

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO

Socorro, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintidós (2022)

REF: ACCIÓN DE TUTELA propuesta por ANA ELVIA ARDILA PINTO, como agente oficioso de su esposo LUIS ALFONSO LUQUERNA, en contra de la NUEVA EPS. RADICADO 2022-009.

Como Juez constitucional, se entra a decidir la solicitud de amparo elevada dentro del trámite referenciado, teniendo en cuenta para ello los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1.1. Hechos:

Como supuestos de hecho del amparo impetrado, de forma sucinta la accionante señala lo siguiente:

Dice que su esposo tiene 58 años, y según diagnóstico presenta enfermedad renal crónica, con injuria renal aguda secundaria a insuficiencia cardiaca congestiva, también tiene atrofia renal bilateral severa, y se encuentra en terapia dialítica desde el pasado 11 de agosto de 2020, la cual se viene realizando hasta la fecha; y que igualmente presenta diabetes mellitus 11 en tratamiento con 20 unidades de insulina, sumado a que sufre de hipertensión arterial.

Que debido a estas enfermedades le han declarado la pérdida de sus riñones, razón por la cual viene siendo atendido por Nefrología en donde le han manifestado que requiere con urgencia trasplante de riñón, y la Dra. MARIA ELIZABETH ARDILA Internista Nefrólogo ordenó remitirlo para grupo de trasplante, y en la consulta del día 2 de agosto de 2021, se ordena realizar todos los exámenes y así iniciar preparación para gestionar ante la EPS el trasplante de riñón, y el 10 de septiembre es atendido por la Dra. MARGARITA OLARTE BARAJAS de Trabajo Social de la Unidad Renal CEDIT SAS, quien deja claro que al paciente se le ordenaron todos los exámenes necesarios para presentar ante la EPS para el trasplante.

Agrega que llevan seis meses realizando exámenes en Socorro y Bucaramanga, han gastado mucho dinero y la EPS no contesta para saber cuándo es el procedimiento del trasplante de riñón, y les preocupa que cuando ordenen el trasplante, ya no sirvan los exámenes que se tomó su esposo, lo cual, los perjudicaría económicamente y se pone en riesgo la vida de su esposo, su calidad de vida.

Expone que el 21 de febrero de 2022, en la Unidad Renal, le ayudaron a comunicarse con el grupo de trasplante, 1a Coordinadora de estos trámites en la NUEVA EPS, manifestó que le habían remitido la información a la IPS encargada de la valoración para el trasplante y que les estarían informando la fecha de la cita para realizar la valoración y así poder dar trámite a la realización del procedimiento, pero le preocupa que pasan y pasan los días y no se recibe comunicación y eso los ha llevado a presentar esta acción de tutela, para que se protejan los derechos de su esposo.

1.2. Derechos conculcados y peticiones:

Conforme al escrito de tutela, la accionante solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y dignidad humana, y en consecuencia, se ordene a la accionada le realicen el trasplante de riñón a su esposo LUIS ALFONSO LUQUERNA SANABRIA, con carácter urgente, para salvaguardar su salud y por ende la Vida.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1 Admisión y notificación:

Mediante auto de fecha cuatro (4) de marzo del año en curso, se avocó su conocimiento en primera instancia, dándosele traslado a la NUEVA E.P.S. con el fin de que ejerciera el derecho de defensa que le asiste y presentara las pruebas que quisieran hacer valer.

3.2 Respuesta de las entidades accionadas:

La NUEVA E.P.S. a través de la apoderada Deysi Karina Núñez Román, dio respuesta a la demanda de tutela exponiendo que el usuario está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el sistema general de seguridad social en salud en el regimen contributivo.

Respecto de las pretensiones de la accionante indica que NUEVA EPS le ha brindado a la paciente los servicios requeridos dentro de su competencia y conforme a las prescripciones médicas dentro de la red de servicios contratada y que es importante resaltar que NUEVA EPS garantiza la atención a sus afiliados a través de los médicos y especialistas adscritos a la red para cada especialidad, y acorde con las necesidades de los mismos, teniendo en cuenta el modelo de atención y lo dispuesto en la normatividad vigente; buscando siempre agilizar la asignación de citas y atenciones direccionándolas a la red de prestadores con las cuales se cuenta con oportunidad, eficiencia y calidad

Frente al procedimiento trasplante de riñón, informa que la disponibilidad para su cubrimiento se encuentra en cabeza de la IPS que se asigne; pero no obstante el área técnica de salud se encuentra validando el caso, recolectando soportes respecto al servicio de salud peticionado;

mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté siendo negado por ésta EPS, por el contrario se están desplegando las acciones positivas necesarias para que se materialice lo ordenado por médicos tratantes con ocasión a la patología actual del usuario, una vez se tenga respuesta, se allegará documento informativo como alcance para conocimiento del Despacho.

Concluye solicitando se deniegue por improcedente la presente acción de tutela contra NUEVA EPS S.A., toda vez que no se ha vulnerado derechos, omitido o restringido el acceso a los servicios en salud de la accionante y la programación es exclusiva de la IPS prestadora del servicio, de igual forma se procedió a requerir al prestador encargado con el fin de lograr acciones encaminadas a dar cumplimiento a programar y materializar la práctica del procedimiento solicitado, remitiendo los respectivos soportes de atención.

3.3 Pruebas recaudadas:

Durante el trámite de la acción se recaudaron las siguientes pruebas, aportadas por la accionante:

- Copia de la cédula de ciudadanía de ANA ELVIA ARDILA PINTO
- Copia de la cédula de ciudadanía LUIS ALFONSO LUQUERNA SANABRIA
- Copia del carnet de vacunación
- Copia de la Historia Clínica de LUIS ALFONSO LUQUERNA SANABRIA
- Copia de las órdenes y resultados de los exámenes médicos solicitados en el trámite para la preparación del procedimiento.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De conformidad con el Art. 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se halla consagrada para permitirle a toda persona que considere violados sus derechos fundamentales de rango constitucional, reclamar ante los jueces la protección inmediata de estos derechos, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades, para que se le amparen a través de un procedimiento preferente, sumario e informal, ordenando que ellas actúen o se abstengan de hacerlo, dentro de la perspectiva de prevalencia de estos derechos.

4.1. Competencia:

Este despacho judicial es competente para tramitar y decidir la presente acción constitucional, en virtud de lo consagrado en el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017, teniendo en cuenta que la Nueva EPS es una sociedad de economía mixta del sector descentralizado por servicio del orden nacional.

4.2. Procedibilidad de la Acción de Tutela:

4.2.1. Legitimación por activa y la agencia oficiosa en el caso concreto:

El artículo 86 de la Constitución Política, así como la norma que desarrolla su contenido, a saber, el Decreto 2591 de 1991 establece la posibilidad de presentación de la acción de tutela, para la protección de los derechos fundamentales *“por sí misma o por quien actúe a su nombre”*.

De esta manera, el artículo 10 del citado decreto establece que puede ser presentada: i) por sí misma o a través de apoderado; ii) por medio de agente oficioso, cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa; iii) por actuación del Ministerio Público.

Frente a la agencia oficiosa, se establece particularmente lo siguiente: *“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”*.

En el presente caso, Ana Elvia Ardila Pinto, actúa como agente oficioso de su esposo Luis Alfonso Luquerna, persona adulta de 58 años de edad, con diagnóstico de enfermedad renal crónica, con Injuria Renal Aguda Secundaria a Insuficiencia Cardíaca Congestiva, Atrofia Renal Bilateral Severa, y se encuentra en Terapia Dialítica e igualmente presenta diabetes mellitus 11 en tratamiento con 20 unidades de insulina, padeciendo además de hipertensión arterial, lo que lo hace dependiente de sus cuidadores, como se deriva de la lectura del escrito de tutela, así como de los anexos de la historia clínica. Las anteriores circunstancias evidencian que la agencia oficiosa que se presenta en este caso cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional.

4.2.2. Legitimación por pasiva:

La acción se interpuso contra la NUEVA EPS, que en los términos del artículo 1, en concordancia con el artículo 42 núm. 2 del Decreto 2591 de 1991 puede ser tenida como sujeto pasivo de esta acción constitucional.

4.2.3. Principio de Inmediatez:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela debe interponerse en un término prudencial contado a partir de la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales. Sobre el particular, la sentencia SU-961 de 1999 estimó que *“la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto”*.¹ En el mismo

¹ Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

sentido la sentencia SU-391 de 2016 señaló que “[n]o existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable”².

En este caso, la parte accionante considera que debido a las patologías y a su estado de salud, el señor LUIS ALFONSO LUQUERNA, requiere urgentemente el procedimiento de trasplante de riñón, ya que no le han dado cumplimiento a lo ordenado por el médico tratante, por parte de la Nueva EPS, por lo que el Despacho estima oportuna la interposición de la acción constitucional.

4.2.4. Subsidiariedad:

El artículo 86 de la Constitución Política indica que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria, por tanto su procedencia se encuentra condicionada a que (...) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, [o] ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable³.

Por otro lado, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que la eficacia de un posible mecanismo ordinario de defensa debe ser apreciada *atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*⁴. Al respecto, la Corte ha indicado que la procedencia de la acción es evidente cuando se advierte la posible vulneración de los derechos fundamentales de personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta en razón de su edad, su condición económica, física o mental⁵. Por esta razón, se consideran sujetos de especial protección constitucional a los menores de edad, las mujeres embarazadas, los adultos mayores, las personas con disminuciones físicas y psíquicas y las personas en situación de desplazamiento⁶.

También ha considerado la Corte Constitucional que *“el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud, para resolver controversias entre las EPS y sus afiliados, no puede considerarse un mecanismo de defensa judicial que resulte idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales*⁷.

² Corte Constitucional, sentencia SU-391 de 2016, M.P. Alejandro Linares.

³ Artículo 86 de la Constitución Política. Ver, sobre el particular, las sentencias T-847 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-067 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-132 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴ Ver sentencias T-149 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-010 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵ Sentencia T-010 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, y sobre la protección especial a personas en situación de discapacidad, ver sentencias T-933 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-575 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo, T-382 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-116 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁶ Ver sentencias T-293 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-252 de 2017 M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo y T-010 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁷ Ver, entre otras, las sentencias T-490 de 2020 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-010 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger y T-375 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En ellas la Corte Constitucional indicó que este mecanismo no es idóneo porque: i) “no contempla un término para que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial resuelvan la apelación que eventualmente se presenta contra la decisión adoptada en primera instancia”; ii) “no consagra mecanismos para hacer cumplir lo ordenado”; y iii) “la Superintendencia Nacional de Salud no tiene sedes o dependencias en todo el territorio del país”. En la sentencia T-239 de 2019 este Tribunal destacó que: “[e]l mismo Superintendente Nacional de Salud al acudir a la Corte Constitucional (...)”

Atendiendo lo anterior y, teniendo en cuenta que se trata de una persona con varias patologías, que requiere posiblemente del trasplante de riñón, como se desprende de la Historia clínica, sus derechos deben ser protegidos de manera inmediata, por lo que el Juzgado encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad y reconoce que la acción de tutela procede como mecanismo prevalente y definitivo para protegerle los derechos fundamentales invocados, presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

4.3. Problema Jurídico:

Con el fin de adoptar decisión de fondo dentro de la presente acción constitucional, se hace necesario resolver el siguiente problema jurídico:

¿La Nueva EPS, vulnera los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana del señor Luis Alfonso Luquerna, al no autorizarle y programarle la cirugía para trasplante de riñón?

4.4. Análisis Jurídico y del caso concreto:

En el caso en estudio la accionante expone que su esposo tiene 58 años, y según diagnóstico presenta enfermedad renal crónica, con Injuria Renal Aguda Secundaria a Insuficiencia Cardíaca Congestiva, también tiene Atrofia Renal Bilateral Severa, y se encuentra en Terapia Dialítica desde el pasado 11 de agosto de 2020, la cual se viene realizando hasta la fecha y que igualmente presenta diabetes mellitus 11 en tratamiento con 20 unidades de insulina, padeciendo además de hipertensión arterial.

Que debido a estas enfermedades le han declarado la pérdida de sus riñones, razón por la cual viene siendo atendido por nefrología en donde le han manifestado que requiere con urgencia trasplante de riñón, y la Dra. MARIA ELIZABETH ARDILA Internista Nefrólogo ordenó remitirlo para grupo de trasplante, y en la consulta del día 2 de agosto de 2021, se ordenó por parte de la Unidad Renal CEDIT realizar todos los exámenes y así iniciar preparación para gestionar ante la EPS el trasplante de riñón, que llevan seis meses realizando exámenes, pero la EPS no contesta para saber cuándo es el procedimiento del trasplante de riñón, y les preocupa que cuando ordenen el trasplante, ya no sirvan los exámenes que se tomó su esposo.

La NUEVA EPS, respecto de las pretensiones del accionante indica que le ha brindado al paciente los servicios requeridos dentro de su competencia y conforme a las prescripciones médicas dentro de la red de servicios contratada; que el área técnica de salud se encuentra validando el

explicó el grave atraso que enfrentaba la entidad para resolver las solicitudes ciudadanas. Indicó dicho funcionario que: (i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días; (ii) existe un retraso de entre 2 y 3 años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico, que son su mayoría y entre las que se encuentran la reclamación de licencias de paternidad; (iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor, pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital".

caso, recolectando soportes respecto al servicio de salud petitionado y se están desplegando las acciones positivas necesarias para que se materialice lo ordenado por médicos tratantes con ocasión a la patología actual del usuario, y que una vez se tenga respuesta, se allegará documento informativo como alcance para conocimiento del Despacho.

Así las cosas, para entrar a determinar la procedencia del amparo solicitado, se tendrá en cuenta el siguiente análisis de los conceptos jurídicos en cuestión.

4.4.1. El derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional:

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieran y, para ello, lo ha encargado tanto del desarrollo de políticas públicas que permitan su efectiva materialización, como del ejercicio de la correspondiente vigilancia y control sobre las mismas. De ahí que, la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha expresado que la salud debe ser concebida 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”*⁸, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos

En varias oportunidades la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del plan de beneficios en salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas, situación que se podría presentar en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del plan o cuando se abstiene de autorizar medicamentos e insumos ordenados por el médico tratante, que tienen la capacidad de afectar directamente la dignidad o la vida misma del paciente, argumentando que se trata de una exclusión del Plan de Beneficios en Salud.

Por ello, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física o emocional producto de un padecimiento por una afección física, aquella situación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y una vida digna.

⁸ Ver sentencias T-355 de 2012 y T-201 de 2014.

4.4.2 Principio de Integralidad:

El derecho a la salud de las personas con enfermedades catastróficas es un derecho constitucional fundamental autónomo, en razón a que esta parte de la población ha sido considerada como sujeto de especial protección constitucional que merece una protección reforzada en todos los ámbitos, debido a su condición de debilidad manifiesta.

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud implica, no solo su reconocimiento sino la prestación continua, permanente, y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación en salud. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud deben *“procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así como (...) el suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados.”*⁹

Así mismo, y refiriéndose al contenido y alcance del principio de integralidad. En Sentencia T-159 de 2015, la Corte Constitucional concluyó que:

“(...) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice(n) todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento”.

De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como *“la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”.*

De otro lado, el numeral 3 del artículo 153 de la Ley 100 señaló que: *“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en*

⁹ Corte Constitucional Sentencia T- 158 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud". De igual forma, el literal c del artículo 156 del estatuto en comento expresó que "[todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.

De acuerdo con las normas citadas, el goce efectivo del derecho a la salud requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles a las personas con enfermedades catastróficas la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante o en atención a las patologías diagnosticadas, siempre en respeto de los principios de integralidad, oportunidad y continuidad.

Este principio de integralidad tiene como fin garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente tener que interponer una acción de tutela cada vez que le sea prescrito un nuevo servicio por el médico tratante, por ello el Juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios que el médico tratante valore como necesarios y ordene para el restablecimiento de la salud del paciente, y los padecimientos del señor LUIS ALFONSO LUQUERNA por su gravedad y complejidad requieren un tratamiento continuo y posiblemente un procedimiento quirúrgico que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, ya que implicaría la desviación del objetivo del tratamiento, prolongando el sufrimiento y menoscabando la salud del paciente, configurándose una vulneración al derecho a la salud y poniéndose en peligro sus vida.

De ahí que toda persona tiene el derecho de acceder integralmente a todos los servicios de salud que requiera, es decir, la atención a la salud debe ser integral y comprender el cuidado, el suministro de medicamentos, las intervenciones quirúrgicas, tratamientos médicos, las prácticas de rehabilitación, la realización de exámenes de diagnóstico y seguimiento de la patología así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente.

Lo anterior no implica un suministro indeterminado e irrestricto de cualquier procedimiento o insumo médico que el interesado considere que necesita, pues es el médico tratante quien establece cuales son los servicios necesarios e idóneos para el tratamiento de la patología de cada paciente. En este sentido, la jurisprudencia constitucional considera que es el médico tratante que se encuentre adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, el competente para establecer con base en criterios científicos y en su conocimiento del paciente,

cuándo este requiere de los mismos; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.

En el caso concreto, la integralidad del servicio requerido por el señor LUIS ALFONSO LUQUERNA implica tanto la oportunidad de las prestaciones requeridas, como el cumplimiento frente a aquellas ordenes que den y hayan dado los médicos tratantes para el cabal restablecimiento de su salud, tales como un posible trasplante de riñón.

4.4.3. La metodología para la inclusión de pacientes en las listas de espera para trasplante renal y la asignación de órganos a las IPS en Colombia:

Las normas que regulan tal actividad se encuentran en la Ley 1805 de 2016, que en su artículo 7º dispone:

“Los criterios únicos nacionales de distribución y asignación de órganos y tejidos deberán ser definidos por el Instituto Nacional de Salud (INS) atendiendo la escala de severidad de la enfermedad del paciente y la compatibilidad.

El Instituto Nacional de Salud (INS) asume a partir de la presente ley funciones de máxima autoridad administrativa frente a la estructura y organización de la Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos”¹⁰.

En el caso específico de órganos para trasplantes renales, el Instituto Nacional de Salud estableció pautas para su asignación que son resultados de estudios con la comunidad experta y que se sintetizan a continuación:

Condiciones de Obligatorio Cumplimiento para asignación renal:

1. La tipificación de HLA de donantes¹¹ y receptores en lista de espera debe ser realizada como mínimo con técnicas de mediana resolución¹².
2. El estudio pre trasplante debe permitir evaluar a los pacientes de forma oportuna y adecuada, determinando incompatibilidades inaceptables, de acuerdo a cada paciente.

¹⁰ Congreso de la República. Ley 1805 de 2016. Artículo 7.

¹¹ “El término HLA (del inglés Human Leukocyte Antigens) representa un complejo de genes que codifica para las proteínas del sistema inmunitario únicas para cada persona. Estas proteínas reaccionan contra un trasplante de un donante”. <https://parentsguidecordblood.org/es/faqs/que-es-la-tipificacion-hla-y-como-se-utiliza> “De una manera simplificada existen 6 tipos de HLA que son importantes para el trasplante de células madre hematopoyéticas. En el caso del trasplante ser de médula ósea la compatibilidad debe ser del 100% o sea, para todos los 6 HLA. En la sangre de cordón umbilical se espera el mismo resultado si sólo hay compatibilidad de 4 en 6 de los HLA. Esta es la razón por la cual las donaciones de sangre de cordón umbilical son tan importantes para ayudar a los pacientes pertenecientes a minorías étnicas o de etnias mixtas”. <https://parentsguidecordblood.org/es/faqs/que-es-la-tipificacion-hla-y-como-se-utiliza> Tomado de la Web el día 23 de octubre de 2019. Dirección: <https://parentsguidecordblood.org/es/faqs/que-es-la-tipificacion-hla-y-como-se-utiliza>

¹² Para los locus HLA, A, B, DR y DQ. Aplica para receptores adultos y pediátricos.

3. Realizar seguimiento del riesgo inmunológico mientras los receptores estén activos en lista de espera¹³.

4. Realizar seguimiento inmunológico al receptor enlistado al menos una vez al año durante el tiempo en lista de espera y ante eventos sensibilizantes.

5. La categorización de estado compasivo, se realizará mediante certificado del nefrólogo del grupo de trasplantes y certificado del nefrólogo de la unidad de diálisis. En caso de duda la Coordinación Nacional o Regional podrá pedir un tercer concepto a un par clínico.

De otra parte, la asignación de órganos para realizar trasplante renal a un paciente en específico obedece a su clasificación en una lista, sobre la base de un puntaje que tiene en cuenta los siguientes criterios:

“1. Nivel Geográfico

Se realizará asignación local, regional y Nacional.

2. Grupo sanguíneo

- Grupo sanguíneo igual 15 puntos
- Grupo sanguíneo diferente compatible en mayores de 18 años: 0 puntos
- Grupo sanguíneo diferente compatible en menores de 18 años: 15 puntos
- Pacientes con cero mis-match con grupo sanguíneo diferente compatible :15 puntos

3. Compatibilidad HLA

- 0 incompatibilidad en HLA DR: 12 puntos, 6 puntos cada alelo
- 0 incompatibilidad en HLA B: 2 puntos, 1 punto cada alelo de cada locus.
- 0 incompatibilidad en HLA A: 2 puntos, 1 punto cada alelo de cada locus.
- 0 mismatch en A, B y DR: 10 puntos

4. Edad

- Donante menor de 30 años / Receptor menor de 60 años: 2 puntos
- Donante mayor de 60 años / Receptor mayor de 60 años: 2 puntos
- Donante menor de 18 años / Receptor menor de 18 años: 4 puntos.

5. Edad en Receptores Pediátricos

- Con donantes menores de 35 años y receptores menores de 11 años: 9 puntos
- Con donantes menores de 35 años y receptores con edad entre 11 y 18 años: 6 puntos

¹³ • Pacientes altamente sensibilizados: P.R.A cuantitativo o P.R.A virtual o P.R.A calculado y antígeno aislado. • Paciente sensibilizado: P.R.A cuantitativo o P.R.A virtual o P.R.A calculado y antígeno aislado
• Paciente no sensibilizado: P.R.A cualitativo. Ibídem.

6. Estado compasivo

Paciente con riesgo inminente de pérdida de acceso vascular para hemodiálisis, sin posibilidad de diálisis peritoneal, aplica para receptores adultos y pediátricos.

a. A este grupo de pacientes se aplicará un puntaje adicional, solo para el nivel local.

7. Antecedente Donante Vivo o manifestación positiva a la donación:

- Antecedente de haber sido donante vivo: 4 puntos
- Manifestación de voluntad positiva en el registro nacional de donantes, previo al ingreso a lista de espera: 1 punto

8. Tiempo en lista de espera

Se asignará un punto por cada año en lista de espera, después del primer año enlistado, aplica para receptores adultos y pediátricos.”¹⁴.

De otra parte, en el caso de pacientes con pérdida de la capacidad de un órgano superior al 85% (paciente altamente sensibilizado), los protocolos presentan modificaciones debidas a la urgencia del procedimiento, como pasa a observarse:

En primer lugar se deben cumplir las condiciones obligatorias para asignación renal, así:

1. La tipificación de HLA de donantes y receptores en lista de espera debe ser realizada como mínimo con técnicas de mediana resolución¹⁵. Aplica para receptores adultos y pediátricos.
2. Realizar seguimiento inmunológico mientras los receptores estén activos en lista de espera¹⁶.
3. Realizar análisis de compatibilidades inaceptables.
4. Realizar seguimiento inmunológico al receptor enlistado al menos una vez al año durante el tiempo en lista de espera y ante nuevos eventos sensibilizantes.
5. Disponer de un laboratorio de inmunogenética de trasplantes inscrito por parte de las IPS con servicio de trasplante ante la Red de Donación y Trasplantes con disponibilidad 24 horas.

Superados estos requisitos deberán realizarse las siguientes pruebas, con el propósito de determinar la compatibilidad:

¹⁴ Instituto Nacional de Salud (2018). *Criterios de asignación para trasplante renal en Colombia*. Óp. Cit.

¹⁵ “Para los locus HLA, A, B, DR y DQ”. *Ibíd.*

¹⁶ P.R.A cuantitativo, P.R.A virtual o P.R.A calculado y antígeno aislado. *Ibíd.*

1. El laboratorio de inmunología deberá cruzar el suero histórico almacenado (mensual o trimestral) del paciente altamente sensibilizado con linfocitos del donante, mediante las técnicas disponibles establecidas para tal fin.

2. La prueba de compatibilidad deberá repetirse por el laboratorio de inmunología de la IPS trasplantadora con el suero del mismo día del paciente y linfocitos del bazo/ganglio del donante.

3. En caso de prueba positiva, el riñón se distribuirá de acuerdo a los criterios establecidos en el algoritmo 7.1.¹⁷

4.5.5. En el caso de pacientes sensibilizados, los puntajes para la clasificación en la lista de referencia para la asignación de órganos para trasplante renal, se asignan con fundamento en los siguientes valores:

1. Nivel Geográfico

- Se realizará asignación regional: Para cada donante generado a nivel regional, se evaluará en el software si cumple con los requisitos requeridos por un paciente sensibilizado.
- En caso de encontrar un match, uno de los riñones, será ofertado a la IPS trasplantadora que inscribió al paciente.

2. Grupo sanguíneo

Grupo sanguíneo igual o compatible

3. Edad

En caso de donantes menores de 18 años, los riñones solo se asignarán para receptores altamente sensibilizados menores de 18 años.

4. Compatibilidad HLA

Al menos una compatibilidad donante – receptor en el locus HLA DRB

5. Análisis de compatibilidades inaceptables realizada por el sistema RedDataINS.

6. Análisis por laboratorio de Inmunogenética de trasplantes que indique la viabilidad o no de realizar prueba cruzada. El laboratorio determinará la metodología para esta actividad.

¹⁷ Corresponde a los numerales 4.5.1 y 4.5.2 del presente capítulo.

En el caso de cumplirse las anteriores condiciones y se presente un puntaje idéntico entre candidatos, los criterios de definición son:

7. Prioridad 1: Antecedente Donante Vivo

8. Prioridad 2: Manifestación positiva a la donación

9. Prioridad 3: Tiempo en lista de espera: Como parte del seguimiento del paciente trasplantado se recomienda que las IPS trasplantadora garanticen que los laboratorios de inmunología conserven linfocitos del donante por al menos 5 años, para realizar pruebas cruzadas post trasplante o de no ser posible disponga de la tecnología para realizar antígeno aislado”¹⁸.

En la actualidad, la distribución de órganos en Colombia ha sido asignada a seis (6) coordinaciones regionales, que tienen su propia sede administrativa y un área de jurisdicción específica (pueden disponer de los órganos que se generen en tal zona), como pasa a observarse:

Coordinación regional	Sede administrativa	Área de jurisdicción
No. 1	Bogotá	Bogotá D.C., Cundinamarca, Tolima, Boyacá, Casanare, Meta, Caquetá, Vichada, Vaupés, Guaviare, Guainía, Putumayo y Amazonas.
No. 2	Medellín	Antioquia, San Andrés y Providencia, Chocó, Córdoba y Caldas.
No. 3	Cali	Valle, Risaralda, Quindío, Cauca y Nariño.
No. 4	Bucaramanga	Santander, Norte de Santander, Cesar y Arauca.
No. 5	Barranquilla	Atlántico, Bolívar, Magdalena, Guajira y Sucre.
No. 6	Huila	Neiva

Esto implica que los pacientes reciban donaciones de órganos de los lugares que corresponden a su coordinación regional –excepcionalmente puede darse el caso que una IPS reciba órganos de otros departamentos, cuando en la regional de origen no se dispone de recursos humanos o técnicos para realizar su rescate– por lo cual el tiempo de espera para la realización de un trasplante puede variar en función de ello.

4.4.4 Derecho al diagnóstico:

El desconocimiento del derecho a la salud se presenta cuando la entidad obligada a la prestación

¹⁸ Instituto Nacional de Salud (2018). *Criterios de asignación para trasplante renal en Colombia*. Óp. Cit.

del servicio se niega a suministrar al paciente un procedimiento, insumo o medicamento que se requiera, acorde con el criterio de necesidad, para recuperar su estado de salud.

Precisamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el instrumento idóneo para determinar la necesidad de un servicio médico es la prescripción del médico tratante, pues sólo estos profesionales tienen el conocimiento científico requerido sobre la enfermedad y sobre las particularidades del paciente, lo que los convierte en los únicos aptos para determinar el tratamiento requerido para superar una dolencia. Precisamente, en la Sentencia T-692 de 2012¹⁹, la Corte Constitucional sostuvo que:

“De acuerdo con la jurisprudencia en salud, cuando una persona acude a su EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio. Esta Corte ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente. Así las cosas, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciben atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida del usuario. La orden del médico tratante respalda el requerimiento de un servicio y cuando ésta existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en la Plan Obligatorio de Salud.”

Igualmente, la Corte Constitucional se pronunció sobre las facultades del Juez al exponer que:

“En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, (...) –lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos– o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos”²⁰.

En resumen, por regla general, para que sea exigible el suministro de un servicio en salud, es necesario que exista una orden del médico tratante adscrito a la EPS, por virtud de la cual se entienda que dicha prescripción está dirigida a mejorar el estado de salud del paciente; bajo ninguna circunstancia el juez constitucional podría ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, pues de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de

¹⁹ M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁰ Sentencia T-1325 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

competencia de los profesionales de la medicina.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la salud incluye el derecho a un diagnóstico efectivo, el cual exige la valoración oportuna de las patologías que tiene un paciente, con miras a determinar el tipo de enfermedad que padece y el procedimiento médico a seguir.

Ahora la Corte también ha protegido el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, cuando el paciente refiere una enfermedad persistente, sin que exista una prescripción médica que determine el procedimiento a seguir. En este sentido, se ha dicho que: *“cuando el usuario no cuenta con una orden médica escrita, pero no ha logrado superar satisfactoriamente alguna patología, le asiste el derecho a que se le diagnostiquen las prestaciones necesarias para conjurar dicha situación”²¹.*

De los antecedentes expuestos el Despacho encuentra que al agenciado le están haciendo diálisis desde el año 2020 y según lo manifestado en la tutela y lo condensado por la Internista Nefróloga María Elizabeth Ardila en la historia clínica, se remitió al grupo de trasplante, ordenándose los exámenes correspondientes, que se le han venido practicando en un lapso de 8 meses, sin que la NUEVA EPS haya autorizado la valoración correspondiente para determinar la viabilidad de su inclusión en la lista de trasplante.

En concepto del Juzgado la situación descrita es de alta gravedad y hace evidente la vulneración de los derechos del agenciado, en particular de su derecho al diagnóstico, el cual no se ha podido hacer efectivo por las barreras de acceso que se han generado a raíz de las irregularidades en la prestación del servicio médico por parte de la EPS demandada.

Es claro que la EPS accionada ha sido negligente en la prestación adecuada del servicio de salud al señor LUIS ALFONSO LUQUERNA, con lo que se han incumplido las obligaciones de protección y respeto del derecho fundamental a la salud; en el caso particular del paciente referido, se ha afectado directamente su estado de salud el cual es precario, por lo que en consecuencia también se ha puesto en riesgo su vida, al enfrentarse a una situación grave y urgente respecto a su condición médica.

En este sentido, el Despacho estima que se han vulnerado los derechos fundamentales a la vida y a la salud del señor LUIS ALFONSO LUQUERNA, en particular respecto de su derecho al diagnóstico, en razón a que este es necesario para determinar su estado de salud y la procedencia o no del trasplante que alega se le debe practicar, y en este sentido, el Juzgado estima que se deben tutelar los derechos invocados por la parte actora y en consecuencia para garantizar la efectiva protección de los mismos al señor Luis Alfonso Luquerna la EPS accionada deberá cumplir las siguientes condiciones:

²¹ Sentencia T-050 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

La NUEVA EPS, deberá autorizar y realizar de forma efectiva, valoración por el grupo de trasplante al señor LUIS ALFONSO LUQUERNA dentro de las 48 horas a la notificación de este fallo. De requerirse la práctica de exámenes adicionales pertinentes que considere necesarios el grupo referido, deberán ejecutarse dentro de un término que no supere los diez (10) días calendario, siguientes a su orden.

Ahora bien, si en concepto del grupo de trasplantes o en razón a los exámenes ordenados, se determinare que el señor LUIS ALFONSO LUQUERNA, es paciente apto para el trasplante solicitado, la EPS accionada deberá iniciar inmediatamente las gestiones administrativas para que esta sea incluido en el registro de la Red Nacional de Donación y Trasplantes del Instituto Nacional de Salud, en todo caso los trámites pertinentes realizados por la EPS no podrán superar las 48 horas posteriores a la comunicación del concepto del grupo de trasplante.

En el caso de que el concepto del grupo de trasplante determine que el señor LUIS ALFONSO LUQUERNA, no es paciente apto para el trasplante de riñón referido, la EPS accionada deberá prestar el servicio médico integral que en concepto del médico especialista él requiera.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Socorro, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y dignidad humana del señor **LUIS ALFONSO LUQUERNA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 91.242.810 expedida en Bucaramanga.

SEGUNDO: SE ORDENA a la **NUEVA E.P.S**, para que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** días siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, autorice y realice de forma efectiva, valoración por el grupo de trasplante al señor LUIS ALFONSO LUQUERNA.

PARÁGRAFO: De requerirse la práctica de exámenes adicionales pertinentes que considere necesarios el grupo de trasplantes, deberán realizarse dentro de un término que no supere los diez (10) días calendario, siguientes a su orden.

TERCERO: Si en concepto del grupo de trasplantes, el señor LUIS ALFONSO LUQUERNA, es paciente apto para el trasplante de riñón solicitado, **SE ORDENA A LA NUEVA EPS** que, dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48)** horas posteriores a la comunicación del concepto del grupo de trasplante, inicie las gestiones administrativas para que este sea incluido en el registro de la Red Nacional de Donación y Trasplantes del Instituto Nacional de Salud.

CUARTO: En el caso de que el concepto del grupo de trasplante determine que el señor **LUIS ALFONSO LUQUERNA**, no es paciente apto para el trasplante de riñón referido, la EPS accionada deberá prestar el servicio médico integral que en concepto del médico especialista requiera, para su patología de enfermedad renal crónica, con Injuria Renal Aguda Secundaria a Insuficiencia Cardíaca Congestiva, Atrofia Renal Bilateral Severa, diabetes mellitus 11 e hipertensión arterial.

QUINTO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación.

SEXTO: Por el medio más eficaz notifíquese la misma a las partes y, si no fuese recurrida remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

La Juez,


MARIA ALEJANDRA NIÑO ARDILA