

1

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

Agustín Codazzi – Cesar, Octubre Veintinueve (29) de Dos Mil Veinte (2020).

REF: Acción de Tutela promovida por ALBA ROSA TURIZO DE DÁVILA en contra de CAJACOPI E.P.S Y LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR

Radicación No.: **200134089001-2020-00098-00**

ASUNTO A TRATAR

Aborrea el Despacho la labor de adoptar la decisión de fondo que en derecho corresponda, dentro de la Acción de Tutela promovida por la señora ALBA ROSA TURIZO DE DÁVILA, en contra de CAJACOPI E.P.S habiéndose vinculado como accionada a la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, en defensa de sus Derechos Fundamentales a la Dignidad Humana, Vida, Integridad Física, Igualdad y Seguridad Social en Salud, consagrados en los artículos 1, 11, 13, 48 y 49 de la Constitución Política, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes.....

ANTECEDENTES

La señora ALBA ROSA TURIZO DE DÁVILA, mediante solicitud radicada por Reparto en este Juzgado, depreca de esta agencia judicial la protección de sus Derechos Fundamentales a la Dignidad Humana, Vida, Integridad Física, Igualdad y Seguridad Social en Salud, consagrados en los artículos 1, 11, 13, 48 y 49 de la Constitución Política, pretendiendo para ello se ordene a la entidad accionada CAJACOPI E.P.S, lo siguiente **a).** _ Que de manera inmediata la vincule al servicio de asistencia médica en casa, se le asigne una enfermera o el equipo de profesionales que requiera para que la asista desde su residencia por el estado de vulnerabilidad en que se encuentra. **b).** _ Que de manera inmediata autorice las quimioterapias que requiere para evitar que el cáncer se expanda y adquiera fuerza. **c).** _ Que de manera inmediata otorgue los gastos de transporte y viáticos que necesita para asistir a las citas de control con el médico oncólogo que atiende en la ciudad de Barranquilla, junto con su acompañante por las veces que el médico lo requiera.

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

- Que se encuentra afiliada a la empresa prestadora de salud CAJACOPI E.P.S, y desde hace un tiempo ha venido padeciendo fuertes quebrantos de salud a raíz de un cáncer de mama.
- Que por recomendaciones del médico especialista y por recomendaciones de salud tuvo que ser remitida a la ciudad de Barranquilla el día 10 de Septiembre del presente año para que la operaran de urgencia.
- Que el día 19 de septiembre del presente año, fue intervenida quirúrgicamente en la clínica BONADONA PREVENIR de Barranquilla, donde le fue practicada CIRUGÍA ONCOLÓGICA DE INCISIÓN DE MAMA IZQUIERDA, donde le fue extraído el tumor cancerígeno.
- Que cuando le dieron de alta, el médico recomendó que se trasladara desde Barranquilla hasta su casa en Codazzi en ambulancia por su debilidad, pero la E.P.S nunca mandó la ambulancia a pesar de la insistente solicitud.
- Que al tener 4 días después de la orden de salida y sin ser a es de la ambulancia, entre familiares, vecinos y amigos hicieron una recolecta para hacer un carro que la fuera a buscar y traer a su casa.
- Que al estar en su casa tiene dificultades porque es avanzada en edad: está débil, no se puede mover sola ni hacer mayor esfuerzo, por lo que necesita la ayuda de algunos familiares y vecinos que la ayudan. Necesita una enfermera que la

acompañe en los cuidados médicos por lo menos hasta que se recupere los puntos y se sienta más recuperada.

- Que el día lunes 28 de Septiembre la ingresaron de urgencia y la remitieron a Valledupar porque tenía la hemoglobina muy baja, le hicieron transfusiones de sangre y se estaba gangrenando el drenaje, tuvieron que drenarlo y le enviaron curaciones diarias para evitar inflamaciones en la herida de más de 20 puntos de sutura.
- El médico ordenó un estudio patológico con el material que se fue drenado para determinar si en la cirugía que le hicieron, al retirar el tumor, este alcanzó a hacer metástasis o no hay gravedad.
- El resultado de la muestra tomada arroja 18 GANGLIOS LINFÁTICOS, 15 DE ELLOS COMPROMETIDOS POR LESIONES TUMORAL, C.D., METASTASIS, DIAMETRO MAYOR DE 1.4 CM, 7 DE ELLOS CON EXTENSIÓN EXTRADONAL 3 GANGLIOS LINFÁTICOS LIBRES DE LESION TUMORAL.
- Que [por] este resultado, advierte el médico que la atención es urgente, que debe lo más pronto realizarse unas quimioterapias para evitar que el cáncer se desarrolle nuevamente y adquiera fuerza, por lo que su salud sigue en riesgo, si no se actúa a tiempo.
- Próximamente tendrá cita con el especialista que la operó en Barranquilla para que revise cómo ha evolucionado, serán alrededor de 3 días o más dependiendo si hay complicaciones ya que la E.P.S no tiene contrato en Valledupar por ese motivo la tuvieron que remitir hasta allá para que la operen.

La accionante aportó como pruebas de sus asertos, las siguientes: a). _ Fotocopia de su cédula de ciudadanía. b). _ Copia de la Epicrisis N° 26724864 donde se encuentra la historia clínica. c). _ Copia del estudio patológico (Biopsia)

Por venir en legal forma la solicitud fue admitida mediante Auto de fecha 16 de Octubre de año 2020, requiriéndose a la Entidad Accionada CAJACOPI E.P.S., como también a la vinculada SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, para que en el término de dos (2) días contados a partir de la fecha de la notificación del presente fallo, se sirvieran rendir un informe sobre los hechos planteados por la peticionaria, por lo que se ordenó que la EPS accionada emitió respuesta a través de la señora MARE VILMAR GUÉVA como Coordinadora Seccional Cesar, Cesar mientras que la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, guardó absoluto silencio.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA CAJACOPI E.P.S.

Manifiesta la entidad accionada a través de la señora MARE VILMAR GUÉVA, en su condición de Coordinadora Seccional Cesar, que la usuaria ALBA ROSA GARCÍA DE DÁVILA, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social Régimen Subsidiado.

Indica que a la paciente se le ha brindado todas las autorizaciones necesarias protegiéndole así su derecho a la salud y hace una relación de todas las autorizaciones respecto a los servicios de enfermería. Alega que no observa órdenes médicas alguna de las peticiones que impetra la accionante y desconoce que se deba autorizar un servicio en el cual la accionante omitió aportar las formulas medicas donde se evidencia la necesidad de la misma, y que la empresa a realizado todas las acciones pertinentes para el mejoramiento de su patología.

Así mismo alega que en cuanto al HOME CARE se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud mediante Resolución 3512 de 2019, y refiere que los médicos tratantes no lo han ordenado en razón que son atenciones de cuidado personal, uso, control de las, y en cuanto al tratamiento integral aduce que la tutela no debe impartir órdenes.

Como petición especial, deprecia no acceder a la tutela porque no se ha vulnerado ningún Derecho Fundamental por acción o por omisión.

Anexa como pruebas diferentes autorizaciones de servicios.

Una vez enunciados los antecedentes del caso y habiendo sido examinado el caudal probatorio acopiado, procederemos a adoptar la decisión de fondo de acuerdo al 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 artículo 1º del Decreto 1382 de 2003 la competencia para conocer de la presente acción de tutela recae en este despacho.

2._Legitimación de las partes

La señora ALBA ROSA TURIZO DE DÁVILA, por ser la persona afectada por los presuntos actos omisivos de la entidad accionada se encuentra legitimada para interponer la presente acción de tutela; mientras que CAJACOPI E.P.S., por ser la entidad demandada la accionante le atribuye los actos omisivos que presuntamente vulneran sus derechos fundamentales, como también la vinculada SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, reúnen los presupuestos de legitimidad para comparecer en calidad de accorramos, 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 caso de que la acción sea procedente, establecer si la entidad accionada CAJACOPI E.P.S. tiene autorización a la paciente, ALBA ROSA TURIZO DE DÁVILA, las quimioterapias requeridas para el cáncer que padece, al no entregarle los viáticos consistentes en transporte, alimentación y hospedaje en la ciudad de Barranquilla, Atlántico, e igualmente al no autorizarle el Home Care diario para la realización de las curaciones, vulnera sus derechos fundamentales cuya protección se invoca, 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 de tutela referente a los derechos cuya protección se impetra. (3)._ Se referirá al régimen que la 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)._ Abordaremos la normativa y la jurisprudencia constitucional respecto a la concesión de viáticos para el paciente y un acompañante. (5)_ Se hará alusión a La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia. (6)._ 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 al derecho afectado; y c). Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o dependencia respecto al particular. Se quiso limitar la procedencia de esta acción a la ausencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho que se alega, pero este no resulta 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 prever de la acción incoada, su procedencia.

3.2._ Derechos cuya protección se invoca

3.2.1._ 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 de los particulares de preservar la existencia de la persona humana, sino, que encierra 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 mínimos indispensables para satisfacer las necesidades generadas en razón, precariedad 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 lograr 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 es 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 de 1998, 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 persona 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 no procede 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 excepcional 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. Por otro lado, son derechos irrenunciables de los habitantes en el territorio nacional (art. 48 y 49 C.P.). En algunos casos la jurisprudencia constitucional ha entendido que la vulneración 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 certeza que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de promoción, prevención y recuperación.

A partir de dicha disposición, la Corte Constitucional ha reiterado, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental y *"como tal implica una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizarlo en el 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 3º del artículo 153 y el literal c) del artículo 156 de la Constitución 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 afiliados al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad afecte su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, cubren todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, procedimientos de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como el apoyo permanente 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 buenas condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por los entes de salud encargados 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 determinación de 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 para 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 constitucional, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante prestaciones futuras e inciertas.

Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado tratándose de: "(i) sujetos de especial protección constitucional (menores, ancianos, mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros)" y de "(...) personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe proporcionar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas no 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 por 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 cuales 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)

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 acceso inderogable a la seguridad social".

Respecto de su carácter fundamental, la Corte ha reconocido la importancia de su contenido, esto es, del derecho a la pensión y a la salud, implicados en todas las demás libertades del texto constitucional, la materialización del principio de 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 del 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 construyen dos principios esenciales del derecho a la salud. (Sent. T-603/10)

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 1993 que en sus artículos 2º y 3º establece:

"(...) **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 corresponde al Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y modalidades 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 7º 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 Prestadora de Salud Respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios adscritas (...)" 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 en 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 cobertura integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción, fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad de los casos (...)"

"(...) 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 163 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 2001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel de atención 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 atención de acuerdo a los años de vida saludables (...)"

Se desprende entonces de la normatividad consultada que además de encontrarse en la obligación de garantizarle a sus afiliados el acceso al servicio de salud de la Seguridad Social en Salud, el cual además, conforme al precedente jurisprudencial, adquiere la connotación de un derecho fundamental autónomo, para lo cual debe administrar 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 incluyen, 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. Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, procedimiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud. d) Que el tratamiento o medicamento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la Entidad 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 los procedimientos administrativos de la ARS o EPS se vulneró el derecho al diagnóstico, el usuario tuvo que acudir a un médico externo (...)". (Sent. T-835/05). (Negrillas y cursivas en el texto original).

3.4. Normativa y jurisprudencia constitucional respecto a la Concesión de viáticos, los cuales comprenden alojamiento, alimentación, transporte interno e interdepartamental de ida y regreso para la paciente y un acompañante.

La Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016, en el artículo 26 del citado acto administrativo, establece:

"TÍTULO V TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES

ARTÍCULO 126. TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES. El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC cubre el traslado acuático, aéreo o terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

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

2 Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución receptora. 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 área geográfica 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 domiciliar si el médico así lo prescribe.

ARTÍCULO 127. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos que cobren la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

PARÁGRAFO. Las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando estos en su

municipio de residencia la Entidad Promotora de Salud (EPS) o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. 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."

En ese orden de ideas, el servicio de transporte se encuentra incluido en el POS y por tanto, se hace exigible mediante traslado acuático, aéreo y terrestre, a través de ambulancia básica o medicalizada, cuando se necesite para movilizar a los pacientes que requieran servicios de urgencia; desplazarse entre instituciones prestadoras de salud dentro del territorio nacional para recibir la atención de un servicio no disponible en la institución prestadora, lo que igual sucederá en los casos de contrarreferencia; atención domiciliar por el médico así lo prescriba; y trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios, cuando existiendo estos en el municipio de su residencia la EPS o los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. A su vez, se contempla la posibilidad de acceder a un medio de transporte diferente a la ambulancia, cuando sea necesario para acceder a un servicio incluido en el POS no disponible en el municipio de residencia del paciente.

Frente a este tema, la Corte Constitucional ha identificado situaciones en las que el servicio de transporte o traslado de pacientes no está incluido en el POS. Los procedimientos médicos asistenciales son requeridos con necesidad por parte de los usuarios del sistema de salud. En tales escenarios, la Corporación ha sostenido que el servicio de transporte se constituye en el medio para que las personas accedan a los servicios de salud necesarios para su rehabilitación en los casos en que el servicio no se puede obtener en el lugar de residencia del paciente cuya responsabilidad recae sobre él mismo o su familia. Pese a ello, ha establecido que dicha responsabilidad se adscribe al usuario cuando estos no tengan la capacidad económica de asumirlo. Al respecto, la Corte Constitucional (C-16A de 2013):

"Si bien el transporte y el hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que el paciente o sus familiares financien los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le presta la atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones con capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado"

Atendiendo esta línea argumentativa, este Despacho encuentra que las EPS tienen la obligación de garantizar el transporte, además por estar cubiertos en el POS cuando: "(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario"

3.5._ La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia.

"(...) 4.1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud regulado en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

4.2. En relación con las prestaciones que dicho sistema asegura a sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado "Plan de Beneficios en Salud" en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una "alternativa a la atención hospitalaria institucional" que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de "servicio de enfermería" constituye una especie o clase de atención domiciliaria que supone la asistencia de un profesional cuyos costos económicos resultan

imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su costo depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta inherente ajena.

4.3. En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que consiste en el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de discapacidad para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente los conocimientos calificados de un profesional en salud.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en este sentido, no puede ser catalogado como de médico, esta Corte ha entendido que, aunque en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador, por el cual se evidencia que este tipo específico de "servicio o tecnología" se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016 estableció el procedimiento para que, cuando se ordenen servicios complementarios, sea por parte de la autoridad de recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, la autoridad territorial correspondiente. A pesar del establecimiento de las exclusiones explícitas, el sistema le ha dado a este servicio el tratamiento de aquellos que no se financian con cargo a la UPC y, por tanto, habrán de ser recobrados al fondo o autoridad territorial correspondiente.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esta Corte a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentra explícitamente excluido, se halle incluido.

No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de que exista una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son ejercidas en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que derivan de la solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculo.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad, conlleva a su vez las obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o utilidad.

En Sentencia T-801 de 1998, se expresó que: "En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir mas allá de las desventajas personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)".

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas

a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.

Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales; (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve **imposibilitado materialmente** para otorgarlas y dicha situación se genera por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado.

Se subraya que para efectos de consolidar la "imposibilidad" antes referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea (a) por su aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir las necesidades básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos para su subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los familiares encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para cubrir el costo de contratar la prestación de ese servicio.

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en los que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio.

4.4. En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de "enfermería" se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y (ii) en lo relacionado con la atención en el hogar, esta Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio, debe ser otorgado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se ve materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado garantizar la atención y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la paciente, artículo 065 de 2018.

3.6._ El caso concreto

En el evento que nos ocupa, del acervo probatorio acopiado en el expediente se advierte que la presente acción de amparo persigue que la entidad accionada CAJACOPI EPS, a la cual se encuentra afiliada la accionante: **a).**_ De manera inmediata autorice el servicio de asistencia médica en casa, se le asigne una enfermera o enfermeras profesionales que requiera para que la asistan desde su residencia por el estado de vulnerabilidad en que se encuentra. **b).**_ De manera inmediata autorice las quimioterapias que requiere para evitar que el cáncer se expanda y adquiera fuerza; y, **c).**_ De manera inmediata le suministre los gastos de transporte y viáticos que necesita para asistir a las citas de control con el médico oncólogo que la operó en la ciudad de Barranquilla, junto con su acompañante por las veces que el médico le requiera.

La entidad accionada CAJACOPI EPS, 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 y hace una relación de todas las autorizaciones otorgadas a los servicios de enfermería. Alega que no observa órdenes médicas acerca de los servicios que impetra la accionante y desconoce que se deba autorizar un servicio de enfermería en el hogar. La accionante omitió aportar las formulas medicas donde se evidencian las necesidades de la paciente, y que la empresa a realizado todas las acciones pertinentes para el tratamiento de su patología. Así mismo alega que en cuanto al HOME CARE se encuentra regulado en el Plan Obligatorio de Salud mediante Resolución 3512 de 2019, y refiere que los médicos no lo han ordenado en razón que son atenciones de cuidado personal, no es un servicio médico, y en cuanto al tratamiento integral aduce que la tutela no debe impartir órdenes.

Ahora bien, analizado el compendio probatorio allegado a esta acción, se puede advertir que en efecto la paciente accionante es una persona de 79 años de edad, y se encuentra

soportando quebrantos de salud derivados de las patologías que padece, entre otras, consistente en "Carcinoma Ductal Infiltrante de Mama Izquierda moderadamente diferenciado grado II/III e Hipertensión arterial crónica, 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 alguno de los profesionales de la medicina tratantes, el servicio de Home Care o asistencia médica en su residencia con acompañamiento de enfermería, como tampoco la prescripción de quimioterapias, por lo que no le es factible a esta casa judicial ordenar a la EPS accionada, a la cual se encuentra adscrita la paciente en el Sistema de Seguridad Social en Salud, suministrarle o autorizarle dicho servicio y tratamiento terapéutico, pues de hacerlo se estaría incurriendo en una actuación que no correspondería a lo ordenado por sus médicos tratantes, sin embargo, de lo que sí hay evidencia en este trámite constitucional, es de que a la paciente el día 19 de Septiembre del cursante año, si le fue practicada en la Clínica Bonnadona Prevenir de la ciudad de Barranquilla, a la cual fue remitida debido a la naturaleza de su patología, el procedimiento consistente en CIRUGÍA ONCOLÓGICA DE INCISIÓN DE MAMA IZQUIERDA, MASTECTOMÍA RADICAL donde le fue extraído el tumor cancerígeno y que en razón a ello, el día 23 del mismo mes y año, le fue ordenada cita con resultados de patología por uno de sus médicos tratantes, doctora CARLA LUBO M, no obstante, habiendo transcurrido un término aproximado de 40 días desde que se le realizó el procedimiento, aún la EPS accionada no ha dispuesto lo necesario para programarle la cita de control a la paciente, manteniéndola en un estado de iniquidad y desatención, lo que desde luego coloca en grave riesgo no solo su salud sino su propia existencia.

En esa medida, dada la gravedad de la enfermedad, 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, cuya amparo invoca la demandante, para lo cual se le ordenará al representante legal de la entidad accionada CAJACOPI EPS, 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 esta tutela, si aún no lo hubiere hecho, proceda a ordenar la valoración de la paciente accionante doctora ALBA ROSA TURIZO DE DÁVILA, por un profesional de la medicina adscrito a esa EPS en esta ciudad, a fin de establecer si la paciente requiere el servicio de Home Care o asistencia médica en su residencia con acompañamiento de enfermería, y en el evento de ser así, proceda, una vez emitido el concepto del médico tratante, a suministrarle dicho servicio en la forma y términos ordenados por el referido profesional. Igualmente se le ordenará al representante legal de la entidad accionada CAJACOPI EPS que en el mismo término proceda a adelantar la actuación necesaria para que se le asigne a la paciente, la cita de control ordenada por la médico tratante de la Clínica Bonnadona - Prevenir de la ciudad de Barranquilla, a la que se contrae esta acción de tutela y una vez realizado lo anterior, dentro de las Cuarenta y Ocho (48) horas siguientes a la asignación de la cita, proceda a suministrar a esta y a un acompañante, los gastos por concepto de viáticos (transporte ida y regreso a la ciudad de Barranquilla, transporte interno, hospedaje y alimentación en dicha ciudad) necesarios para acudir a la referida cita y recibir la atención ordenada. Adicional a ello se le ordenará que deberá continuar prestándole a la paciente la atención o tratamiento integral que requiera para el manejo y tratamiento de su enfermedad, garantizándole el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir con su tratamiento, pudiendo repetir lo pagado por concepto de la atención brindada, y que se encuentre fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS), y que en razón a la normatividad vigente no le corresponde asumir, en contra de la Secretaria de Salud Departamental del Cesar, por ende los recursos del Sistema General de Participaciones en lo no cubierto por subsidios de demanda, o a la entidad que le corresponda asumir esta carga, de conformidad con las reglas de recobro fijadas por la Ley. De la misma manera se le prevendrá para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron lugar a la presente acción de tutela.

