

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
AGUSTÍN CODAZZI – CESAR
J01prmpalcodazzi@cendoj.ramajudicial.gov.co
Calle 18 No. 13-07 Barrio Machiques. Tel: 035-5766077**

Agustín Codazzi – Cesar, Julio Diecinueve (19) de Dos Mil Veintiuno (2.021).

REF: Acción de Tutela promovida por la señora KEYLIS ANDREA FLÓREZ CALDERÓN, en representación de su hija NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, en contra de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR "CAJACOPI EPS", DEL ATLÁNTICO. Vinculados: LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO.

Radicación No: 200134089001-2021-00181-00

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 promovida por KEYLIS ANDREA FLÓREZ CALDERÓN, en representación de su hija NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, en contra de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ATLÁNTICO "CAJOPI EPS", habiéndose vinculado a la misma también en calidad de accionada a LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO, en defensa de los derechos fundamentales de su agenciada, de Petición y a la Salud, habiéndose observado por el despacho una posible violación al derecho a la Vida en condiciones de dignidad, consagrados en los artículos 1, 11, 23 y 48 de la Constitución Política, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes...

ANTECEDENTES

Correspondió a este despacho, por reparto, la presente acción de tutela promovida por la señora KEYLIS ANDREA FLÓREZ CALDERÓN, en representación de su hija NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, en defensa de los derechos fundamentales de su representada de Petición y a la Salud, pudiéndose identificar también como posible derecho fundamental vulnerado, el de la Vida en condiciones de dignidad, consagrados en los artículos 1, 11, 23 y 48 de la Constitución Política, pretendiendo para ello, se ordene lo siguiente: **1.)** _ Que la Caja de Compensación Familiar del Atlántico autorice y realice la cirugía reconstructiva de pie derecho, mas tenotomía, mas transferencia tibial anterior, más osteotomía del calcáneo medializadora, mas alargamiento miotendinoso del Tendón de Aquiles derecho, sea priorizada y programada para que se lleve a cabo en el menor tiempo posible.

La accionante finca su solicitud en los hechos que podemos enunciar de la siguiente manera:

- Que el día 25 de marzo de 2021 radicó, ante la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ATLANTICO, un derecho de petición solicitando la priorización de programación de la cirugía de su hija y hasta la fecha nunca recibió respuesta alguna por parte de la EPS, de la petición presentada.
- Que, ante la EPS solicitó que la cirugía reconstructiva de pie derecho, con múltiples tenotomías, transferencia tibial anterior, osteotomía del calcáneo medializadora, frosd, alargamiento miotendinoso del Aquiles derecho, fuese programada.
- Que son más de ocho meses que lleva esperando que sea programada la cirugía de su hija, ya que le impide la patología desarrollar un estilo de vida normal.
- Que el anestesiólogo dió su concepto donde indicó, que su hija estaba apta para la cirugía.
- Que desde el 5 de Abril del año en curso, se realizó todos los exámenes correspondientes para la cirugía y todos salieron en óptimas condiciones para su hija.

- Que la no programación de la cirugía por parte de la EPS, puede generar que se venzan los exámenes y eso puede retrasar aún más la cirugía.
- Que cada día la niña siente mucho dolor, y no puede desarrollar su vida cotidianamente, debido a la negligencia de la EPS.

La Accionante aportó como pruebas de sus asertos, las siguientes: a). _ Copia de su cédula de ciudadanía. b). _ Copia de la Tarjeta de Identidad de NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ. c). _ Copia de Derecho de Petición presentada a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ATLÁNTICO. d). _ Copia de Exámenes realizados a la menor. e). _ Copia de Historia Clínica de Anestesiología. f). _ Copia de la Historia Clínica de Ortopedia.

Por venir en legal forma la solicitud fue admitida mediante auto adiado el 6 de Julio del cursante año, requiriéndose a la entidad accionada, CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ATLÁNTICO y a las vinculadas, CAJACOPI E.P.S. Y LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO, 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 la peticionaria, habiendo estas cumplido con dicha carga procesal.

CONTESTACIÓN DE CAJACOPI E.P.S.

La señora MARELVIS CARO CUEVA, en su condición de Coordinadora Seccional Cesar, en respuesta a la primera y segunda pretensión, alega que Cajacopi eps, solicita declarar improcedente la acción de tutela, considerando que la EPS, no ha vulnerado derecho fundamental alguno del afiliado, pues en ningún momento se ha negado el suministro de ningún servicio que requiera el accionante.

Agrega que la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR "CAJACOPI" ATLÁNTICO, no ha negado ninguno de los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes, todos esos servicios han sido autorizados y recibidos por el accionante e informan que se ha cumplido como se puede demostrar la EPS, ha brindado cabal cumplimiento a su orden, el acatamiento de las prescripciones, tratamiento y conceptos médicos.

Señala además que la cirugía fue programada para el día 15 de Julio de 2021 a las 08:00 a.m, con el doctor Wilfrido Ochoa Anichárico, haciendo mención de tres autorizaciones de servicios. Una para la cirugía reconstructiva, y las otras dos para consulta de control y seguimiento con especialista en anestesiología.

Concluye solicitando declarar carencia de hecho la presente acción y cita la Sentencia T-094-2014, en donde se decanta el concepto del hecho superado y que se declare carencia por hecho superado.

CONTESTACIÓN DE LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO.

La entidad accionada a través de la Doctora CAROLINE FARFAN CARREÑO como apoderada de la Secretaria de Salud del Atlántico manifiesta que, que verificada la base de datos certificada ADRES, se pudo observar que la menor accionante NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLOREZ aparece registrada como Población en la Jurisdicción del Departamento de Cesar – Municipio de Codazzi, y no del Departamento del Atlántico. La menor accionante se encuentra Asegurada dentro del sistema general de seguridad social en salud como Afiliado al Régimen Subsidiado a través de CAJACOPI EPS – Departamento de Cesar – Municipio de Codazzi y su estado es Activo, por consiguiente, de acuerdo con lo esbozado en la tutela, como quiera que la accionante se encuentra registrada en el Dpto de Cesar – Municipio de Codazzi y así mismo asegurada en el régimen subsidiado a través de CAJACOPI EPS (como consta en la base de datos certificada ADRES), siendo el Departamento y/o municipio la entidad territorial competente y responsable del aseguramiento al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto en el Régimen Subsidiado, como en el Régimen Contributivo en su respectiva jurisdicción acorde a lo establecido en la Ley 715 de 2001, artículo 44., y que a CAJACOPI, le corresponde garantizar la atención en salud de su usuario tal como lo establece el Literal e del artículo 156 y el 177 de Ley 100 de 1993.

Alega que tomando en consideración las competencias legales establecidas en la Ley 715 de 2001, la Secretaría de Salud del Departamento del Atlántico, no es la entidad competente para absolver la solicitud de prestación de servicio requerida, dado que, la accionante no reside dentro de la jurisdicción del Departamento del Atlántico y por tanto, la entidad responsable de garantizar la prestación del servicio de salud de la accionante, es la respectiva EPS a la que está afiliada o en su defecto el Departamento y/o municipio de su jurisdicción. Así mismo, la accionante no ha sido atendida con cargo al Departamento del Atlántico – Secretaría de Salud Departamental por lo tanto, no se encuentra a cargo de las entidades antes mencionadas, por lo que la acción Constitucional deviene en improcedente, toda vez que se encuentra bajo la figura de falta de legitimación en la causa por pasiva.

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 1° del Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer de la presente acción de tutela recae en este despacho.

2._Legitimación de las partes

La señora KEYLIS ANDREA FLÓREZ CALDERÓN, por ser la representante de su hija menor NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, quien es la persona afectada con los presuntos actos omisivos de las entidades accionadas, se encuentra legitimada para incoar la presente Acción de Tutela; mientras que la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ATLÁNTICO CAJACOPI EPS", por ser la entidad a la cual la accionante le atribuye los actos omisivos que presuntamente vulneran sus derechos fundamentales, y LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO, por haber sido vinculadas a esta actuación como accionadas, reúnen los presupuestos de legitimidad para comparecer en calidad de accionadas, 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 CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ATLÁNTICO "CAJACOPI EPS", al no autorizar y realizar a la menor NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, la cirugía reconstructiva de pie derecho, más tonotomía, más transferencia tibial anterior, más osteotomía del calcáneo medializadora, más alargamiento miotendinoso del tendón de Aquiles derecho, prescrita por su médico especialista tratante, vulnera sus derechos fundamentales a la Vida en condiciones de dignidad, Petición y Seguridad Social en Salud, cuyo amparo 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. (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.

Respecto a la procedencia de la acción de tutela es dable aclarar que ésta al ser elevada a precepto constitucional por el Constituyente de 1991, ha sido concebida como un medio de defensa, ágil, eficaz, preferente, residual y sumario de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y en algunos casos por los 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 halle en estado de subordinación o indefensión respecto al particular.

En razón de lo anterior Nuestra Carta Política en su artículo 86 dispone:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

Se le quiso dar a esta herramienta constitucional un efecto inmediato y subsidiario al limitar su procedencia a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que, habiéndolo, esta se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Quiere lo anterior significar que la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección de los derechos fundamentales que procede *i)* cuando el afectado no dispone de otro instrumento para su restablecimiento, *ii)* en caso de que el previsto no resulte eficaz, en consideración a la situación particular que afronta el actor y *iii)* siempre que la intervención transitoria del juez de amparo resulte necesaria, para evitar o al menos mitigar un perjuicio irremediable.

En el caso bajo estudio el Despacho no observa la existencia de otro medio eficaz de defensa que le permita al accionante obtener la protección del derecho presuntamente vulnerado, por lo tanto es factible 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 (.)."

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 3º 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).

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).

3.3. _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).

Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia.

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón, se deben orientar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

Al respecto, en Sentencia T-617 de 2000[17], esta Corporación manifestó:

*“(...) En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, **no solo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas**”(Negrilla por fuera del texto).*

De la misma manera, este tribunal constitucional mediante Sentencia T-224 de 1997[18], reiteró que: *“el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anomalías en la salud, aun cuando **no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad**”(Negrilla por fuera del texto).*

Lo anterior, obedece a que la enfermedad no solo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar las habilidades funcionales, mentales y sociales del paciente.

De esa manera, en aquellos casos en los que científicamente no se pueda obtener la recuperación del estado de salud del paciente por el complejo cuadro clínico que presenta, se debe propugnar, por todos los medios, a garantizar el nivel de vida más óptimo a través de la totalidad de los elementos y tratamientos que se encuentren disponibles, pues con ocasión de sus enfermedades son fácilmente expuestos a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, los cuales, aunque no persigan el completo y eficaz restablecimiento del paciente, sí resultan paliativos para sus difíciles condiciones, pues por medio de ellos se les brinda una calidad de vida con un mínimo de dignidad.

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, estableció que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. Así, en caso de existir duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Conforme a lo expuesto, resulta claro que se deben suministrar todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos que requiera el paciente, cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana. Una actuación contraria desconoce los postulados constitucionales y los pronunciamientos de esta Corte en los que se ha indicado que no se debe prestar un servicio que permita la mera existencia de la persona, sino que, además, le asegure unas condiciones de dignidad a pesar de sus irreversibles padecimientos.

Precisamente, en la Sentencia T-899 de 2002[19], la Corte señaló:

"(...) En segundo lugar, porque el derecho a la vida, como lo ha establecido esta Corporación implica el reconocimiento de la dignidad humana, es decir, no se trata de la mera existencia, sino de una existencia digna, en la cual se garanticen las condiciones que le permitan al ser humano desarrollar en la medida de lo posible sus facultades."

3.4._ El caso concreto.

En el evento que nos ocupa, del acervo probatorio acopiado el despacho advierte que la presente acción de amparo persigue que la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ATLÁNTICO "CAJACOPI EPS", proceda autorizar y realizar la Cirugía reconstructiva de pie derecho, con Múltiples Tonotomías, Transferencia del Tibial Anterior, Osteotomía del Calcáneo Medializadora, Frosd, Alargamiento Miotendinoso del Tendón de Aquiles Derecho, a la menor NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, ordenada por su médico tratante especialista en el área de ortopedia doctor Wilfredo Ochoa Anichárico, aclarándose que la paciente se encuentra afiliada en salud, en el Régimen Subsidiado a CAJACOPI E.P.S. y está adscrita a la jurisdicción del Departamento del Cesar, mas no en el Atlántico como alega la accionante.

Ahora bien, muy a pesar de que la señora representante de la entidad accionada al pronunciarse sobre los hechos de la presente solicitud constitucional manifiesta que la misma procedió a emitir las autorizaciones de servicios a fin de realizar el procedimiento quirúrgico a la paciente agenciada, habiéndose programado la cirugía para el día 15 de cursante mes y año, por lo que considera no haber vulnerado derechos fundamentales a esta, este despacho mediante comunicación telefónica sostenida por el señor sustanciador doctor FELIPE CABANA TOLOZA, con la accionante señora KEILYS ANDREA FLÓREZ CALDERÓN, y tal como emana de la constancia insertada por este, pudo constatar que, contrariamente a lo afirmado por la demandada, aún no se le ha realizado a la paciente

agenciada, por la falta de insumos, el procedimiento requerido y que fuera ordenado por su médico especialista tratante, necesario para el manejo y tratamiento de su patología, traduciéndose la desidia de la entidad accionada en una flagrante amenaza y vulneración de los derechos fundamentales a la Vida en condiciones de dignidad y a la Seguridad Social en Salud, entendida la primera prerrogativa no solo como la garantía que entraña 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, no obstante la EPS accionada al no asegurarse de que se realice la cirugía o procedimiento ordenado por su médico tratante especialista en el área de ortopedia, a la que se contrae esta acción de amparo, a la menor agenciada NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, desconoce la normatividad vigente, el mandato constitucional y la Jurisprudencia Constitucional que nos obliga a darle a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta por padecer grave desmedro de su salud y por su condición de menor, como en este evento, una protección especial y reforzada, omisión esta que, además de mantener a la afectada en un completo e injustificable estado de iniquidad, se traduce en una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales antes anotados, cuya protección es deprecada, haciendo procedente la concesión del amparo solicitado, razón por la cual se le ordenará al señor representante legal de la entidad accionada CAJACOPI E.P.S, en esta ciudad, o en la ciudad a la que se encuentre adscrito este municipio, o a quien haga sus veces, que en un término prudencial no superior a Quince (15) días, contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a autorizarle y realizarle a la paciente NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, Cirugía reconstructiva de pie derecho, con Múltiples Tonotomías, Transferencia del Tibial Anterior, Osteotomía del Calcáneo Medializadora, Frostd, Alargamiento Miotendinoso del Tendón de Aquiles Derecho, a la menor NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, ordenada por su médico tratante especialista en el área de ortopedia, a la que se contrae esta acción constitucional, asegurándose de que exista la disponibilidad de los insumos, necesarios para la realización del procedimiento. De la misma manera deberá continuar prestándole a la paciente la atención o tratamiento integral que requiera para el manejo y tratamiento de su patología, garantizándole el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para el manejo y tratamiento de su patología. Igualmente se le propondrá para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron origen a la presente acción de amparo.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO MUNICIPAL DE AGUSTÍN CODAZZI - CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

Primero._ Conceder el amparo tutelar de los derechos fundamentales a la Vida en condiciones d dignidad y Seguridad Social en Salud de la paciente **NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ** .__ En consecuencia se ordena al Representante Legal de la entidad accionada **CAJACOPI EPS-S**, en esta ciudad, o en la ciudad a la que se encuentre adscrito este municipio, o a quien haga sus veces, que en un término prudencial no superior a Quince (15) días, contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a autorizarle y realizarle a la paciente NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, Cirugía reconstructiva de pie derecho, con Múltiples Tonotomías, Transferencia del Tibial Anterior, Osteotomía del Calcáneo Medializadora, Frostd, Alargamiento Miotendinoso del Tendón de Aquiles Derecho, a la menor NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, ordenada por su médico tratante especialista en el área de ortopedia, a la que se contrae esta acción constitucional, asegurándose de que exista la disponibilidad de los insumos necesarios para la realización del procedimiento. De la misma manera deberá continuar prestándole a la paciente la atención o tratamiento integral que requiera para el manejo y tratamiento de su patología, garantizándole el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para el manejo y tratamiento de su patología.

REF: Acción de Tutela promovida por la señora KEYLIS ANDREA FLÓREZ CALDERÓN, en representación de su menor hija NEILYS SHAIRITH TRESPALACIOS FLÓREZ, en contra de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ATLÁNTICO "CAJAOPI EPS". Vinculados: LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO. Radicación No: 200134089001-2021-000181-00

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