



San Gil, Tres (03) de Agosto de Dos Mil Veintidós (2022)

Sentencia No. 031 Radicado 2022-00034-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 21'070.691 expedida en Bogotá, D.C., en contra de FAMISANAR E.P.S.

## I. ANTECEDENTES

La precitada ciudadana mediante documento escrito allegado por correo electrónico, interpuso acción de tutela en contra de FAMISANAR E.P.S., por la presunta vulneración de los Derechos Fundamentales a la Salud, y Vida, de conformidad con los siguientes

## II. HECHOS

Como supuestos fácticos del amparo impetrado, la accionante aduce los siguientes:

Señala que es una adulta mayor, con 70 años de edad, que ha consagrado su vida a la fe, siendo monja de vocación, y en la actualidad pertenece al régimen contributivo afiliada a FAMISANAR E.P.S.

Aduce que para el año 2020 se le realizó laparotomía por obstrucción intestinal con resección de segmento sigmoides. En la actualidad presenta dolor constante, pérdida del apetito y al palpar la zona de la cicatriz, encuentra una masa, lo que le genera angustia, dificultando el desarrollo de su cotidianidad, afectando su vocación religiosa al no poder otorgar su ayuda a los ancianos con los que comparte el día a día, por lo cual ha acudido al médico en diferentes ocasiones, siendo auscultada el 09 de mayo avante, en donde le ordenaron los procedimientos de Eventrorrafia con colocación de malla, Lisis de adherencias peritoneales vía abierta, y reconstrucción de pared abdominal anatómica y funcional vía abierta.

Expresa que el procedimiento quirúrgico fue suspendido el día que se había programado, debido a que no se había ordenado y autorizado el material quirúrgico, el cual es "Malla polipropileno Mesh 30 \* 30 BRAUN"

Dice que para el día 07 de julio hogaño, se expidió pre-autorización de dicho procedimiento quirúrgico, pero a la fecha sigue a la espera de esa intervención, la cual no se ha realizado por falta de que FAMISANAR E.P.S. autorice el material quirúrgico, puesto que, en reiteradas comunicaciones con la E.P.S. le han indicado que todo se encuentra autorizado, y que le corresponde al Hospital Regional de San Gil realizar el procedimiento, pero en ese centro médico le han informado que FAMISANAR E.P.S. aún no ha autorizado ningún material.

Soportó lo anterior con los siguientes documentos en formato digital:

- Fotocopia de su cedula de ciudadanía.
- Copia de historia clínica y ordenes médicas del día 09 de mayo del 2022.
- Copia de pre-autorización de servicios del día 07 de julio del 2022.

## III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por la accionante es que se protejan sus Derechos Fundamentales a la Salud y Vida, y, en consecuencia, se ordene



a FAMISANAR E.P.S., autorizar la entrega de los elementos quirúrgicos indispensables para la realización de los procedimientos de Eventrorrafia con colocación de malla, Lisis de adherencias peritoneales vía abierta, y reconstrucción de pared abdominal anatómica y funcional vía abierta ordenada por el médico tratante, así como la atención integral de los servicios médicos que existan o llegasen a surgir con ocasión de su estado de salud.

#### IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto virtual, según acta N° 5059, este Despacho mediante auto del 25 de julio de 2022, admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a la accionada y vinculada, para que informaran el motivo por el cual no se ha autorizado la entrega de los insumos hospitalarios requeridos para el procedimiento quirúrgico de: “(...) *Eventrorrafia con colocación de malla, Lisis de adherencias peritoneales vía abierta y Reconstrucción de pared abdominal anatómica y funcional vía abierta (...)*”, ordenado por el doctor ALEXANDER ENRIQUE ARZUAGA RAMÍREZ, Médico cirujano adscrito al Hospital Regional de San Gil, el pasado 09 de mayo de 2022, efectuara pronunciamiento y ejerciera su derecho constitucional de defensa y contradicción. En el mismo proveído, se ordenó vincular a la ESE HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

Como **MEDIDA PROVISIONAL**, teniendo en cuenta lo manifestado en los hechos por la accionante, ante tal situación y en aras de resguardar los Derechos Fundamentales a la Salud y Vida de la Religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, en virtud de lo normado en el Artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, al avistarse la urgencia y la necesidad, se decretó ordenar al Representante Legal de FAMISANAR E.P.S., para que de manera INMEDIATA dispusiera de todas las gestiones administrativas necesarias con miras a efectuar la autorización y entrega efectiva de los implementos médicos que requiere para su procedimiento quirúrgico de: “(...) *Eventrorrafia con colocación de malla, Lisis de adherencias peritoneales vía abierta y Reconstrucción de pared abdominal anatómica y funcional vía abierta(...)*”, con la misma especificación médico científica formulada por el galeno tratante Dr. ALEXANDER ENRIQUE ARZUAGA RAMÍREZ del pasado 09 de mayo de 2022, adscrito al Hospital Regional de San Gil – Empresa Social del Estado, debiendo la E.P.S. rendir ante este Juzgado el informe que acreditara el cumplimiento de la medida provisional aquí plasmada. Lo anterior independiente de lo que se definiera de fondo en el presente asunto.

#### V. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADA

##### **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**

Mediante correo electrónico del 26 de julio de 2022, a través del señor JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, obrando como apoderado conforme al poder conferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, Doctor Fabio Ernesto Rojas Conde, luego de hacer un recuento del marco normativo de la entidad que representa, de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, vida digna, dignidad humana y derecho a la vida, propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Seguidamente, ahonda sobre las funciones de las entidades promotoras de salud-E.P.S., los mecanismos de financiación de la cobertura integral para el suministro de servicios y tecnologías en salud, financiados y no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y con el presupuesto máximo, y hace un extenso relato sobre



las nuevas disposiciones contenidas en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, emanada del Ministerio de Salud y protección social, donde estableció el presupuesto máximo para la financiación de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS, de los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado, y a su vez, se definieron los servicios y tecnologías en salud financiadas y NO financiadas, con cargo a dicho presupuesto máximo.

Frente al caso en concreto aduce que es función de la E.P.S., y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una E.P.S., por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a la entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la misma. Recordando que las E.P.S. tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las E.P.S..

De igual manera, acerca de la extinta facultad de recobro informa que, en este tipo de casos se suele solicitar equivocadamente que la ADRES financie los servicios no cubiertos por la UPC, o que el Juez de tutela la faculte para recobrar ante esa entidad los servicios de salud suministrados; por lo cual trae a colación la Resolución 094 de 2020 la cual establece lineamientos sobre los servicios y tecnologías financiados por la UPC, en concordancia con el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 (lo cita), afirmando que, si bien la ADRES es la encargada de garantizar al adecuado flujo de recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el anterior artículo se debe interpretar con el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, el cual estableció el mecanismo de financiación denominado “PRESUPUESTO MÁXIMO”, cuya finalidad es que los recursos de salud se giren ex ante a la prestación de los servicios, para que las E.P.S. presten los servicios de salud de manera integral. En ese sentido, advierte que el Juez de alzada debe abstenerse de pronunciarse sobre el reembolso de los gastos que se incurra en cumplimiento de la tutela de la referencia, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y al revivirla vía tutela, generaría un doble desembolso a las E.P.S. por el mismo concepto, ocasionando no solo un desfinanciamiento al sistema de salud sino también un fraude a la ley.

Por todo lo anterior, cierra su intervención solicitando que se niegue el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la ADRES, dado que resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la actora, y en consecuencia DESVINCULAR a esa Entidad del trámite de la presente acción constitucional, negar cualquier solicitud de recobro, puesto que la E.P.S. ya cuenta con los recursos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud y modular las decisiones en el sentido de no comprometer la estabilidad del sistema de seguridad social.

Aporta como probatoria el poder especial otorgado.

#### **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**

A través de correo electrónico del 27 de julio del cursante, suscrito por el señor WILSON PEÑA GONZÁLEZ, actuando en calidad de Gerente Regional Santander de E.P.S. FAMISANAR SAS, frente a las pretensiones y la medida provisional decretada, de entrada expone que la presente acción constitucional no debe ser procedente, argumentando que la E.P.S. ha brindado y garantizado todos los servicios **médicos** requeridos por la accionante sin ninguna negativa o dilación, por lo que no habría lugar a conceder un TRATAMIENTO INTEGRAL, ya que eso obedecería a servicios futuros e



incierto, y posiblemente excluidos no correspondientes a servicios médicos. (énfasis propio del texto original).

Indica que en razón de lo anterior solicitó a la IPS asignación de fecha para la realización del procedimiento quirúrgico, recibiendo por respuesta del Hospital regional de San Gil, que se halla programada para el próximo 17 de agosto de 2022, y como sustento de lo afirmado, inserta imagen del respectivo correo electrónico con el que efectuaron tal comunicación.

Considera improcedente la presente acción de tutela, pues la conducta asumida por su representada es legítima, ajustándose a las disposiciones legales como el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, aduciendo que no existe vulneración o amenaza al derecho fundamental atribuible a FAMISANAR E.P.S., porque la conducta de ésta, en todo momento ha estado ajustada a la normatividad legal vigente que regula el funcionamiento del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD y a todas las disposiciones legales relacionadas con el presente caso, al no haber negación alguna de los servicios por parte de esa entidad, por encontrarse la accionante afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por tal razón solicita valorar las gestiones de cumplimiento adelantadas por FAMISANAR E.P.S. en cuanto a los servicios de salud y analizar la ausencia de responsabilidad subjetiva unilateral, denegar la acción de tutela, declarar su improcedencia por inexistencia de violación o puesta en peligro de los derechos fundamentales de la accionante por parte de dicha E.P.S.. En subsidiariedad, solicita que, en caso de conceder el amparo, se determinen expresamente en la parte resolutive de la sentencia las prestaciones en salud cobijadas por el fallo, así como la patología respecto de la cual se otorga el amparo, para evitar la posibilidad de que en el futuro se terminen destinando los recursos públicos del sistema para el cubrimiento de servicios que no lleven implícita la preservación del derecho a la vida a través de una concesión de TRATAMIENTO INTEGRAL que precisamente es el objetivo del amparo.

## **ESE HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL**

Mediante correo electrónico del 27 de julio del año en curso, suscrito por el señor HORBES BRANLING BUITRAGO MATEUS, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 91.486.606 expedida en Bucaramanga, actuando en calidad de Gerente de dicha institución, frente a los hechos adujo que FAMISANAR E.P.S., como asegurador de la accionante, es quien debe autorizar el material quirúrgico necesario para el procedimiento, que es cierto que se expidió una pre-autorización, pero que la E.P.S. aludida no lo ha autorizado formalmente.

Esgrime en su defensa que las pretensiones consignadas en la Acción de Tutela no pueden ser asumidas por la E.S.E. Hospital Regional de San Gil, teniendo en cuenta que el ente hospitalario no es la entidad que da la autorización de los materiales quirúrgicos que se necesitan para la realización del procedimiento que requiere la accionante, lo cual le corresponde a FAMISANAR E.P.S., reiterando que esta gestión no ha sido cumplida por la E.P.S. prenombrada.

Indica que ese centro hospitalario, como institución prestadora de salud, siempre ha estado presta y lo estará en brindar una atención de manera idónea y oportuna, cuando lo requieran sus usuarios, por consiguiente, no se le puede atribuir responsabilidad alguna con lo señalado por la accionante.

Por lo anterior solicita a declarar la improcedencia de esta acción de tutela frente a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL, teniendo en cuenta la falta de legitimación por pasiva y la inexistencia de vulneración de derechos, y por consiguiente, que sea desvinculada del trámite de la solicitud de amparo de la referencia.



## VI. CONSIDERACIONES

### A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

*“...En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, abril 3 de 1992, página 167).*

### B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.



### C. DE LA LEGITIMACION EN LA CAUSA DE LAS PARTES

El presente libelo fue interpuesto por la religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 21.070.691 expedida en Bogotá, D.C., quien considera vulnerado sus Derechos Fundamentales a la salud y vida digna por parte de la accionada, presenta la demanda en ejercicio directo de la acción de tutela y a nombre propio. Así, en el caso bajo estudio, este Despacho encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa.

Así mismo, FAMISANAR E.P.S. en su condición de persona jurídica de derecho privado está legitimada por pasiva, en tanto se le atribuye la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de la beneficiaria de esta acción constitucional. En igual sentido, se encuentran legitimadas las entidades vinculadas ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y la ESE HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL.

### VII. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este Juzgado en esta oportunidad, determinar si la E.P.S. FAMISANAR y/o las vinculadas ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y la ESE HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL, conculcaron o no las prerrogativas fundamentales de la Religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, al no autorizar y materializar la entrega de los insumos hospitalarios requeridos para la realización del procedimiento quirúrgico de: “(...) *Eventrorrafia con colocación de malla, Lisis de adherencias peritoneales vía abierta y Reconstrucción de pared abdominal anatómica y funcional vía abierta(...)*”, con la misma especificación médico científica formulada por el galeno tratante Dr. ALEXANDER ENRIQUE ARZUAGA RAMÍREZ del pasado 09 de mayo de 2022, adscrito al Hospital Regional de San Gil – Empresa Social del Estado, y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para tal fin.

### VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

Para dilucidar el quid del asunto, conviene traer a colación aspectos de orden constitucional en relación con los derechos invocados por la accionante y donde la Corte Constitucional abordando el estudio de los elementos en torno a la naturaleza del Derecho a la Salud, en la Sentencia T-171 de 2018<sup>1</sup>, expuso:

#### **“(...) 3. Naturaleza jurídica y protección constitucional del derecho a la salud**

*La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución.*

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-171 del 07 de mayo de 2018, M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger



### **3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo<sup>2</sup>**

3.1.1 La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho<sup>3</sup>–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).<sup>4</sup>

3.1.2. Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.

#### *Derecho fundamental por conexidad*

3.1.3. Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su “conexidad” con el derecho fundamental a la vida.

3.1.4. Es decir, según el criterio de “conexidad”, bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales.<sup>5</sup>

#### *Dignidad humana como base de los derechos fundamentales*

3.1.5. Más adelante, en la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló:

*“Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que*

<sup>2</sup> La Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la salud, sin embargo, algunas de las sentencias más relevante en torno al proceso de construcción de la salud como servicio público y derecho fundamental son: T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón; T-102 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-227 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynnet; C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-875 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.; T-921 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy; T-053 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-120 de 2009, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; entre otras.

<sup>3</sup> Tanto la jurisprudencia como la doctrina y la filosofía jurídica coinciden en considerar que el reconocimiento de la salud como un derecho parte del convencimiento de que el ser humano no puede existir dignamente y no puede realizar sus funciones vitales si carece de salud: “El ser disminuido en sus facultades solo puede ejercer sus funciones imperfectamente. A partir de allí el derecho a la vida se amplía e incorpora una serie de derechos más concretos como el derecho a la vida saludable e íntegra. La salud se constituye en el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana –sus condiciones físicas y mentales– como requisito indispensable para ser lo que está llamado a ser” Arbeláez Rudas, Mónica, *Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud*, Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), 2006, pp. 71 y 71.

<sup>4</sup> Al interior de la Carta Política la salud era entendida como un servicio público y solo se reconocía explícitamente como derecho fundamental en el caso de los niños según el artículo 44. En la actualidad la jurisprudencia constitucional ha reconocido para todas las personas el derecho fundamental autónomo a la salud.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.



*valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”<sup>6</sup>.*

3.1.6. *La Corte sostuvo en este pronunciamiento que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Por ello, los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales.<sup>7</sup>*

3.1.7. *Esta postura marcó un nuevo avance en la concepción de la salud, pues determinó que el elemento central que le da sentido al uso de la expresión derechos fundamentales es el concepto de dignidad humana, el cual está íntimamente ligado al concepto de salud.*

#### *La salud como derecho fundamental autónomo*

3.1.8. *La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la “conexidad” como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:*

*“Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”<sup>8</sup>.*

3.1.9. *Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.*

3.1.10. *La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”<sup>9</sup>.*

3.1.11. *En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y*

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

<sup>7</sup> Se elimina la distinción del Título II de la Constitución Política entre los derechos fundamentales del Capítulo I y los derechos económicos, sociales y culturales del Capítulo II por su clara interrelación en la realización efectiva de la dignidad humana en el marco de un Estado Social de Derecho.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.



*mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.<sup>10</sup> (...).*

## IX. CASO EN CONCRETO

La religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, interpone acción de amparo en contra de la E.P.S. FAMISANAR, por la presunta vulneración de los Derechos Fundamentales a la Salud y Vida, debido a que, como se consignó en los antecedentes, no se le ha autorizado el material quirúrgico, el cual es “Malla polipropileno Mesh 30 \* 30 BRAUN”, indispensable para que le puedan practicar los procedimientos de: “(...) *Eventrorrafia con colocación de malla, Lisis de adherencias peritoneales vía abierta y Reconstrucción de pared abdominal anatómica y funcional vía abierta(...)*”, ordenados el pasado 09 de mayo de 2022, por el galeno tratante Dr. ALEXANDER ENRIQUE ARZUAGA RAMÍREZ, adscrito al Hospital Regional de San Gil – Empresa Social del Estado, según consta en su historia clínica, con ocasión del diagnóstico “K430 – HERNIA VENTRAL SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA”, aduciendo que por falta de dicha autorización de parte de la E.P.S., no ha sido posible la materialización de su cirugía, poniendo en riesgo su salud, razón que la llevó a acudir al presente instrumento sumario, solicitando adicionalmente que se otorgue el tratamiento integral de los servicios médicos que existan o llegasen a surgir con ocasión de su patología.

En contraposición, la E.P.S. FAMISANAR manifestó respecto de las pretensiones y la medida provisional decretada que, habiendo consultado con la IPS Hospital Regional de San Gil, la realización del procedimiento se halla programada para el 17 de agosto de 2022, con lo cual considera conjurado el reclamo de la tutelante, arguyendo que le ha brindado y garantizado todos los servicios de salud requeridos, y por ello debería declararse improcedente la tutela, oponiéndose adicionalmente al otorgamiento del tratamiento integral, pues ello obedecería a servicios futuros e inciertos, posiblemente excluidos no correspondientes a servicios médicos.

Por su parte, la vinculada ESE HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL, adujo que ese centro hospitalario siempre está dispuesto a suministrar los servicios de salud que requieren los pacientes, pero que, en el caso presente, la atención que debe prestársele a la accionante depende de que la E.P.S. accionada, autorice y entregue los insumos hospitalarios indispensables para la realización de los procedimientos ordenados por el médico tratante, lo cual hasta la fecha no ha ocurrido.

En ese orden de ideas, se tiene que, a la Religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, desde el 09 de mayo de 2022, se le ordenó por el médico tratante adscrito a la ESE Hospital Regional de San Gil, Dr Alexander Enrique Arzuaga Ramirez, el procedimiento quirúrgico de: “(...) *Eventrorrafia con colocación de malla, Lisis de adherencias peritoneales vía abierta y Reconstrucción de pared abdominal anatómica y funcional vía abierta (...)*”, siendo necesario que la E.P.S. FAMISANAR, a la cual está afiliada la libelista, expida autorización y entregue efectivamente el material quirúrgico “Malla polipropileno Mesh 30 \* 30 BRAUN”, para que pueda procederse a la realización efectiva del servicio médico antes mencionado; evento que no ha sido propiciado por la entidad accionada, quien no sólo desacata la orden decretada por este Despacho en la medida provisional, sino que pretende acreditar que ya todo está dispuesto para el procedimiento, con el simple hecho de informar la fecha en que se halla programada la cirugía, sin ni siquiera mencionar absolutamente nada en relación con el material quirúrgico reclamado, constituyéndose su suministro en un insumo sine qua non para su práctica, generando confusiones en la decisión de este Fallador, dado que está plasmando evidencias fácticas que no se concretan y mucho menos se prueban en el trámite.

<sup>10</sup> La salud pasa de ser un derecho de los ciudadanos en relación con el Estado en el ámbito de prestación de un servicio público, para ser entendida como un derecho pleno, irrenunciable y exigible de la persona. Esta postura ha sido desarrollada, entre otras, por las sentencias: T-358 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-671 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-104 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.



Por lo expuesto, se debe traer a colación la Sentencia T-234 de 2013<sup>11</sup>, donde la Corte Constitucional frente al Derecho de acceso al Sistema de Salud libre de demoras y cargas administrativas que no les corresponde asumir a los usuarios, consideró lo siguiente:

*“(...) 2.3. Uno de los contenidos obligacionales de la prestación de los servicios de salud que corresponde al Estado, hace referencia a que este servicio público esencial sea proporcionado en forma ininterrumpida, oportuna e integral; razón por la que las justificaciones relacionadas con problemas presupuestales o de falta de contratación, así como la invención de trámites administrativos innecesarios para la satisfacción del derecho a la salud, constituyen, en principio, no solo una vulneración al compromiso adquirido en la previsión de todos los elementos técnicos, administrativos y económicos para su satisfacción<sup>12</sup>, sino también un severo irrespeto por esta garantía fundamental.*

*Por este motivo, las Entidades Promotoras de Salud, al tener encomendada la administración de la prestación de estos servicios, que a su vez son suministrados por las IPS<sup>13</sup>, no pueden someter a los pacientes a demoras excesivas en la prestación de los mismos o a una paralización del proceso clínico por razones puramente administrativas o burocráticas, como el cambio de un contrato médico. En efecto, cuando existe una interrupción o dilación arbitraria, esto es, que no está justificada por motivos estrictamente médicos,<sup>14</sup> las reglas de continuidad y oportunidad se incumplen y en consecuencia, al prolongarse el estado de anormalidad del enfermo y sus padecimientos, se desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud.<sup>15</sup>*

*2.4. Aunque es razonable que el acceso a los servicios médicos pase, algunas veces, por la superación de ciertos trámites administrativos; la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que el adelanto de los mismos no puede constituir un impedimento desproporcionado que demore excesivamente el tratamiento o que imponga al interesado una carga que no le corresponde asumir. De allí, que se garantice el derecho a acceder al Sistema de Salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos, pues de ello también depende la oportunidad y calidad del servicio.*

*2.5. En esta línea, si bien para la Corte es claro que existen trámites administrativos en el sistema de salud que deben cumplirse, en algunos casos por parte de sus afiliados, también es cierto que muchos de ellos corresponden a diligencias propias de la Entidad Promotora de Salud, como la contratación oportuna e ininterrumpida de los servicios médicos con las Entidades Prestadoras. Estos contratos, mediante los cuales se consolida la prestación de la asistencia en salud propia del Sistema de Seguridad Social, establecen exclusivamente una relación obligacional entre la entidad responsable (E.P.S.) y la institución que de manera directa los brinda al usuario (IPS), motivo por el que no existe responsabilidad alguna del paciente en el cumplimiento de estos.<sup>16</sup>*

*Así pues, en aquellos casos en los cuales las entidades promotoras de servicios de salud dejan de ofrecer o retardan la atención que está a su cargo, aduciendo problemas*

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-234 del 18 de abril de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

<sup>12</sup> Al respecto pueden consultarse las Sentencias T-285 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-185 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>13</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características: (...)

e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno;(...)”  
156 de la Ley 100 de 1993

<sup>14</sup> Para consultar sobre la interrupción del tratamiento por razones médicas, como una causa justificativa de la suspensión del servicio puede leerse la Sentencia T- 635 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>15</sup> En diversas oportunidades esta Corporación ha insistido en señalar que las empresas prestadoras de salud “no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo.” Razón por la cual, las entidades estatales como los particulares que participan en la prestación del servicio público de salud están obligadas a garantizar la continuidad en el servicio de salud a todos sus afiliados. Al respecto pueden consultarse la sentencias: T- 278 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T- 760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-046 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T- 212 de 2011; M.P. María Victoria Calle Correa; T-233 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T- 064 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>16</sup> Puede consultarse la Sentencia T- 614 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.



de contratación o cambios de personal médico, están situando al afiliado en una posición irregular de responsabilidad, que en modo alguno está obligado a soportar; pues la omisión de algunos integrantes del Sistema en lo concerniente a la celebración, renovación o prórroga de los contratos es una cuestión que debe resolverse al interior de las instituciones obligadas, y no en manos de los usuarios, siendo ajenos- dichos reveses- a los procesos clínicos que buscan la recuperación o estabilización de su salud.

2.6. Ya en reiteradas ocasiones, esta Corporación se ha referido a la inoponibilidad de irregularidades administrativas frente a los usuarios de los servicios médicos, señalando que estas no pueden constituir una barrera para el disfrute de los derechos de una persona<sup>17</sup>. En tal sentido, el vencimiento de un contrato con una IPS, o la demora en la iniciación del mismo para atender una patología específica, resultan afirmaciones inexcusables de las Entidades Prestadoras de Salud que riñen con los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución y con la función estatal de protección a la salud (art. 49 C.P.).

**2.7. Las demoras ocasionadas por estos factores<sup>18</sup> o el hecho de diferir tratamientos o procedimientos recomendados por el médico tratante sin razón aparente, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y mental de los pacientes, mereciendo mayor reproche si se trata de órdenes emitidas por un profesional adscrito a la entidad, pues los afiliados, aún bajo la confianza de la aptitud de estas prescripciones institucionales, deben someterse a esperas indeterminadas que culminan muchas veces por distorsionar y diluir el objetivo de la recomendación originalmente indicada, como quiera que el mismo paso del tiempo puede modificar sustancialmente el estado del enfermo, su diagnóstico y consecuente manejo.**

2.8. En síntesis, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una E.P.S. demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos. (...).” (Negrilla y Subraya del Despacho).

Partiendo de lo que antecede, advierte este Juzgado que la demora injustificada en la prestación de los servicios de salud, que como deber y mandato de la Ley, le debe FAMISANAR E.P.S., a sus afiliados, constituye una flagrante amenaza al Derecho Fundamental a la Salud y Vida de la Religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, (quien, dicho sea de paso, ostenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional por ser una adulta mayor, con 70 años de edad), puesto que, con la escueta manifestación de la accionada E.P.S. FAMISANAR, que **ya se encuentra programada la cirugía para el 17 de agosto de 2022**, según el correo que insertó en su respuesta, donde el Hospital Regional de San Gil le comunica lo pertinente, no pueden darse por satisfechos los derechos fundamentales vulnerados y mucho menos eficazmente prestados los servicios de salud, ya que dicha información no pasa de ser más que un trámite administrativo con el que FAMISANAR pretende desligarse de la obligación que tiene para con su afiliada, y que de no disponer la entrega efectiva del material quirúrgico requerido, como es la “Malla

<sup>17</sup> Al respecto se pueden consultar entre muchas otras sentencias: Sentencia T-812 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-285 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia T-635 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T- de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia T-027 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa..

<sup>18</sup>En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha considerado la viabilidad de la acción de tutela para ordenar la práctica de tratamientos o procedimientos médicos que las entidades prestadoras de servicios de salud han negado argumentando diversos problemas de tipo administrativo, como falta de contratos, de presupuesto o de infraestructura. Tal protección se ha otorgado teniendo en cuenta que la dilación en la práctica de un procedimiento médico afecta gravemente los derechos fundamentales del paciente y hace indignas sus condiciones de vida. En efecto en la sentencia T-617 de 2003 se refirió a la negativa de las entidades encargadas de prestar servicios de salud de suministrar tratamientos médicos en razón a la inexistencia de contratos, De la misma manera, en la sentencia T-635 de 2001 la Corte al analizar un caso similar al que ahora se estudia consideró que, cuando una E.P.S., en razón a trámites burocráticos y administrativos tales como el vencimiento de un contrato con una I.P.S., demora la prestación del servicio de salud requerido vulnera el derecho a la vida del paciente, pues solamente razones estrictamente médicas justifican que se retrase la prestación del servicio de salud. Consideró igualmente la Corte que: “La prestación del servicio de salud no es una garantía constitucional que pueda supeditarse a trabas de carácter administrativo, más allá del término razonable de una administración diligente y solidaria con sus afiliados, sobre todo si tales trabas son imputables a la propia entidad encargada de prestar el servicio.



polipropileno Mesh 30 \* 30 BRAUN”, tendría que suspenderse nuevamente y no podría llevarse a cabo en la fecha destinada para ello, generando dilatación en dicho proceso, haciendo más gravosa la situación de la paciente y poniendo en riesgo su salud y su vida.

Por lo anterior, queda claro para este Despacho que la solicitud que eleva la accionante, no obedece a una consideración subjetiva de la misma, sino a la valoración médica científica del profesional de la salud tratante, Dr. Alexander Enrique Arzuaga Ramírez, Médico cirujano adscrito al Hospital Regional de San Gil, quien considera necesario para el tratamiento de la patología “K430 – HERNIA VENTRAL SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA”, padecida por la Religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, practicar los servicios de salud de: “(...) *Eventrorrafia con colocación de malla, Lisis de adherencias peritoneales vía abierta y Reconstrucción de pared abdominal anatómica y funcional vía abierta*(...)”, siendo una obligación de la E.P.S. procurar todo lo que requiera la paciente a fin de que le sean proporcionados de manera oportuna, eficiente y de calidad, direccionándolos a la red de Instituciones Prestadoras de Servicios con que debe contar, por lo que para este Juzgado resulta necesario precisar que en relación con el médico tratante y la prioridad de sus órdenes la Corte Constitucional en Sentencia T-345 de 2013<sup>19</sup>, señaló:

*“3. El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud – Reiteración de Jurisprudencia*

*3.1. En múltiples ocasiones, diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana.[13] Esto fue recogido por la sentencia T-760 de 2008 en la regla: toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, E.P.S., autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud’, [14] pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante.[15]*

*En esta línea, la Corte ha resaltado que, en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente. [16]*

*3.2. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.[17]*

*En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.*

*En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico.[18] Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por*

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-345 del 14 de junio de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa



*medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos, tal como podría ocurrir en el caso concreto.[19]*

**3.3. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, [20] pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.[21]**

*Por supuesto, hay casos en los que, con mayor evidencia técnica y científica puede controvertirse la posición del médico tratante. Esto fue recogido por la sentencia T-344 de 2002[22] al establecer que para que el dictamen del médico pueda ser legítimamente controvertido “la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa con-traria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante”.[23]*

*Así las cosas, existen casos en los que se pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes y ello es constitucionalmente legítimo en tanto la decisión contraria a lo prescrito por el médico tratante (i) se fundamente en la mejor información técnica o científica (ii) en la historia clínica del paciente, y las particularidades relevantes del caso concreto, estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado y (iii) especialmente cuando está en riesgo la vida y la integridad personal del paciente...”. (Negrilla y Subraya del Despacho).*

Así las cosas, FAMISANAR E.P.S. como Entidad Promotora de Salud, aseguradora de la Religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, está obligada a asumir las prestaciones que demanda la paciente, sin dilación alguna, ya que la realización de los procedimientos requeridos ha venido siendo postergado por causas atribuibles exclusivamente a la E.P.S accionada y que no obedecen a controversias medico científicas, que sería bajo la única circunstancia que resultaría admisible dicha demora, pero para el sub examine es FAMISANAR E.P.S., la que no ha atendido de manera oportuna, eficiente y de calidad, las órdenes medicas ya referidas, poniendo en riesgo la integridad de la accionante<sup>20</sup>; por ende

<sup>20</sup> “...4. Una entidad de salud puede negar la práctica de un procedimiento o un tratamiento médico cuya prestación ponga en riesgo la vida y la integridad de la persona

4.1. Como se estableció en el acápite anterior, ha sido amplia la jurisprudencia de esta Corporación al reiterar que el ordenamiento constitucional le garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana. Estos servicios, en principio, deben ser ordenados por el médico tratante, con base en la historia clínica del usuario, razón por la cual, existen eventos en los cuales, con fundamento en dicho historial médico, la realización de un determinado procedimiento o tratamiento o la entrega de cierto medicamento pueden poner en inminente riesgo la vida y la integridad de quienes en principio requieren estos servicios.

En este orden de ideas, una entidad de salud puede negar el acceso a un servicio médico, por razones que no son administrativas, que para esta Corte resultan validas cuando están justificadas en un posible riesgo para la vida, la salud y la integridad del paciente. Lo que no resulta admisible, es que una entidad dilate o niegue la prestación de un servicio de salud, sin fundamento científico o médico alguno y más aun sin proponerle alternativas al usuario para recuperar su salud.[24]

4.2. Cabe resaltar, que esta Corporación ya ha estudiado casos de personas, a quienes se les ha negado la práctica de un determinado procedimiento médico, bajo el argumento de ponerse en inminente riesgo su vida y su integridad en desarrollo de dicha intervención. A continuación se presentan dos ejemplos.

4.2.1. En la sentencia T- 234 de 2007,[25] la Corte estudió el caso de un ciudadano que quedó parapléjico a causa de una herida de arma de fuego en la columna vertebral razón por el cual su médico tratante le recomendó la práctica de la cirugía laminectomía y esquirlectomía. No obstante, al mediar un concepto emitido por el Staff de columna (grupo de médicos especialistas), según el cual, una vez revisados los exámenes médicos ordenados por los especialistas mencionados, se consideró que el paciente no se beneficiaría de la cirugía y que la misma implicaba para el paciente más riesgos que beneficios, esta no fue practicada por la respectiva E.P.S..

En esta oportunidad, la Corte una vez analizado el acervo probatorio, sostuvo que de conformidad con el dictamen emitido por el cuerpo especializado de médicos, el procedimiento denominado LAMINECTOMÍA, si bien daba cuenta directa de la patología del paciente, es decir era idóneo; la expectativa de beneficio que podría aportarle al actor era tan baja, y los riesgos que conllevaba tan altos, que no convenía someterse a ellos por un beneficio tan mínimo y además incierto. La Corte consideró, que a la luz del deber de protección de los médicos y del mismo sistema de salud frente a los pacientes, no resultaba conveniente practicar la operación y que desde el punto de vista jurídico, lo obrante en el expediente, configuraba tanto razones de falta de idoneidad médica como de inconveniencia, para no autorizar la operación al tutelante.

Por lo anterior, la Sala de Revisión señaló que al no ser posible sustituir el criterio médico-científico que desvirtuó la idoneidad del tratamiento médico inicialmente ordenado al demandante, forzoso resultaba confirmar la decisión de los jueces de tutela de instancia,



la demora y omisión debe ser atribuida a la referida E.P.S. accionada, pues es esta entidad quien a través de su red de prestadores de servicios no ha actuado con diligencia y de manera oportuna para atender lo anteriormente descrito, desconociendo el estado de salud de la usuaria, dejando de lado el concepto médico científico del galeno tratante, y más aún cuando ha desatendido flagrantemente la medida provisional otorgada en el presente trámite en procura del restablecimiento de los derechos de la libelista.

En consecuencia, se tutelarán los Derechos Fundamentales a la Salud y Vida de la accionante y como resultado se ordenará al Representante Legal de FAMISANAR E.P.S., o a quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, previa la verificación de la existencia y vigencia de los convenios contractuales con las Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS) adscritas a su red de servicios, proceda a AUTORIZAR, Y ENTREGAR EFECTIVAMENTE, el material quirúrgico requerido (“Malla polipropileno Mesh 30 \* 30 BRAUN”), conforme los protocolos medico científicos que implica la realización de los procedimientos *“Eventrorrafia con colocación de malla, Lisis de adherencias peritoneales vía abierta y Reconstrucción de pared abdominal anatómica y funcional vía abierta”*, ordenados por el Dr. Alexander Enrique Arzuaga Ramírez, Médico cirujano adscrito al Hospital Regional de San Gil, el pasado 09 de mayo de 2022, según consta en historia clínica respecto de la religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 21.070.691 expedida en Bogotá, D.C., con ocasión del diagnóstico de “K430 – HERNIA VENTRAL SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA”, procurando todo lo que requiera la paciente a fin de que le sean proporcionados los servicios de salud de manera oportuna, eficiente y de calidad, direccionándolos a la red de Instituciones Prestadoras de Servicios con que deben contar.

#### EN LO RELACIONADO CON EL TRATAMIENTO INTEGRAL

Como colofón, en lo atinente a la solicitud relacionada con que se ordene a FAMISANAR E.P.S., el suministro del tratamiento integral respecto de la patología que padece la accionante, revisado el material probatorio aportado con el escrito tutelar, se tendrá en cuenta lo considerado por la Honorable Corte constitucional en la Sentencia T-651 de 2014, que frente a la ausencia de criterio médico científico, sostuvo:

---

en el sentido de no conceder el amparo respecto de ordenar a la E.P.S. SUSALUD el reconocimiento de la cirugía denominada LAMINECTOMÍA.

4.2.2. El segundo ejemplo en esta misma línea, es la sentencia T-476 de 2012,[26] donde la Corte estudió el caso de una señora a quién Sanitas E.P.S. se negó a autorizarle el servicio médico cirugía de baypass gástrico por laparoscopia, ordenado por su médico tratante el 21 de julio de 2011. La E.P.S. manifestó que una vez la paciente fue valorada por un grupo multidisciplinario de obesidad compuesto por médicos especialistas en cirugía bariátrica, médicos internistas, una psicóloga y dos nutricionistas, este concluyó que de acuerdo a su índice de masa corporal, y por encontrarse la obesidad mórbida en el grado más bajo, grado 1, la accionante podía perder peso a través de otros tratamientos, menos riesgosos para su salud. Ello sumado a que el Comité Técnico Científico no podía autorizar un procedimiento que ponía en riesgo la vida e integridad de la peticionaria, y que a diferencia de lo que se esperaba, podía agudizar sus condiciones actuales de salud.

La Corte sostuvo en esta ocasión, que si bien el médico tratante de la paciente había considerado que se le debía realizar la cirugía de baypass gástrico por laparoscopia, no era menos cierto, que el Comité Técnico Científico de la entidad, integrado por un grupo interdisciplinario de 7 profesionales, había estimado que la intervención referida, por ser un procedimiento de alto riesgo, debía ser autorizada sólo en aquellos casos en que no existieran otros procedimientos, que sin poner en riesgo la vida o la integridad del paciente, también le permitieran perder peso, y mejorar sus condiciones de salud, razón por la cual, le asistía la razón a Sanitas E.P.S. al haber negado el servicio solicitado por la accionante, pues en vez de tratarse de un servicio apto para recuperar su salud, era por el contrario, según lo manifestaron los especialistas consultados, riesgoso para su vida y su integridad. Sin embargo, como Sanitas E.P.S. negó el servicio aduciendo que existían procedimientos médicos alternativos para que la accionante perdiera peso, era necesario que se le informara cuáles eran esos procedimientos; razón por la cual la Corte protegió el derecho a la salud de la peticionaria en la faceta de información y por lo tanto le ordenó a Sanitas E.P.S. le informara cuáles eran los procedimientos médicos que en su caso, podían reemplazar la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia.

4.3. En consecuencia, como lo ejemplifican los casos citados, la jurisprudencia ha indicado que la negación de una prestación de salud, solo es constitucionalmente legítima bajo el supuesto que éste presente un concepto sólido apoyado en la Historia Clínica del paciente, científicamente sustentado con las opiniones de expertos en la respectiva especialidad del médico tratante que ordenó el servicio de salud y en el cual se hayan estipulado claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado.[27]...”



*“4.- Imposibilidad del juez de ordenar el reconocimiento de prestaciones en salud sin orden médica en dicho sentido. Reiteración de jurisprudencia*

*Ahora bien, en un nivel de abstracción distinto, ha sostenido la Corte Constitucional que el juez de tutela debe garantizar de manera efectiva la satisfacción del derecho a la salud, en aquellos casos en que se discute la conveniencia médica de una determinada prestación o servicio. Esto, mediante la prerrogativa que prima facie tiene el derecho fundamental a la autonomía personal.*

*En dichas situaciones, resulta especialmente importante para el juez de amparo la determinación de que el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento tiene tanto una prohibición como una obligación, que son componentes de la calidad en la prestación del servicio como elemento esencial del derecho de salud. **De un lado, se prohíbe de manera general que el juez sustituya criterios médicos por criterios jurídicos, por lo cual sólo se autoriza al mencionado juez, ordenar tratamientos y/o medicamentos que previamente hayan sido prescritos por el médico tratante.** De otro, es deber del juez de tutela velar por el ejercicio del derecho a la autonomía de los pacientes, mediante órdenes que posibiliten a estos decidir libre y conscientemente sobre el sometimiento a ciertos tratamientos médicos, cuando la negativa de su reconocimiento se sustenta en razones de inconveniencia<sup>21</sup>.*

*En efecto, **se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente.** Por lo cual no están llamados a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Se ha afirmado pues, que [l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.<sup>22</sup> **Por ello, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que este haya sido ordenado por el médico tratante<sup>23</sup>**” (Negrilla y subraya del Despacho).*

En este orden de ideas, atendiendo el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia, el Despacho no accederá a la petición relacionada con el suministro de tratamiento integral, como quiera que en esta instancia se desconoce qué servicios de salud pueda llegar a requerir la religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, por orden de sus médicos tratantes, quienes son, en últimas, los llamados a determinarlos y no este Despacho Judicial; empero la E.P.S. deberá tener en cuenta que por mandato Constitucional y Legal debe garantizar a la usuaria el acceso a los servicios de salud que requiera de manera continua, oportuna, eficiente y de calidad, más aún cuando dichos servicios son ordenados bajo criterio científico del médico tratante, de conformidad con lo considerado en el presente proveído.

Por la orden que aquí se impone, en reiteradas oportunidades la Honorable Corte ha manifestado que aunque exista un listado de medicamentos, procedimientos, insumos que deben ser de obligatorio cumplimiento dentro del PBS, aquellos que no se encuentren contemplados en él, y sean prescritos por los médicos tratantes, siempre y cuando sea necesario para la vitalidad del paciente, la obligación de suministrarlos oportunamente recae única y exclusivamente en las Entidades Prestadoras de Salud<sup>24</sup>; empero, en cuanto a la posibilidad de reembolso de las prestaciones asistenciales excluidas del Plan de Beneficio en Salud, este Despacho tiene claro que dichos procedimientos ya se encuentran regulados en la Ley y es por ministerio de ésta que no es dable a este Fallador el ordenar

<sup>21</sup> Extracto de la sentencia T-050 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>22</sup> T-569 de 2005. Cr. también entre otras, las sentencias T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004 y T-412 de 2004.

<sup>23</sup> T-569 de 2005.

<sup>24</sup> Sentencia T-196 de 2014 Corte Constitucional, “...Cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de determinados procedimientos, o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva E.P.S. está en la obligación de proveérselos. Por regla general, las E.P.S. solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional de la salud, adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, cuando no existe tal orden, ni otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, se torna oportuna la intervención del juez constitucional para dilucidar su pertinencia. En tales casos, es menester verificar si el peticionario padece patologías que conlleven síntomas, efectos y tratamientos que configuren hechos notorios. Ante esa eventualidad, el operador judicial puede prescindir del soporte médico para dar aplicación a las reglas de la sana crítica, que lo conduzcan a una intelección apropiada de la realidad.



lo que ya está estipulado normativamente, obedeciendo a trámites administrativos que las mismas E.P.S. deben adelantar por su cuenta y oportunamente.

Como colofón, al no advertirse amenaza o vulneración de Derechos Fundamentales por parte de las vinculadas **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** y la **ESE HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL**, se procederá a su desvinculación del presente trámite tutelar.

\*\*\*\*\*

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR los Derechos Fundamentales a la SALUD y VIDA de la religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 21.070.691 expedida en Bogotá, D.C., en la acción de tutela promovida en contra de FAMISANAR E.P.S., en los términos y por las razones previstas en el presente proveído.

SEGUNDO. ORDENAR al Representante Legal de FAMISANAR E.P.S., o a quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, previa la verificación de la existencia y vigencia de los convenios contractuales con las Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS) adscritas a su red de servicios, proceda a AUTORIZAR, Y ENTREGAR EFECTIVAMENTE, el material quirúrgico requerido (“Malla polipropileno Mesh 30 \* 30 BRAUN”), conforme los protocolos medico científicos que implica la realización de los procedimientos *“Eventrorrafia con colocación de malla, Lisis de adherencias peritoneales vía abierta y Reconstrucción de pared abdominal anatómica y funcional vía abierta”*, ordenados por el Dr. Alexander Enrique Arzuaga Ramírez, Médico cirujano adscrito al Hospital Regional de San Gil, el pasado 09 de mayo de 2022, según consta en historia clínica respecto de la religiosa MARIELA RESTREPO DÍAZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 21.070.691 expedida en Bogotá, D.C., con ocasión del diagnóstico de “K430 – HERNIA VENTRAL SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA”, procurando todo lo que requiera la paciente a fin de que le sean proporcionados los servicios de salud de manera oportuna, eficiente y de calidad, direccionándolos a la red de Instituciones Prestadoras de Servicios con que deben contar, de conformidad con lo considerado en el presente proveído.

TERCERO. NEGAR la pretensión relacionada con el TRATAMIENTO INTEGRAL, por las razones previstas en el presente proveído.

PARÁGRAFO. En cuanto a la posibilidad de reembolso de las prestaciones asistenciales excluidas del Plan de Beneficio en Salud, FAMISANAR E.P.S., deberá ceñirse a las directrices plasmadas en las leyes y acuerdos vigentes para tal efecto.

CUARTO. DESVINCULAR del presente trámite tutelar a las vinculadas ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y la ESE HOPSITAL REGIONAL DE SAN GIL, de acuerdo con lo esbozado en la parte motiva.

QUINTO. NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 y 5 del Decreto 306 de 1992.



SEXTO. Contra esta decisión procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SÉPTIMO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

OCTAVO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

NOVENO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES  
JUEZ

CDBJ/Cjrv.