prestación de un servicio integral, es menester señalar que dicha petición no procede en el presente caso puesto que la misma implica que la Nueva E.P.S., incurrirá en fallas propias a la hora de la prestación del servicio, que deriven en vulneración de derechos fundamentales, no debe ignorarse que Nueva E.P.S. ha prestado ininterrumpidamente los servicios de salud requeridos, reflejados en las citas de control, medicamentos y demás insumos allegados a la afiliada, informa que el presente escrito de tutela se basa en suposiciones y pre juzgamientos a futuro sobre los cuales no se tiene certeza de su ocurrencia, y que tampoco se podrá tomar una decisión que sea violatoria al Debido Proceso, por cuanto se estaría decidiendo con hechos no ciertos, sobre los cuales su realización es incierto y NUEVA E.P.S. tiene la disposición de cumplir con las obligaciones propias que le corresponden en concordancia con los objetivos propios de la entidad.

Prosigue el gesto judicial de la accionada precisando que en el caso en particular, la integridad en el tratamiento médico se viene concediendo al usuario, puesto que han cubierto y suministrado a través de su red de prestadores, ayudas diagnósticas, servicios especializados y sub especializados, medicamentos, acciones de prevención, tratamiento y rehabilitación sin dilación alguna, procediendo con la oportunidad, calidad y seguridad que se requiere para lograr la efectividad del tratamiento en esta y en otras patologías con las cuales ha cursado el paciente cumpliendo con lo dispuesto en la normatividad, debido a ello, mal se haría en ordenar un tratamiento integral, cuando NUEVA EPS no ha incurrido en ninguna acción u omisión que viole derechos fundamentales y tampoco se puede utilizar la acción de tutela para predecir incumplimientos futuros, más aún si en el caso en concreto queda claro el cumplimiento continuo por parte de la entidad.

Recalca que existen unas disposiciones legales que excluyen las pretensiones de la presente acción, e informa que NUEVA E.P.S., siempre cumple con lo establecido en la ley, y el Plan de Beneficios de Salud, estableciendo los servicios que debían ser cubiertos por las entidades promotoras de salud, para todos sus afiliados, previo el cumplimiento de unos requisitos, para que un afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tenga derecho a que el sistema asuma las coberturas económicas de las enfermedades y suministros que requiera, es necesario que los mismos estén contemplados dentro de las coberturas en el plan de beneficios de salud.

Reitera que no existe orden médica del traslado a citas médicas como prestación de servicios de salud, siendo importante tener en cuenta el principio de solidaridad que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud y el principio de corresponsabilidad que llama al uso racional de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud. De otro lado es de indicar la responsabilidad directa de los familiares como lo define la normativa misma, el Sistema de Seguridad en Salud, les ha interpuesto deberes a los usuarios y en especial el de propender al cuidado integral frente a su salud.

Solicita por último como pretensión principal la declaratoria de improcedencia de la misma, por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas en la Corte Constitucional para implicar las normas que relacionan la cobertura del servicio. En cuanto a la solicitud de atención integral alega que deberá negarse puesto que la misma implica el prejuzgamiento y asumir la mala fe por parte de la NUEVA E.P.S, sobre hechos futuros que a un no han ocurrido, esta petición incluye cualquier tratamiento médico o demás pretensión realizada por el accionante, que no haya sido ordenada por el médico tratante al momento de la presente acción de tutela. En cuanto a la orden de cirugía deberá de negarse puesto que no existe una orden medica que determine la necesidad de dicho servicio, para la afiliada y NUEVA.E.P.S., debe regirse al criterio del profesional médico tratante quien al respecto será el responsable en determinar la pertinencia de cada procedimiento médico.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, en caso de que el despacho ordene tutelar los derechos invocados, solicita adicionar en la parte resolutive del fallo que en virtud de la Resolución 205 del 2020, se ordene a la administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva E.P.S., en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de prestación.

Una vez enunciados los antecedentes del caso y habiendo sido relacionado el acervo probatorio acopiado, procederemos a adoptar la decisión de fondo que en estricto derecho corresponda, previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

1. _ Competencia

Para esta casa judicial es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto – Ley 2591 de 1991 y el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer de la presente acción de tutela recae en este despacho.

2. _ Legitimación de las partes

El señor OSCAR ENRIQUE DURÁN MUEGUES, actuando como agente oficioso de su esposa la señora MARITZA CARRILLO CHINCHILLA, quien es la persona afectada con los presuntos actos omisivos de la entidad accionada, se encuentra legitimado para incoar la presente Acción de Tutela; mientras que NUEVA E.P.S., por ser la entidad a la cual el accionante le atribuye los actos omisivos que presuntamente vulneran los derechos fundamentales de su agniada, reúne los presupuestos de legitimidad para comparecer en calidad de accionada, dentro de este trámite tutelar.

3. _ Problemas jurídicos y esquema de resolución

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a este despacho determinar los siguientes aspectos: i). _ La procedencia de la acción, y, ii) En el evento de que la acción sea procedente, establecer si la entidad accionada NUEVA EPS, al no autorizar la cirugía Vitrectomía Facoemulsificación, y el tratamiento integral ocasionado por la cirugía, vulnera sus derechos fundamentales deprecados, y de ser así, adoptar las medidas de protección pertinentes.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta casa judicial procederá de la siguiente manera (1). _ Se determinará inicialmente la procedencia de la acción. (2). _ Se referirá a los derechos cuya protección se impetra. (3). _ Se referirá al régimen legal y jurisprudencia constitucional sobre la prestación por parte de la E.P.S. de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud. (4). _ Se abordará el caso concreto.

3.1. _ Procedencia.

La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, de carácter preferente y residual, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y en algunos casos por particulares cuando estos se encuentren en alguna de las siguientes condiciones: a). _ Cuando cumplan funciones públicas o que estén encargadas de la prestación de un servicio público. b). _

Cuando sus acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo; y c). _ Cuando el solicitante se hallé en estado de subordinación o indefensión respecto al particular. Se quiso limitar la procedencia de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que habiéndolo este no resulte eficaz en consideración a la situación particular que afronta el actor; o que se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso que nos interesa no advierte este aplicador de justicia que el tutelante disponga de otro medio judicial de igual eficacia para exigir la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados, de allí que se pueda pregonar de la acción incoada, su procedencia.

3.2. _ Derechos cuya protección se invoca

3.2.1. _ Derecho a la Vida. _ Aclarado lo anterior y como quiera que dentro de los derechos fundamentales cuya protección se impetra se encuentra precisamente el derecho a la vida, es procedente señalar que esta garantía entraña no solo la obligación del Estado y de los particulares de preservar la existencia de la persona humana, sino, que encierra además el imperativo deber de asegurar que esa existencia que se busca preservar, se encuentre rodeada de las condiciones mínimas para que se ajuste a los requerimientos por lo menos indispensables para satisfacer las necesidades generadas en razón, precisamente del hecho de existir, en condiciones de dignidad, entendida esta como un derecho fundamental cuyos titulares son únicamente las personas humanas, y que tiene un triple objeto de protección: i). _ La autonomía individual; ii). _ Las condiciones materiales para el logro de una vida digna, y iii). _ La integridad física y moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una persona excluida o marginada. En resumen, lo que protege el derecho a la dignidad humana es el derecho a vivir como se quiera, el derecho a tener una vida digna, y el derecho a vivir sin humillaciones. (Sent. T-881/02).

Ya sobre el mismo tópico había precisado el Alto Tribunal, en sentencia T-395 de 1.998, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, lo siguiente:

"(..) Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible (..)."

De igual manera ha determinado el Alto Tribunal que aunque en principio el Derecho a la Seguridad Social en Salud no constituye un derecho fundamental, de donde se podría colegir entonces que no es susceptible de ser amparado mediante la acción de tutela, de manera excepcional, cuando su amenaza o vulneración implica también la amenaza o vulneración de un derecho fundamental debido a la estrecha y directa relación que existe entre ellos, debe entenderse que el derecho protegido es un derecho fundamental por conexidad haciendo entonces viable su amparo mediante esta vía expedida, ágil y eficaz. (Sent. T-571/92). También adquiere la condición de fundamental de manera autónoma, cuando el afectado es un menor o una persona de la tercera edad.

Así las cosas, es dable precisar que la seguridad social y la salud tienen, de acuerdo con el orden constitucional, un doble carácter: por un lado, son servicios públicos a cargo del Estado, sujetos a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, de otro lado, son derechos irrenunciables de los habitantes en el territorio nacional. (arts. 48 y 49 C.P). En algunos casos la jurisprudencia constitucional ha entendido que la violación del derecho a la salud conduce a la vulneración de un derecho fundamental como la vida, la dignidad o el mínimo vital. En estos casos, a juicio de la Corte, los derechos a la salud y a la seguridad social pueden ser protegidos mediante la acción de tutela

3.2.2. _ El carácter fundamental del derecho a la seguridad social y a la salud.

En lo que atañe al derecho a la salud y a la seguridad social, La Constitución Política consagra, en su artículo 49, a la salud como un derecho constitucional y un servicio público de carácter esencial. De este modo, le impone al Estado la obligación de garantizar a todas

las personas la atención que requieran. Asimismo, consagra la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de promoción, protección y recuperación.

A partir de dicha disposición, la Corte Constitucional ha reconocido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental y *"comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud."*

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, estableció:

"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)."

Igualmente, la Observación General 14 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2000 expuso que el concepto de salud no se limitaba al derecho a estar sano ya que éste debe atender las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona, y los recursos con los que cuenta el Estado.

Respecto del principio de integralidad ha indicado que se encuentra consignado en el numeral 3° del artículo 153 y el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 y que impone la prestación médica continua, "la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. De igual manera ha sostenido que:

"(...) La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social (...)."

Ahora bien, en los casos que el galeno tratante no establezca el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud, "la protección de este derecho conlleva para el 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. De este modo, 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.

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

Así las cosas, esa Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos "indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad" de forma que se "garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona. Es necesario resaltar que esta obligación resulta prioritaria para el caso de las personas que son más vulnerables por sus condiciones físicas (niños y adultos mayores) o enfermos mentales. (Sent. T-036/13).

TC

En este orden de ideas conviene recordar que el derecho a la seguridad social fue definido por el artículo 48 de la Constitución Política como *"un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley"*, obligándose el Estado a *garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social"*.

Respecto de su carácter fundamental, la Corte ha reconocido que la satisfacción de su contenido, esto es, del derecho a la pensión y a la salud, implica el goce de las demás libertades del texto constitucional, la materialización del principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Empero, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no es suficiente para que proceda su amparo por medio de la acción constitucional de tutela. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos previstos en los niveles legislativos y reglamentarios dispuestos para su satisfacción, por cuanto *"algunas veces es necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación"*.

Así, es una obligación del Estado garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de acuerdo con las normas que lo regulan, por cuanto éstas son las que determinan específicamente las prestaciones exigibles y la forma de acceder a las mismas. Deber que correlativamente genera el derecho a los ciudadanos de exigir su cumplimiento en caso de vulneración o amenaza por medio de la acción constitucional de tutela.

La salud en la Constitución Política es definida, entre otras calificaciones, como un servicio público a cargo del Estado, un deber del ciudadano de procurar el propio cuidado integral, una garantía a todas las personas al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación (artículo 49), un derecho fundamental de los niños (artículo 44), un servicio garantizado a las personas de la tercera edad (artículo 46), una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (artículo 47), un bien constitucionalmente protegido en la comercialización de cosas y servicios (artículo 78) y un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme al principio de solidaridad social (artículo 95), de este modo, la salud constituye un pilar fundamental en el ordenamiento constitucional y ha sido reconocido por esa Corporación como un derecho fundamental susceptible de amparo por medio de la acción constitucional de tutela. El carácter fundamental del derecho a la salud radica en que al ser el individuo el centro de la actuación estatal y por ende al generarse frente al Estado la obligación de satisfacción y garantía de los bienes que promuevan su bienestar, la protección del derecho a la salud se constituye en una manifestación de bienestar del ser humano y por ende en una obligación por parte del Estado. Del mismo modo, el carácter fundamental del derecho a la salud se deriva al constituir su satisfacción un presupuesto para la garantía de otros derechos de rango fundamental. (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

El derecho a la salud ha sido definido por el Alto Tribunal 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; que implica a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación"* (Resalta el Juzgado).

Asimismo, bajo igual lógica de garantizar el bienestar máximo al individuo, se ha señalado que *"la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado; el cual se alcanza de manera progresiva"*. Así, la garantía del derecho a la salud incluye el mantenimiento y el restablecimiento de las condiciones esenciales que el individuo requiere para llevar una vida en condiciones de dignidad que le permitan el desarrollo de las diferentes funciones y actividades naturales del ser humano en el marco de su ejercicio del derecho a la libertad. El derecho a la salud se manifiesta en múltiples formas en relación con las cuales esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse y algunas de éstas fueron recopiladas en la sentencia de tutela T-760 de 2008. Entre los elementos que caracteriza el derecho a la salud pertinentes para la resolución de este asunto y sobre los

cuales esa Corte se ha pronunciado se encuentran los relacionados con la relación médico-paciente, el cambio de diagnóstico y de procedimiento para el tratamiento de una enfermedad, la continuidad y la integralidad de los servicios de salud, y el principio de no regresividad que gobierna la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales. Igualmente se puede afirmar que la continuidad y la integralidad constituyen dos principios esenciales del derecho a la salud. (Sent. T-603/10)

3.2.3_ De la Dignidad Humana (Jurisprudencia Corte Constitucional)

"PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Alcance y contenido de la expresión constitucional

La Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciados: (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.

DIGNIDAD HUMANA-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."

3. 3. _Normatividad legal y Jurisprudencia Constitucional sobre la prestación por parte de las EPS de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud.

El acceso a la Seguridad Social y a la Salud, es un derecho y a la vez es un servicio público que goza de especial protección por parte del Estado y es por ello que Nuestra Constitución Política en su artículo 48 dispone: "*La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. "Se garantizará a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)"*

La misma Carta Fundamental, señala en su artículo 49: "*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 (...)"*.

La Ley ha sido consecuente con este precepto constitucional, y es así como en desarrollo de éste fue expedida la Ley 100 de 1.993 que en sus artículos 3° y 4°, predica:

"(...) DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley (...)".

"(...) DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control esta a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)".

En su artículo 7° precisa:

"(...) **ÁMBITO DE ACCIÓN.** El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios, en los términos y bajo las modalidades previstos por esta ley (...)".

De igual manera en su artículo 159 impone a las EPS la obligación de garantizar a sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio de salud, en los siguientes términos: "1._ La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162, por parte de la Entidad Promotora de Salud Respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios adscritos 2._ ... (...)". La norma en comento, en su artículo 162 consagra los parámetros del Plan Obligatorio de Salud, de la siguiente manera:

"(...) **PLAN DE SALUD OBLIGATORIO.** El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan (...).

"(...) Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo de la presente Ley (...).

Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables (...)".

Se desprende entonces de la normatividad consultada que las EPS, se encuentran en la obligación de garantizarle a sus afiliados el acceso al servicio público de la Seguridad Social en Salud, el cual además, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte adquiere la connotación de un derecho fundamental autónomo, para lo cual ha de suministrar a sus afiliados los servicios que se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud, sin la necesidad de trámites especiales o complejos. Servicios estos que contemplan, entre otros, el suministro de medicamentos, procedimientos, hospitalización, exámenes, tratamientos y toda la atención que estos requieran para atender y tratar la patología que padezcan, a fin de superarla o minimizar sus efectos.

En lo que atañe a los casos en los cuales las EPS niegan a una persona determinado tratamiento, procedimiento, implemento médico o un medicamento específico por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha considerado que la acción de tutela procederá si se reúnen las siguientes condiciones: a)._ Que la falta del tratamiento, implemento, procedimiento o medicamento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales a La Vida, a la Integridad o a la Dignidad del interesado. b)._ Que no exista un medicamento, tratamiento o procedimiento sustituto o que, existiendo este, no obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos. c)._ Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido. d)._ Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, procedimiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud; y e)._ Que el tratamiento o medicamento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. "(...) *Excepcionalmente la tutela puede ser concedida, si la prescripción la hizo un médico particular, cuando debido a procedimientos administrativos de la ARS o EPS se vulneró el derecho al diagnóstico y el usuario tuvo que*

acudir a un médico externo (...) (Sent. T-835/05). (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

3.4. _ El caso concreto

En el evento que nos ocupa, del acervo probatorio acopiado SE advierte que la presente acción de amparo persigue que esta casa judicial ordene a la entidad accionada LA NUEVA E.P.S, a la cual se encuentra afiliada la paciente agenciada señora MARITZA CARRILLO CHINCHILLA, en el Régimen Contributivo, proceda a autorizar la cirugía Vitrectomía Facioemulsificación, y el tratamiento integral que requiera posterior a la intervención, ordenada por una médica especialista ajena a la red de servicios de la entidad.

La entidad accionada NUEVA E.P.S., al pronunciarse sobre los hechos de la solicitud, señala que a la paciente se le ha brindado todas las autorizaciones necesarias protegiéndole así su derecho a la salud. Alega que no observa órdenes médicas acerca de las peticiones que impetra la accionante y desconoce que se deba autorizar un servicio en el cual la accionante omitió aportar las fórmulas médicas donde se evidencie la necesidad de la misma, y que la empresa ha realizado todas las acciones pertinentes para el mejoramiento de su patología.

Ahora bien, analizado el compendio probatorio allegado a esta actuación se puede advertir que la paciente accionada es una persona con 59 años de edad, y se encuentra soportando graves quebrantos de salud debido a la patología que padece la cual es denominada: "Cataratas senil incipiente, degeneración de la mácula y del polo posterior del ojo, trastorno de la retina no especificado, agujero macular grado 4 od y disminución de la agudeza visual de ambos ojos", lo que la coloca en una doble situación de vulnerabilidad por su avanzada edad y por los padecimientos que la aquejan, de donde fluye que se hace acreedora a una protección reforzada, acorde con lo dispuesto en nuestra Carta Fundamental, no obstante no se evidencia que a esta se le hubiere prescrito por parte de los profesionales tratantes, adscritos a la red de prestadores de la EPS accionada, a la cual se encuentra esta vinculada, el procedimiento quirúrgico pretendido, consistente en Vitrectomía Facioemulsificación, sino por un profesional no adscrita a la misma, por lo que no le es factible a esta casa judicial ordenar a la EPS accionada, a la cual se encuentra vinculada la paciente en el Sistema de Seguridad Social en Salud, suministrarle o autorizarle dicho servicio, pues de hacerlo se estaría incurriendo en una actuación que no correspondería a lo ordenado por sus médicos tratantes.

En esa medida, dada la gravedad de la patología, la urgencia y la necesidad de la atención requerida por parte de la paciente accionante, se hace imperativo una actuación del juez constitucional, que se aproxime a la verdadera protección de los derechos fundamentales a la Vida en condiciones de Dignidad, Integridad Física, y Seguridad Social en salud, cuyo amparo invoca el demandante y con el objeto de garantizarle a esta su derecho al diagnóstico y que se le haga acreedora a la atención necesaria y suficiente para el manejo y tratamiento de su patología y habida consideración a la disimilitud existente entre los conceptos y procedimientos ordenados por su médico tratante adscrito a la EPS y la profesional no adscrita, considera este despacho que emerge la necesidad de que se proceda a realizarle a la paciente una nueva valoración por la especialidad en la materia, de su estado de salud, donde se establezca la pertinencia y de la cirugía, y de ser ordenada por sus médicos tratantes adscritos a la EPS, la cirugía a la que se contrae esta acción de tutela, se le autorice y realice, para lo cual se le ordenará al representante legal de la entidad accionada NUEVA E.P.S., en esta ciudad o en la ciudad a la que se encuentre adscrito este municipio, o a quien hiciere sus veces, que un término no superior a Cuarenta y Ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a ordenar valoración médica especializada de la paciente para determinar por especialistas en la materia, adscritos a esa EPS, la pertinencia de la cirugía Vitrectomía Facioemulsificación, prescrita por el médico particular de la paciente MARITZA CARRILLO CHINCHILLA, y en el evento de ser ordenada por los profesionales que realicen la valoración, se proceda, en el término de Cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la emisión del concepto médico o de haber sido prescrita, a autorizar el referido pedimento quirúrgico en la forma ordenada por estos, debiéndole suministrar la atención integral que requiera para el manejo y tratamiento de su enfermedad o patología,

REF: Acción de tutela promovida el señor OSCAR ENRIQUE DURAN MUEGUES actuando como agente oficioso de su esposa la señora MARITZA CARRILLO CHINCHILLA, en contra de SANITAS E.P.S. RAD. 200134089001-2021-00005-00.

garantizándole el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir con su tratamiento. Igualmente se le prevendrá para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron lugar a la presente acción de amparo.

RESUELVE:

Primero. **Conceder** el amparo tutelar a los derechos fundamentales a la Vida en condiciones de dignidad, Integridad Física y Seguridad Social en Salud, de la señora **MARITZA CARRILLO CHINCHILLA**, solicitado por el accionante señor OSCAR ENRIQUE DURÁN MUEGUEZ. En consecuencia, se le ordenará al representante legal de la entidad accionada **NUEVA E.P.S.**, en esta ciudad o en la ciudad a la que se encuentre adscrito este municipio, o a quien hiciere sus veces, que un término no superior a Cuarenta y Ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a ordenar valoración médica especializada de la paciente para determinar por especialistas en la materia o en el área, adscritos a esa EPS, la pertinencia y necesidad de la cirugía Vitrectomía Facoemulsificación, prescrita por el médico particular de la paciente señora MARITZA CARRILLO CHINCHILLA, y en el evento de ser ordenada por los profesionales que realicen la valoración, por considerarla pertinente y necesaria, se proceda, en el término de Cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la emisión del concepto médico o de haber sido prescrito, a autorizar el referido procedimiento quirúrgico en la forma ordenada por estos, debiéndole suministrar la atención integral que requiera para el manejo y tratamiento de su enfermedad o patología, garantizándole el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir con su tratamiento.

Segundo. Prevenir al Representante Legal de la entidad accionada, para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron origen a la presente acción de amparo.

Tercero. Notifíquese este fallo a las partes intervinientes por el medio más expedito (art. 16 del Decreto 2591 de 1991).

Cuarto. Contra esta decisión procede el recurso de impugnación. Si no fuere impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

ALGEMIRO DÍAZ MAYA
Juez