REPUBLICA DE COLOMBIA

Rama Judicial

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO
Medellín, diez (10) de mayo de Dos Mil veintitrés (2023)

SENTENCIA Nro. 114

PROCESO:	Acción de Tutela en primer instancia
ACCIONANTE:	Yeison Alberto Álzate Gómez
ACCIONADO:	Nueva E.P.S.
RADICADO Nro	050883103001-**2023-00151-00**
SÍNTESIS:	Tutela los derechos invocados

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el Despacho a proferir sentencia, dentro de la presente acción de tutela, instaurada por el señor YEISON ALBERTO ÁLZATE GÓMEZ contra la NUEVA E.P.S.

Igualmente procede el despacho conforme a lo estipulado en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, el cual permite al Juez tan pronto llegue al convencimiento de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas

II. RESUMEN DE LOS HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN:

Se informa en el escrito de tutela que el accionante aproximadamente 2 años presenta una enfermedad diagnosticada G560 SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO, que durante mucho tiempo se ha sometido a tratamiento de esa patología sin presentar mejoría; que en el año 2023 estuvo en remisión con fisiatría, en ese procedimiento lo remitieron para cirujano plástico especialidades que determinaron que era apto para CIRUGÍA DESCOMPRENSIÓN DE NERVIO EN TÚNEL DEL CARPO CON NEUROLISIS VÍA ABIERTA; que lo han revisado todos los médicos adscritos a la EPS que una vez el fisiatra revisó su condición e historia clínica lo remitió a cirujano plástico siendo aprobado por la NUEVA EPS; que el 24 de marzo fue revisado haciendo estudio de su condición e informándosele que debe operar entregándole historia clínica donde le indican "**se solicita autorización de cirugía con anestesia general (liberación de túnel del carpo**

con neurolisis) prequirúrgicos". El cirujano plástico le hizo entrega de la orden para exámenes médicos y orden para anestesiólogo, documentos que se han gestionado por diferentes medios en la NUEVA EPS desde el día 31 de marzo de 2023 y esta es la fecha que esa entidad no le ha entregado la orden para lo revise el anestesiólogo.

III. LAS PETICIONES:

Se pretende con la solicitud, que se le tutelen los derechos fundamentales invocados, ordenándole a la E.P.S. "NUEVA E.P.S. S.A." que en el término de las 48 horas desde la notificación del fallo se sirva autorizar y/o garantizar acceso a la prestación de los servicios ordenados para CIRUGÍA DESCOMPRENSIÓN DE NERVIO EN TÚNEL DEL CARPO CON NEUROLISIS VIA ABIERTA, y los demás conexos con el CIRUJANO PLÁSTICO ANDRÉS FELIPE GÓMEZ CORRALES médico adscrito a la EPS y además agenda disponible. Al igual que otorgar la orden para Anestesiólogo, concediéndosele el tratamiento integral para su patología G560 SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto del 27 de abril de 2023, se admitió la referida acción notificándose a la accionada vía correo electrónico, requiriéndosele para que se pronunciará al respecto.

La NUEVA EPS no hizo ni allego pronunciamiento al respecto.

Se arrimó a los autos por el accionante, copia su cédula de ciudadanía y órdenes para el procedimiento de CIRUGÍA DESCOMPRENSIÓN DE NERVIO EN TÚNEL DEL CARPO CON NEUROLISIS VÍA ABIERTA.

Los anteriores documentos se valorarán tal cual fueron aportados al expediente, en razón de la informalidad que gobierna la acción de tutela y la libertad probatoria autorizada por el decreto 2591 de 1991, que deben darle al juez la convicción objetiva y razonable sobre el asunto puesto a su juicio. (ver al respecto de las pruebas en el proceso de tutela la sentencia T- 576 de diciembre 14 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

Como quiera, que lo actuado hasta el momento, se ajusta a las preceptivas procesales que para el caso establece la ley, deduciendo que no existe violación alguna a las garantías concedidas a las partes, se pronunciará la decisión que en derecho corresponda, previas las siguientes;

V. CONSIDERACIONES:

De la competencia. El Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, establece que es competente para conocer de la acción de tutela, a prevención, el Juez o Tribual con jurisdicción en el lugar donde ocurriese la violación o amenaza que motivan la presentación de la solicitud, teniendo en cuenta además lo reglamentado sobre la materia en el Articulo 1° inciso segundo, del Decreto 1382 de 2000, por tratarse de la parte accionada de una entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.

Se cumple en este caso, el presupuesto formal de competencia, ya que la omisión informada por el solicitante, tiene lugar en este municipio, donde el juez que se pronuncia es competente por disposición y nominación legal.

El mandato Constitucional del juez de tutela:

El artículo 2° de la Carta ubica como uno de los fines del Estado Social de Derecho garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Precisamente para que esos derechos no quedaran en letra muerta era necesario que se implementaran mecanismos para garantizar su cumplimiento.

Antes de iniciar este análisis, considera el despacho pertinente, resaltar la función que el juez cumple en un Estado social de derecho como el nuestro, más cuando se trata de velar por los derechos fundamentales de las personas, que se menciona en la sentencia T- 119 de febrero 11 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, así:

"Una de las características emblemáticas del estado constitucional es el nuevo papel del Juez. Este ya no es el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley, si así fuera, nada diferenciaría al Estado Constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél. Legos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección, por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. De allí que en los Estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante jueces que en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad, se lo cosifica o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos. Y lo que el ciudadano espera de sus jueces, es que estén a la altura del importante papel que se les ha asignado en las democracias modernas".

La Acción de Tutela. *E*s el instrumento constitucional consagrado en el artículo 86 [1] y desarrollado en los Decretos 2591 de 1991 y el 306 de 1992 que reglamento a su vez

[1] El artículo 86 de la Constitución Política no exceptúa a ninguna autoridad pública, de la posibilidad de que en su contra se ejerza por parte de un interesado una acción de tutela con el fin de proteger de manera inmediata sus derechos fundamentales. (Sentencia T-06 de 199ª, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

este, mediante el cual toda persona puede reclamar ante los jueces, en cualquier momento y mediante un procedimiento breve y sumario, por si mismo o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos señalados en el mismo decreto; siempre y cuando no exista otro recurso o medio de defensa judicial, caso en el cual solo procederá la tutela, cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Las características de esta singular acción las podemos sintetizar así:

Es una acción de naturaleza Constitucional, es una acción estrictamente judicial es decir, solo los jueces pueden tramitarla y resolverla, es una acción que protege exclusivamente los derechos Constitucionales fundamentales, [2] es una acción que se dirige contra cualquier autoridad pública y particulares y por último podemos decir, que es una acción que procede cuando no existe otro recurso judicial.

La Jurisdicción Constitucional. Ha dicho la Corte en una de sus primigenias sentencias de tutela, la T-06 de 1992, que los jueces deben apreciar, interpretar y aplicar las leyes y demás normas, conforme a los dictados de las reglas y principios consagrados en la Constitución; la jurisdicción Constitucional se ha establecido pro la misma Constitución como función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales especiales cuyo cometido consiste en asegurar la integridad y primacía de la Constitución: el ejercicio de la función de defensa del orden constitucional confiada a la jurisdicción Constitucional contribuye de manera eficaz a configurar la realidad constitucional, como quiera que su misión es la de que la Constitución trascienda su expresión formal y se convierta en Constitución en sentido material.

La jurisdicción Constitucional asegura que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional.

Como otra consecuencia de la existencia de la jurisdicción constitucional, tenemos que decir, que ella debe hacer realidad la primacía del derecho sustancial sobre el formal, ello para asegurar que los derechos fundamentales no se verán disminuidos o desvirtuados, por un mal entendido procesalismo ajeno a la función constitucional, como puede ser las normas procesales de carácter legal, por ello implica que la jurisdicción constitucional es

[2] Un derecho es fundamental cuando reúne los siguientes requisitos esenciales: 1. hay una conexión directa con los principios, 2. hay una eficacia directa y 3. tienen un contenido esencial (núcleo básico) y además los derechos fundamentales son enunciativos y no taxativos.

un procedimiento ágil, eficaz y con primacía del derecho sustancial en razón de los altos derechos que protege.

Del Caso del paciente YEISON ALBERTO ÁLZATE GÓMEZ

Como se indicó en el resumen de los hechos se hace consistir la violación de sus derechos Invocados, en los que el accionante manifiesta que presenta una enfermedad diagnosticada G560 SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO, siendo sometido a tratamiento de esa patología y que al no presentar mejoría lo remitieron para cirujano plástico, especialidades que determinaron que era apto para CIRUGÍA DESCOMPRENSIÓN DE NERVIO EN TÚNEL DEL CARPO CON NEUROLISIS VÍA ABIERTA, como consta en las respectivas ordenes medicas allegadas por médico especialista y que; no obstante la entidad accionada tener conocimiento de lo ordenado, no se ha servido autorizar la evaluación por ANESTESIÓLOGO, por lo que el despacho considera que a la luz de la siguiente jurisprudencia de la Corte Constitucional, procederá a amparar su legitimo derecho a la vida y a la salud como se expone a continuación, para salvaguardar los derechos del tutelante.

Además, en este caso no se obtuvo respuesta alguna por parte de la entidad accionada por lo que se presumen ciertos los hechos de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de Decreto 2591 de 1991.

Acá se reclama la protección de los derechos fundamentales: ***a la Vida, a la Igualdad, a la Dignidad Humana y Seguridad Social***.

Sentencia T-365/17 Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil diecisiete (2017)

(i) El derecho fundamental a la salud, su naturaleza, contenidos y protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

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 el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad el Estado.

En virtud de la dicotomía anteriormente enunciada, resulta pertinente entrar a conceptualizar lo que se ha entendido por “salud” en cada una de sus facetas, de forma que sea posible esclarecer y delimitar su alcance, así como facilitar su comprensión.

En este orden de ideas, la salud entendida como un derecho fundamental, fue inicialmente concebida por la Organización Mundial de la Salud como *“un estado*

de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"[3], pero, a partir de la evolución que ha tenido este concepto, se ha reconocido por esta Corporación que la anterior definición debe ser más bien asociada con el concepto de "calidad de vida"[4], pues, en razón a la subjetividad intrínseca del concepto de "bienestar" (que depende completamente de los factores sociales de una determinada población), se estimó que ésta generaba tantos conceptos de salud como personas en el planeta.

Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, esta Corporación 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*"[5], 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.

De ahí que, la protección constitucional del derecho a la salud tome su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como "*la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun* (SIC) *cuando biológicamente su existencia sea viable"*[6].

La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud[7], superando la noción inicial seguida por esta Corporación, según la cual el derecho a la salud era fundamental exclusivamente cuando estaba en conexidad con los derechos a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana, o cuando el sujeto que requería su garantía era de aquellos que merecen una especial protección constitucional. Ahora, la salud reviste el carácter de fundamental autónomo y su negativa puede controvertirse directamente mediante acción de tutela[8].

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órgano encargado de interpretar el alcance del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[9], en su Observación General Número 14, indicó

---

[3] Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, tal y como fue adoptada en la Conferencia Internacional de la Salud que se llevó a cabo entre el 19 y 22 de junio de 1946 en Nueva York; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de los 61 Estados (Registros Oficiales de la Organización Mundial de la Salud, no.2, Pág. 100.) y con entrada en vigencia el 07 de abril de 1948.

[4] Corte Constitucional. Sentencia T-201 de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

[5] Ver sentencias T-355 de 2012 y T-201 de 2014.

[6] Corte Constitucional. Sentencia T-814 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[7] Sentencia T-859 de 2003, entre otras.

[8] Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la Sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que "(…) *tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S..., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela* (…)". En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporragia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

[9] Entre las disposiciones que conforman el bloque de constitucionalidad puede observarse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por el Estado colombiano el 29 de

que *"la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos* [y que] *todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente"*.

En este sentido, la citada Observación establece que el derecho fundamental a la salud abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

> *"a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.*
>
> *b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:*
>
> *i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.*
>
> *ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.*
>
> *iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.*
>
> *iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas*

---

octubre de 1969), el cual señala en su artículo 12, numeral 1°, que los Estados Partes se obligan a reconocer el *"derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"*.

con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas"[10]*.*

En atención a lo expuesto, el goce del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma concurrente y de manera armónica e integral, propenden por la mejora, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de salud de sus destinatarios.[11]

En síntesis, todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la protección de todos los contenidos del derecho fundamental a la salud, pues no solamente se trata de un derecho autónomo sino que también se constituye en uno que se encuentra en íntima relación con el goce de distintos derechos, en especial la vida y la dignidad humana, derechos que deben ser garantizados por el Estado colombiano, de acuerdo con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales que al respecto se han establecido[12].

Según Sentencia T-153 de 2011*:*

*"***La protección constitucional del derecho fundamental a la salud.**

3. Esta Corporación ha establecido en sana y reiterada jurisprudencia que la salud es un derecho de raigambre fundamental. Por tanto, es obligación del Estado y particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desarrollar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.

El derecho fundamental a la salud, ha sido definido 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.*" Esta concepción responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales. En este sentido, esta salvaguarda no solo protege el ámbito físico de la persona, sino que se extiende a la parte psíquica y afectiva del ser humano.

Así, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido la procedencia del amparo por vía de tutela de este derecho cuando se verifica alguno de los siguientes puntos: *"(i) falta*

[10] Párrafo 12. Observación General No. 14.
[11] Corte Constitucional. Sentencia T-201 de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.
[12] Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios."

Por lo tanto, el derecho fundamental a la salud exige que las entidades que prestan dicho servicio, deben realizar todas la acciones correspondientes a la óptima prestación del mismo, en procura del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues, como se indicó, la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, en especial el de la vida y el de la dignidad, que deben ser resguardadas por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.

Procedimiento y obligación de afiliación al sistema de seguridad social en salud, en régimen Subsidiado.

4. La Ley 100 de 1993 que regula el Sistema de Seguridad Social Integral, desarrolla los artículos 48 y 49 de la Constitución Política. Así, con relación al servicio público esencial de salud, se estableció un sistema, que debe regirse por los mandatos de optimización de universalidad, eficiencia, solidaridad, y en especial por el principio de obligatoriedad, según el cual "*[l]a afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes de Colombia"*.

En este sentido la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido, que "*para la vinculación al sistema de seguridad social en salud, la mencionada ley estableció dos regímenes de afiliación: el régimen contributivo y el régimen subsidiado -del último deben hacer parte las personas más pobres y vulnerables, que no tienen capacidad de pago, junto con su grupo familiar-. La Corte ha señalado que la afiliación constituye un mecanismo de acceso a los servicios en salud que se deben brindar a toda la población, y bajo tal óptica, es un derecho que se convierte en una condición necesaria para garantizar las prestaciones en salud a las personas que conforman el sistema."*

5. En esta lógica, se colige que para acceder a los servicios establecidos en el sistema de seguridad integral en salud, una persona debe pertenecer al mismo. "*De este modo, las herramientas jurídicas para lograr la protección del derecho a la salud, resultan inocuas para quienes no forman parte del sistema. De ahí, que cobre enorme relevancia constitucional la efectividad de aquellos mecanismos para alcanzar la inclusión en dicho sistema. Por ello, el evento consistente en estar incluido en el sistema es un derecho, que obra como condición para garantizar el cumplimiento de las prestaciones que constituyen la prestación del servicio a la salud. Sin la garantía efectiva de dicho derecho, no es posible a su vez la garantía del contenido específico del derecho fundamental a la salud."* Así, la Corte en su jurisprudencia ha dado órdenes a las entidades correspondientes de afiliar al sistema de seguridad social a determinadas personas, pues con esta medida se cumplen los fines del Estado de garantizar la efectividad del derecho a la salud (art. 2 C.P.).

6. Ahora bien, la Ley 100 de 1993 en el artículo 211 define al régimen subsidiado como un conjunto de normas que rigen la vinculación al sistema de salud de aquellas personas sin capacidad de pago que acceden al mismo a través de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad. Por su parte, el artículo 212 de la norma en comento, establece que el propósito de este régimen es el de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables, incluidos sus grupos familiares. Luego, la norma reglamentaria, el acuerdo 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, dispone en el artículo 3 que son beneficiarios del régimen subsidiado, toda la población pobre y vulnerable, clasificada en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo sustituya, siempre y cuando no estén afiliados al régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción.

Por lo tanto, los beneficiarios del régimen subsidiado por regla general son identificados por la encuesta del Sisben, llevada a cabo por el Departamento Nacional de Planeación, según disponen los artículos 4 y 5 Ibídem. Empero, el desarrollo de la metodología de clasificación no implica afiliación al sistema de seguridad social, pues es el primer paso

para lograr la pertenencia al mismo. En consecuencia, con este procedimiento de selección se establece la población elegible para la asignación de subsidios de salud (art. 8 acuerdo 415 de 2009).

Una vez establecida la población habilitada para acceder al régimen subsidiado, el Ministerio de la Protección Social en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, conformará un listado nacional de población elegible que deberá ser utilizado de manera obligatoria por las entidades territoriales para determinar cuál es la población beneficiaria priorizada de los subsidios en salud e incorporarla al Sistema General de Seguridad Social (art. 11, 12, 15 ibíd.); en este proceso la población selecciona libremente una EPS-S y suscribe el formulario único de afiliación y traslado, con el cual una persona se entenderá dentro del sistema de salud.

Improcedencia de la acción de tutela por falta de prueba.

7. Si bien la acción de tutela tiene como una de sus características la informalidad, el "juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso".

Así, ha estimado esta Corte que: "un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario." Por eso, la decisión del juez constitucional "no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes" .

Posteriormente, la Corte ha reiterado esta posición al afirmar que:

"Los hechos afirmados en la acción de tutela deben ser probados siquiera sumariamente para que el juzgador tenga la plena certeza sobre los mismos. No es posible sin ninguna prueba acceder a la tutela. La valoración de la prueba se hace según la sana crítica pero es indispensable que obren en el proceso medios probatorios que permitan inferir la verdad de los hechos"

No obstante, en virtud del principio de buena fe el actor no queda exonerado de probar los hechos, pues "en materia de tutela es deber del juez encontrar probados los hechos dentro de las orientaciones del decreto 2591 de 1991 en sus artículos 18 (restablecimiento inmediato si hay medio de prueba), 20 (presunción de veracidad si se piden informes y no son rendidos), 21 (información adicional que pida el juez), 22 ("El juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas")[18]

8. Por otra parte, en ocasiones particulares, vinculadas a la indefensión o naturaleza de los accionantes, la Corte ha precisado que se invierte la carga de la prueba, esto es, basta con que la persona realice una afirmación, teniendo el demandado (sea autoridad pública o particular en un caso determinado), el deber de desvirtuarla. De este modo, se estableció que se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante en casos de personas víctimas de desplazamiento forzado y en materia de salud en lo atinente a la capacidad de pago de quien demanda, verbigracia el suministro de un medicamento excluido del POS. "En suma, quien instaure una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de

indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél".

En cuanto a la petición de conceder la ***atención integral*** para este paciente en este caso especial, tenemos que estamos frente a una persona que presenta una patología definida como es G560 SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO la cual debe ser tratada; en esas condiciones creemos que es viable otorgarle el tratamiento integral pues estamos frente a un diagnostico definido, siendo muy probable que requiera otros tratamientos o procedimientos médicos que su medico tratante ordene y lo cual deberá especificar, por lo tanto en atención a su estado de salud se concede dicho tratamiento integral con la intención de que el paciente no tenga que acudir a otra acción Constitucional con motivo de esos procedimientos, para ser atendido como es la obligación Constitucional de la entidad accionada.

CUMPLIMIENTO:

El despacho adelantó y resolvió la presente tutela dentro del término determinado para ello, y además procedió conforme lo permite el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, como se expuso en el acápite inicial de este fallo, dentro del debate probatorio se dispuso lo necesario para acreditar el asunto de tutela, además que las pruebas aportadas en la tutela resultaron necesarias y suficientes; el despacho profirió el fallo correspondiente, por considerar que no existía ni era necesaria otra prueba para llegar al convencimiento de la petición de tutela.

Dentro de este fallo, se hizo toda una presentación, no solo de la naturaleza de la acción constitucional de la tutela, sino también de la aplicación de la jurisprudencia aplicable al caso en concreto y sus efectos sobre el fallo, lo que permitió ubicar el asunto en estudio y por lo tanto permitió decidir a este despacho que estamos frente a un derecho fundamental constitucional que efectivamente fue vulnerado.

Queda así sustentado y justificada lo actuado en este caso por parte de este despacho, cumpliendo así los lineamientos trazados por el Consejo Superior de la Judicatura, sobre el factor calidad en la presente actuación.

En mérito de lo expuesto, el ***Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín*** (Antioquia), administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

F A L L A:

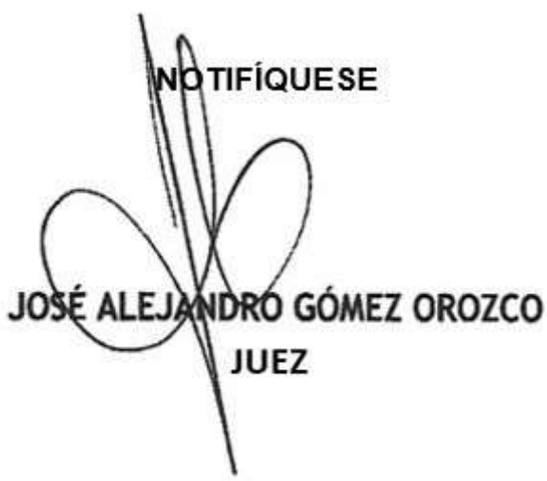
PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la Salud, en conexidad con la Vida Digna, y la Seguridad Social al señor: YEISON ALBERTO ÁLZATE GÓMEZ identificado con la cédula de ciudadanía número 8.101.568.

SEGUNDO: ORDENAR, en consecuencia, a la NUEVA E.P.S. , como lo norman los arts. 27 y 29-5 del Decreto 2591 de 1991, que en el término perentorio de las 48 horas siguientes a la de su notificación de esta decisión, proceda a disponer todo lo necesario para expedir la orden y registro presupuestal necesarios, para que al solicitante YEISON ALBERTO ÁLZATE GÓMEZ titular de la cédula de ciudadanía N° 8.101.568, se le preste el servicio de salud consistente en CIRUGÍA DESCOMPRENSIÓN DE NERVIO EN TÚNEL DEL CARPO CON NEUROLISIS VÍA ABIERTA, y los demás conexos como otorgar la orden para Anestesiólogo, si aún no lo ha hecho por establecimientos o centros de suministro y atención médica adecuados, y con la intervención de profesionales de la salud idóneos con los que la accionada dicha tenga contratos vigentes, sin perjuicio de que si así no fuere, los celebre específicamente para que se suministren al actor las atenciones de salud indicadas, y que estén en condiciones de prestarle los servicios.

TERCERO: Se le concede el tratamiento integral por lo expresado en la parte motiva de esta sentencia *y, eso sí, atendiendo el actor las instrucciones que con respecto a sus cuidados de salud y demás comportamientos debidos les señalen los médicos e instituciones encargadas de su atención. (*G560 SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO)

El fallo es de **cumplimiento inmediato**, en caso de omisión no justificada, podrá iniciarse incidente de ***desacato***, sin perjuicio de las demás acciones penales a que halla lugar.

CUARTO: Esta decisión admite ***impugnación*** dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación. En caso de no serlo se enviará a la Corte Constitucional para su eventual revisión.



Dgp