



106

REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Yopal – Casanare, veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Ref.:  
Medio Constit: TUTELA  
*Situación presuntamente omisiva de las accionadas al no dar respuesta positiva a pedimento del accionante relacionado con tratamiento a posible patología que presenta, lo que considera vulnera los derechos a la salud, vida, integridad física y dignidad humana.*  
Accionante: KEISON LEMUS GAMBOA  
Accionadas: INPEC – DIRECCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE YOPAL – ÁREA DE SANIDAD, FONDO NACIONAL DE SALUD PPL y UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS "USPEC"  
Radicación: 85001-33-33-002-2016-00274-00

Procede este operador judicial a dictar la sentencia que corresponda en el asunto de la referencia, una vez concluido el trámite especial establecido en el Decreto 2591 de 1991 que desarrolla el artículo 86 de la Constitución Nacional y recaudado informe de las accionadas en lo posible, en razón a que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

**OBJETO DE LA DEMANDA:**

Mediante manifestación por escrito, el señor KEISON LEMUS GAMBOA haciendo uso de la prerrogativa contemplada en el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 acude a esta figura constitucional a fin que se le amparen y protejan los derechos fundamentales a la salud, vida, integridad física y dignidad humana, que considera amenazados por las accionadas – ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE YOPAL – ÁREA DE SANIDAD – USPEC – FIDUPREVISORA – CONSORCIO FONDO DE SALUD PPL, al considerar que no le ha dado respuesta satisfactorias a que por intermedio de especialista se inicie tratamiento a problema testicular que presenta.

**PRETENSIONES:**

Conforme a la propia redacción del escrito contentivo de la demanda, el accionante pretende se le amparen los derechos fundamentales a la salud, a la vida, integridad física y dignidad humana.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a las accionadas que en término perentorio le brinden atención médica integral que requiere, para el inconveniente que lo aqueja.

**ANTECEDENTES:**

Señala el accionante en su manuscrito introductorio de la demanda, como hechos relevantes, lo siguiente:

Que presenta desde hace algún tiempo problemas en un testículo, por lo cual se ha dirigido en varias oportunidades al área de sanidad y Fiduprevisora en el establecimiento carcelario en el cual se encuentra recluido, sin embargo no se le ha dado solución alguna y su problema se agudiza y deteriora sus condiciones de salud y bienestar.

Refiere que por encontrarse privado de la libertad pertenece a la población vulnerable y por lo tanto, apoyado en normatividad que enlista debe prestársele atención médica, requiriendo ser valorado por especialista y se inicie un tratamiento suministrado por las entidades mencionadas, con miras la mejora de su salud y vida en condiciones dignas, por cuanto la excusa de no existir convenio con IPS no justifica la vulneración de los derechos que reclama.

Menciona jurisprudencia que de acuerdo a su criterio es aplicable al caso constitucional examinado.

### **ACTUACIÓN PROCESAL:**

El escrito de tutela fue interpuesto ante la Oficina de Apoyo de Servicios Judiciales de Yopal el 7 de septiembre de 2016, repartido y allegado a este Despacho ese mismo día (hora: 11:10 a.m.), ingresada por el señor secretario en horas de la tarde y admitida mediante auto fechado 8 del presente mes y año (obranste a folio 12 del cuaderno principal), ordenándose a las entidades accionadas que en el término de tres (3) días informasen lo correspondiente a la solicitud del accionante y se manifiesten sobre la demanda impetrada, igualmente y dentro del mismo término deberá remitir copia auténtica del expediente administrativo o la documentación donde conste los antecedentes que guarden relación directa con lo peticionado.

El contenido de la providencia admisorio fue notificada vía correo electrónico al representante legal del establecimiento penitenciario y carcelario de mediana seguridad de Yopal, perteneciente al INPEC, al USPEC, a FIDUPREVISORA y al consorcio FONDO DE SALUD PPL.; al accionante por intermedio de la oficina jurídica del Inpec y al agente del Ministerio Público delegado ante este Juzgado (fls. 13 al 15 c. principal).

***Manifestación de Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios "USPEC":*** (fls. 16 al 25 y anexos 26 al 28).

Dentro del término concedido, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del "USPEC" remite la respectiva contestación a la tutela impetrada por KEISON LEMUS GAMBOA, sosteniendo que la asistencia en salud que está solicitando el accionante, corresponde prestarla al CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, quien está en la obligación de adoptar todas las medidas pertinentes tendientes a velar por la pronta prestación del servicio de salud a la población carcelaria, por lo cual no es procedente la vinculación de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios "USPEC"

Seguidamente señala que dentro de las funciones estatuidas para dicha entidad en el Decreto 4150 del 2011 "*Por el cual se crea la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - SPC, se determina su objeto y estructura*", no se encuentra la prestación del servicio de salud; igualmente, señala que la aludida Unidad, es una entidad adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, que fue creada con la finalidad de afianzar el cumplimiento de los mandatos del Estado Social y Democrático de Derecho, relacionados con el respeto a la dignidad humana y el ejercicio de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad en los establecimientos de reclusión y contar con una entidad especializada en la gestión y operación para el suministro de los bienes y la prestación de los servicios requeridos para garantizar el bienestar de la población privada de la libertad.

En consonancia con lo anterior, trae a colación lo normado en el artículo 104 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 66 de la Ley 1709 de 2014, que señala:

**"Artículo 105. Servicio médico penitenciario y carcelario.** *El Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) deberán diseñar un modelo de atención en salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad, incluida la que se encuentra en prisión domiciliaria, financiado con recursos del Presupuesto General de la Nación. Este modelo tendrá como mínimo una atención intramural, extramural y una política de atención primaria en salud.*

(...)

**Parágrafo 1º.** *Créase el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, el cual estará constituido por recursos del Presupuesto General de la Nación. Los recursos del Fondo serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento del presente artículo y fijará la comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen.*

**Parágrafo 2º.** *El Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, se encargará de contratar la prestación de los servicios de salud de todas las personas privadas de la libertad, de conformidad con el modelo de atención que se diseñe en virtud del presente artículo.*

(...)

**Parágrafo transitorio.** *Mientras entra en funcionamiento el modelo de atención de que trata el presente artículo, la prestación de los servicios de salud de las personas privadas de la libertad deberá implementarse de conformidad con lo establecido en los parágrafos 1º a 5º del presente*

*artículo, de forma gradual y progresiva. En el entretanto, se seguirá garantizando la prestación de los servicios de salud de conformidad con las normas aplicables con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

En este orden de ideas, aduce que con ocasión de la expedición del Decreto 2591 de 2015, la "USPEC" dio apertura al proceso de selección abreviada No. 058 de 2015 en aras de suscribir el contrato de fiducia mercantil que manejaría y administraría los recursos del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de Salud, de dicho proceso se expidió la Resolución No. 001257 del 21 de Diciembre de 2015, adjudicando el contrato al CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, consorcio con el cual el día 23 de Diciembre del mismo año se suscribió el Contrato de Fiducia Mercantil No. 363.

Con fundamento en lo anterior, el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, en aras de garantizar la prestación del servicio de salud a la población carcelaria, suscribió el contrato No. 59940-001-2015 del 30 de Diciembre de 2015, con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. COMO LIQUIDADOR DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM" EICE EN LIQUIDACIÓN, cuyo objeto fue: "**EL CONTRATISTA** se obliga con el **CONTRATANTE**, a contratar la prestación integral de servicios de salud, para la población privada de la libertad a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Salud para la población privada de la libertad. **PARÁGRAFO.** El contratista deberá Garantizar la continuidad en la prestación de servicios de salud, a la población privada de la libertad de baja complejidad intramural y de mediana y alta complejidad por intermedio de la red externa de prestadores de servicios de salud.".

Seguidamente aduce que el día 1 de febrero del 2016, se firmó OTRO SI No 01 al Contrato No. 59940-001-2015, estableciendo como clausulas las siguientes:

**"PRIMERA.** A partir de la fecha de suscripción del presente otrosí, CAPRECOM EICE en liquidación no tendrá la facultad para celebrar nuevos contratos para la prestación integral de servicios de salud, a la población privada de la libertad en ejecución del contrato No. 59940-001-2015.

**SEGUNDA.** En ejecución del contrato No. 59940-001-2015, a partir de la fecha de las obligaciones de CAPRECOM EICE en liquidación quedan restringidas a ejecutar los contratos que hubiere celebrado a la fecha de suscripción del presente otrosí, relacionados en el anexo No. 1 del presente otrosí

Cuando el Consorcio FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, pretenda celebrar un contrato para el mismo servicio y cobertura de aquellos que CAPRECOM EICE en liquidación tiene vigentes, lo informará a CAPRECOM EICE en liquidación para que esta entidad realice los actos tendientes a la terminación y liquidación de los contratos celebrados para el mismo servicio y cobertura geográfica. El Consorcio no podrá celebrar el nuevo contrato hasta tanto CAPRECOM EICE en liquidación no logre la terminación efectiva del que tiene vigente.

**TERCERA.** El valor del presente contrato a partir de la suscripción de este otrosí será equivalente al valor total facturado a CAPRECOM EICE EN LIQUIDACION por la ejecución de los contratos relacionados en el Anexo No. 1, previo el agotamiento de los procedimientos requeridos para el pago, tratándose de los servicios de salud.

Los servicios de administración serán cancelados en todo caso, sobre el valor de los servicios efectivamente prestados.

Los valores correspondientes al presente contrato se mantendrán afectos al objeto del mismo, hasta el momento en que se liquiden los pagos derivados de su ejecución, momento en el cual se procederá a la liberación de los mismos, si a ello hubiere lugar. (...)"

Acorde con lo anterior, finaliza afirmando que la atención integral en salud que se solicita para la población privada de la libertad le corresponde prestarla al CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, conforme al contrato de Fiducia Mercantil No. 363 (3-1-40993), el cual en su numeral 3.3. atinente a las OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LA CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS., estableció que le corresponde "(...)5. Contratar los prestadores de servicios de salud para la PPL, privados, públicos o mixtos para la atención intramural y extramural, de baja, mediana y alta complejidad, y otros tipo de servicios a los que la USPEC o el FONDO NACIONAL DE SALUD DE LAS PERSONA PRIVADAS DE LA LIBERTAD estén obligados de prestar."

Consecuencia de lo anterior, solicita que se desvincule de la presente acción constitucional a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - "USPEC", toda vez que suscribió en debida forma y oportuna forma el contrato de fiducia (contemplado en la Ley 1709 de 2014) y bajo ninguna circunstancia, ha vulnerado derecho fundamental al actor.

***Pronunciamiento del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), a través del EPC de Yopal:*** (fls. 29 al 37 y anexos del 38 al 48).

A través del Director (E) del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Yopal "EPC YOPAL" y dentro del término legal concedido, se hace presente al escenario donde se discuten derechos fundamentales, se opone a las peticiones de la demanda, al considerar que dicho organismo no ha vulnerado derecho fundamental alguno del interno KEISON LEMUS GAMBOA.

Alude que resulta evidente que el EPC YOPAL está cumpliendo con el deber funcional que le asiste; pues por mandato legal es la USPEC y demás entidades contratadas las encargadas de prestar el servicio de salud a la población reclusa. Señala además que allí solo se cuenta con 1 médico, 1 odontólogo, 2 enfermeras jefe y personal de auxiliares de enfermería contratados por la Fiduprevisora.

Concluye que a la fecha, por medio del personal de sanidad, el personal contratado por Fiduprevisora ya adelantó la atención al interno, indicando que se valoró por medicina general que a su vez ordenó valoración por especialista y tratamiento con medicamentos los cuales fueron entregados; que se tramitó por Fiduprevisora autorización para cita por urología y que la misma fue asignada para el día 29/09/2016, adjuntando los soportes a su dicho, al igual que cartilla biográfica del interno LEMUS GAMBOA.

**Contestación de la FIDUPREVISORA a la solicitud de amparo constitucional:** (fls. 49 al 56 y anexos del 57 al 104).

Se hace presente como accionado en este escenario de debate a derechos fundamentales constitucionales de una persona privada de la libertad, indicando que el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015 (integrado por las Sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.) actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo de Atención en Salud a la Población Privada de la Libertad.

A continuación señala los antecedentes del contrato de fiducia mercantil 363 de 2015. Indica además que el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, carece de legitimación en la causa por pasiva, si se tiene en cuenta que no tiene competencia alguna frente a la prestación de los servicios médico - asistenciales, dado que en virtud del contrato de fiducia mercantil no le fueron asignadas esas obligaciones.

**CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:**

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la *dignidad humana* (art. 1 C.N.), desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de administrar justicia.

**Competencia:**

Este operador judicial investido de la función constitucional - para el caso específico - que le otorga la Carta Magna, a través del Despacho es competente para proceder a proferir sentencia

dentro de la acción especialísima de la tutela, de conformidad a lo estipulado en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991, pues la Constitución Política de 1991 instituyó la jurisdicción constitucional en los Jueces de la República; igualmente, de acuerdo a lo señalado en el Decreto 1382 de 2000 y al factor territorial por el lugar donde presuntamente se pudieren estar poniendo en peligro, amenazando o quizás vulnerando derechos fundamentales.

***Procedibilidad de la Acción de Tutela:***

La Constitución Política de 1991 que cuenta entre sus grandes aportes la institución de la tutela o amparo a derechos fundamentales, – opinión de especialistas en derecho constitucional que este administrador judicial comparte como un todo - que en sentido estricto es un derecho subjetivo público de la persona o individuo, un mecanismo excepcional diseñado en hora buena por el constituyente del 91 para amparar y proteger los derechos fundamentales, cuando estos pudieren ser puestos en peligro, o efectivamente violados, amenazados o desconocidos por alguna autoridad o por un particular que tenga la obligación de prestar el servicio público, y especialmente para evitar que las personas encargadas de prestarlos no abusen de los particulares que se ven obligados a acudir a esas entidades en procura de un servicio urgente.

Sin embargo, cumplidos 25 años de la puesta en marcha de esta útil herramienta se ha decantado de manera paulatina el abuso de esa figura principalísima, utilizándose equivocadamente para defender derechos económicos de grandes emporios, terratenientes y empresas multinacionales que sin asomo de escrúpulos han intentado por intermedio de

esta noble figura lograr objetivos que no alcanzaron a través de otros medios jurídicos dispuestos para ello, intentando de esta forma esquivar y dejar de lado los fines altruistas que buscó el constituyente, aunado a la aquiescencia de algunos servidores a favor de grandes empresas y otras de similar corte, sacrificando de paso en no pocas ocasiones derechos de trabajadores, campesinos despojados de sus tierras, pequeñas minorías, indígenas, comunidad afrodescendiente y en general personas del común. Lo anterior, ha dado pie a posiciones extremas de voces que sin sonrojarse piden acabar y/o modificar tan especial instrumento jurídico, sin valorar los grandes beneficios que le ha prestado al conglomerado social en especial de las clases menos favorecidas que han visto en él una tabla de salvación a situaciones en las cuales se ha visto comprometido hasta el don más preciado de la vida. Una aspiración de difícil tránsito ante los estamentos gubernamentales de hacienda nacional que han propuesto muchos servidores judiciales ha sido la creación de la jurisdicción constitucional a la que se le establezcan facultades especiales para adelantar y fallar todas las acciones de dicha estirpe y que tuvieran connotaciones especializadas en tal materia, que pudiere afianzar aún más esta práctica como herramienta de amparo y solución a problemas mediáticos y que contribuyera de alguna forma a la descongestión de los Despachos judiciales y consecuentemente una pronta solución de futuros litigios.

Ha reiterado en pronunciamientos anteriores este Despacho que esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: *la subsidiariedad y la inmediatez*; el primero por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y, el segundo, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable

cuando se hace preciso disponerla en guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

**Legitimación por activa:**

El artículo 86 de la Carta Política establece que las personas pueden interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia T-1020 de 30 de octubre de 2003, indicó que: "la acción de tutela es un medio de defensa que se encuentra al alcance de todas las personas *"nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas, (...) independientemente de si es ciudadano o no. De manera que pueden interponerla los nacionales, los extranjeros, **los que se encuentran privados de su libertad**, los indígenas e inclusive los menores de edad. No hay diferenciación por aspectos tales como raza, sexo o condición social, lo que indica que todo ser humano que se halle en territorio colombiano puede ejercer la acción, o, en el evento en que no se encuentre allí, cuando la autoridad o particular con cuya acción u omisión se vulnera el derecho fundamental se halle en Colombia"* (subrayado y resaltado del despacho).

En consecuencia, el accionante KEISON LEMUS GAMBOA como titular de los derechos fundamentales invocados, se encuentra habilitado para interponer esta clase de acción constitucional especial al considerar que las accionadas le están violando derechos de estirpe fundamental.

**Legitimación por pasiva:**

El INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC) a través de la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de mediana seguridad de Yopal, en calidad de entidad pública que regenta las cárceles del país, está legitimado como parte pasiva en el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, debido a que se le atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión, por lo cual está sujeto al ordenamiento jurídico y puede llegado el caso, ser receptor de órdenes judiciales para proteger los derechos de cualquier persona que los considere violados o amenazados; igualmente los otros accionados - UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS - "USPEC", entidad adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015 y/o FIDUPREVISORA, se encuentran debidamente legitimados para concurrir al presente proceso en calidad de demandados y ser sujetos de determinada decisión judicial, al tener asignadas específicas funciones relacionadas con la prestación del servicio de salud en la población privada de la libertad a cargo del INPEC.

**DERECHOS INVOCADOS, NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE:**

Los derechos presuntamente quebrantados están constitucionalmente protegidos; fueron expresamente calificados en la Constitución como fundamentales, así: **a la salud, la vida y la integridad física**. La jurisprudencia constitucional ha reconocido la misma naturaleza y protección a **la dignidad personal**, en conexión con el derecho a la vida (Art. 11 CP), cuyo reconocimiento como derecho inherente a la persona es del derecho interno y se encuentra protegido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ello, en la perspectiva formal, el trámite de la acción es procedente a pesar de la perentoriedad en cuanto a términos para

resolver; se encamina a establecer si efectivamente dichos derechos enunciados y resaltados, de estirpe constitucional fundamental, han sido conculcados o están siendo amenazados por las actuaciones o mejor posibles omisiones del INPEC a través del EPC YOPAL, UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS - "USPEC", el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015 y/o FIDUPREVISORA, en lo relacionado a los probables obstáculos que ha encontrado el interno LEMUS GAMBOA para acceder a los servicios médicos que requiere debido al deterioro en su salud que presenta.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado:

*"...Uno de los fines inmediatos de éste es el de vivir en condiciones saludables. A la vez, y bajo otro aspecto, la salud es un medio necesario para una vida digna, pues al hombre no sólo se le debe respetar su existencia biológica, sino que ésta sea de acuerdo a su dignidad de persona, es decir, como un ser que merece vivir bien. Es pues así como el derecho a la salud es un derecho fundamental, derivado del derecho a la vida que tiene toda persona humana, desde el momento de la concepción hasta su muerte, derecho que implica conservar la plenitud de sus facultades físicas, mentales y espirituales, y poner todos los medios ordinarios al alcance para la prevención de las enfermedades, así como para la recuperación." (Sentencia T 013 1995 Ponente Vladimiro Naranjo Mesa).*

Esa misma Corporación en Sentencia SU- 819 de 1999 expuso:

*"La Seguridad Social en Salud fue concebida en la Ley 100 de 1993 como un sistema destinado a regular el servicio público esencial de salud y a crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, bajo el imperio del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del interés general. Para ello, el Estado debería crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de todos a la atención básica en salud, ampliando progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud y garantizando la protección y la recuperación de la salud a los habitantes del país. **Obligación ésta que en los***

**términos de los artículos constitucionales 48 y 49 no sólo corresponde al Estado en la medida en que el beneficiario del servicio no cuente con los recursos necesarios para sufragarlos, sino igualmente a toda persona en la medida en que debe procurar el cuidado integral de su salud".**

Y más recientemente la Corte Constitucional<sup>1</sup> ha esbozado:

**"3. Doctrina constitucional sobre el derecho a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia.**

*De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política, la salud tiene una doble connotación: es un derecho fundamental y un servicio público. En este orden, todas las personas tienen la posibilidad de acceder al servicio de salud en las modalidades de promoción, protección y recuperación, correspondiéndole al Estado la organización, dirección, reglamentación y garantía de su prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.*

*De la misma forma, en los artículos 365 y 366 de la Carta Política, se dispone que los servicios públicos en general son inherentes a la función social del Estado, de conformidad con lo indicado en el artículo 2º ibídem, y que es deber del Estado asegurar su prestación a "todos los habitantes del territorio nacional" de acuerdo con la ley, "reiterando en este sentido la universalidad y con ello también la fundamentabilidad del servicio público asociado en este caso a la salud"*

*La protección que otorga el ordenamiento jurídico colombiano al derecho a la salud se complementa y fortalece con lo dispuesto sobre el mismo en el ámbito internacional, como por ejemplo en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su párrafo primero afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".*

*En este mismo sentido, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su párrafo primero precisa que los Estados partes reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". En el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas "medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho". Por su parte, la Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de*

<sup>1</sup> Sentencia T-345/11 del 5 de mayo de 2011, referencia: expedientes T-2.917.429 y T-2.935.581 (acumulados). Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

*los derechos y obligaciones originados en el Pacto, recordó que "la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente"*<sup>1</sup>.

Conforme a la ilustración *in extenso* que nos aporta la máxima guardiana de la Carta Magna, los derechos invocados gozan de protección especial conforme a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, además debe señalarse que la seguridad social goza de una doble connotación jurídica; por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra regulada bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se destaca el acceso efectivo a los servicios de salud. En armonía con lo anterior, el artículo 49 superior establece que la salud hace parte de la Seguridad Social y como tal, se constituye en un servicio público y en un derecho en cabeza de todas las personas.

También en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional<sup>2</sup> ha sostenido que el derecho a la salud constituye por sí sólo un derecho fundamental autónomo e independiente (antes la jurisprudencia lo referenciaba como en conexidad con el de la vida, lo que se califica hoy de artificioso), el cual debe ser garantizado de forma directa por el Estado Social de Derecho que rige nuestro sistema normativo, acorde con las siguientes consideraciones:

### **"3. El derecho a la salud como derecho fundamental"**

*El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual*

<sup>2</sup> Sentencia T-760 del 31 de Julio de 2008; M.P.: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. (...)

(...)

3.2.1.3. Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.<sup>3</sup> Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.<sup>4</sup> La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.<sup>5</sup>

(...)

3.2.1.4. Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir

<sup>3</sup> En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: "Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. ¶ 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica 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. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental." Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>4</sup> 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 Colporrafía posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloides que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte "[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud."

del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual,<sup>6</sup> extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.<sup>7</sup> En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer "(...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura."<sup>8</sup> Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la 'dignidad humana', "(...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición."<sup>9</sup>

3.2.1.5. El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. En cuanto a la Observación General N° 14, referida específicamente al derecho a la salud, se hará referencia posteriormente a ella en el presente capítulo de esta sentencia (ver apartado 3.4.2.). (...)

3.2.4. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la conexidad: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental.<sup>10</sup> La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino); en este caso la Corte consideró que "(...) la exclusión del régimen de seguridad social en salud del miembro homosexual de la pareja constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, pues la exclusión está fundada esencialmente en su libre opción sexual, lo cual hace de su derecho una garantía directamente protegida por la Carta. En tanto que la Corporación reconoce que la protección del derecho a la salud puede ser amparada directamente por vía de tutela, cuando la misma implica la violación de la dignidad humana, la Corte infiere que la medida que excluye de la prestación del servicio de salud se encuentra en abierta contradicción con la dignidad humana del individuo y, por tanto, contraria al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional."

<sup>7</sup> En la sentencia C-075 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil; SV Jaime Araujo Rentería; AV Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, 'en el entendido que el régimen de protección en ella contenida se aplica también a las parejas homosexuales'.

<sup>8</sup> En la sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino).

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino). En este caso se reiteró que "... dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.", tal como lo había considerado la Corte Constitucional en la sentencia C-684 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

<sup>10</sup> Desde su inicio la jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos sociales, económicos y culturales deben ser considerados fundamentales en aquellos casos en que estén en conexidad "con un principio o con un derecho fundamental". Sentencia T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón) Esta posición jurisprudencial, acogida rápidamente por otras Sala de Revisión de la Corte Constitucional (v.gr., sentencia T-571 de 1992; MP Jaime Sanín Greiffenstein), ha sido sostenida de manera continua e ininterrumpida hasta el momento.

derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como 'derechos de aplicación inmediata', tales como la vida o la igualdad.<sup>11</sup>

Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que "se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida", "sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales".<sup>12</sup> Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el 'principio de igualdad en una sociedad'.<sup>13</sup> Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de 'un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.'<sup>14</sup>

3.2.5. La jurisprudencia constitucional reconoció a través de la figura de la 'conexidad', casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida).

Pero la utilidad práctica de tal argumentación, ha sido cuestionada por la propia jurisprudencia. De hecho, recientemente la Corte consideró 'artificial' tener que recurrir a la 'estrategia de la conexidad' para poder proteger el derecho constitucional invocado. Dijo al respecto,

*"Hoy se muestra artificial 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. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional<sup>15</sup> y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.*

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso la Corte señaló: "En ciertos eventos - éste es uno de ellos - la atención médica inmediata tiene una relación directa con la conservación de la vida y la salud, hasta el punto que si ella deja de darse la persona puede morir o su salud menguarse en grado sumo. En estas condiciones la atención médica como modalidad del derecho a la vida y a la salud indiscutiblemente tendría aplicación inmediata (CP art. 85)."

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>15</sup> En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad – niños, niñas – o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión – personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aún tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.<sup>16</sup>

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a proteger el derecho 'fundamental autónomo a la salud'.<sup>17</sup> Para la jurisprudencia constitucional "(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud."<sup>18</sup> La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad.<sup>19</sup>

Sin embargo, esta variante jurisprudencial deja de ser relevante en punto a la cuestión de la fundamentalidad del derecho a la salud. (...)"

En otro contexto y en razón a la condición de interno en establecimiento penitenciario que ostenta el accionante, el artículo 5º de la Ley 65 de 1993 señala que **"En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respecto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral"**. Así se deduce que el hecho de estar una persona privada de la libertad no puede ser sinónimo de pérdida de

<sup>16</sup> Con relación a este desarrollo jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) en la cual se estudió el caso de una menor que padecía una *lesión nodular carnosa en cara posterior del lóbulo de la oreja izquierda* y a quien su médico especialista tratante había remitido al cirujano plástico para la extracción de la carnosidad. La EPS negó el procedimiento por considerar que el mismo era de carácter estético. La Corte protegió los derechos de la menor, ordenó practicar la cirugía e indicó: "(...) en el presente asunto se trata de una prestación excluida del POS. Considera, por el contrario, que se está ante una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a reestablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento suntuario ni cosmético".

<sup>17</sup> Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió "(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)".

<sup>18</sup> En la sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere "(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente." En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

<sup>19</sup> La Corte Constitucional, siguiendo el artículo 46 de la Constitución, ha considerado el derecho a la salud de las personas de tercera edad es un derecho fundamental, entre otros casos, en las sentencias T-527 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-935 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-441 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-073 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

los derechos fundamentales, pues de ser ello así, no solo se estaría desnaturalizando los fines de la pena, sino que también, se estaría atentado contra la *dignidad humana*.

Quienes son condenados a pena privativa de la libertad o deban permanecer detenidos de manera preventiva ***no pierden por ello sus derechos fundamentales***, la Constitución Política de 1991, dispuso la efectiva protección de las garantías mínimas constitucionales de todo ciudadano, independientemente de que la persona se encuentre privada de la libertad o no; sin embargo, quien por circunstancias de la vida se encuentre en dicha situación, está sujeto a una serie de *restricciones propias del régimen carcelario*, al igual que el régimen disciplinario al interior de cada establecimiento, con el propósito de cumplir con todas las normas de seguridad y organización dispuestas.

La condición de recluso, que en un momento dado pueda ostentar una persona, lo colocan dentro de un régimen penitenciario caracterizado por la *restricción* de ciertos derechos o prerrogativas y lo ubica dentro de un régimen excepcional, que siendo reglado, está bajo la dirección de las autoridades legalmente constituidas para el efecto, recayendo en ellas, la responsabilidad de tomar precisas determinaciones, en relación con los internos y el personal externo que venga a visitarlo.

#### ***Aplicación al caso concreto:***

Teniendo en cuenta que se encuentra de por medio derechos fundamentales como la salud, la vida y por ende la dignidad humana, se procederá a analizar una eventual violación por parte de las entidades accionadas, acorde con las competencias y/o funciones que desarrollan en la cobertura del servicio de salud de la población carcelaria a nivel nacional. Para tales efectos es dable traer a colación la normatividad que gobierna la prestación de los servicios de salud a dichas personas privadas de la libertad, dentro de las cuales tenemos

a la Ley 65 de 1993 que en su apartado correspondiente, establece lo siguiente:

**ARTICULO 104.** Modificado por el art. 65, Ley 1709 de 2014.

**"Artículo 104. Acceso a la salud.** Las personas privadas de la libertad tendrán acceso a todos los servicios del sistema general de salud de conformidad con lo establecido en la ley sin discriminación por su condición jurídica. Se garantizarán la prevención, diagnóstico temprano y tratamiento adecuado de todas las patologías físicas o mentales. Cualquier tratamiento médico, quirúrgico o psiquiátrico que se determine como necesario para el cumplimiento de este fin será aplicado sin necesidad de resolución judicial que lo ordene. En todo caso el tratamiento médico o la intervención quirúrgica deberán realizarse garantizando el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad.

En todos los centros de reclusión se garantizará la existencia de una Unidad de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en Salud Penitenciaria y Carcelaria.

Se garantizará el tratamiento médico a la población en condición de discapacidad que observe el derecho a la rehabilitación requerida, atendiendo un enfoque diferencial de acuerdo a la necesidad específica.

**ARTICULO 105.** Modificado por el art. 66, Ley 1709 de 2014.

**"Artículo 105. Servicio médico penitenciario y carcelario.** El Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) deberán diseñar un modelo de atención en salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad, incluida la que se encuentra en prisión domiciliaria, financiado con recursos del Presupuesto General de la Nación. Este modelo tendrá como mínimo una atención intramural, extramural y una política de atención primaria en salud.

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) será la responsable de la adecuación de la infraestructura de las Unidades de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en cada uno de los establecimientos Penitenciarios y Carcelarios en los cuales se prestará la atención intramural, conforme a los que establezca el modelo de atención en salud del que trata el presente artículo.

**Parágrafo 1º.** Créase el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, el cual estará constituido por recursos del Presupuesto General de la Nación. Los recursos del Fondo serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento del presente artículo y fijará la comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen.

**Parágrafo 2º.** *El Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, se encargará de contratar la prestación de los servicios de salud de todas las personas privadas de la libertad, de conformidad con el modelo de atención que se diseñe en virtud del presente artículo.*

*El Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad tendrá los siguientes objetivos:*

- 1. Administrar de forma eficiente y diligente los recursos que provengan del Presupuesto General de la Nación para cubrir con los costos del modelo de atención en salud para las personas privadas de la libertad.*
- 2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de la prestación del servicio de salud y garantizar un estricto control del uso de los recursos.*
- 4. Velar porque todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.*

**Parágrafo 3º.** *En el contrato de fiducia mercantil a que se refiere el parágrafo 1º del presente artículo, se preverá la existencia de un Consejo Directivo del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, integrado por los siguientes miembros:*

- \* El Ministro de Justicia y del Derecho o el Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa, quien lo presidirá.*
- \* El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.*
- \* El Ministro de Salud y Protección Social o su delegado.*
- \* El Director de la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, entidad que ejercerá la Secretaría Técnica del Consejo Directivo.*
- \* El Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).*
- \* El Gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate, con voz pero sin voto.*

**Parágrafo 4º.** *El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad tendrá las siguientes funciones:*

- \* Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.*
- \* Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo.*
- \* Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo.*
- \* Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones en materia de salud frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos.*

\* Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación.

\* Las demás que determine el Gobierno Nacional.

**Parágrafo 5º.** Los egresados de los programas de educación superior del área de la Salud podrán, previa reglamentación que se expida para tal fin dentro del año siguiente a la promulgación de la presente ley, llevar a cabo su servicio social obligatorio creado por la Ley 1164 de 2007 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios. El Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará el diseño, dirección, coordinación, organización y evaluación del servicio social que se preste en estas condiciones.

**Parágrafo transitorio.** Mientras entra en funcionamiento el modelo de atención de que trata el presente artículo, la prestación de los servicios de salud de las personas privadas de la libertad deberá implementarse de conformidad con lo establecido en los parágrafos 1º a 5º del presente artículo, de forma gradual y progresiva. En el entretanto, se seguirá garantizando la prestación de los servicios de salud de conformidad con las normas aplicables con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Igualmente el Decreto 2245 del 24 de Noviembre de 2015 "Por el cual se adiciona un capítulo al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, en lo relacionado con la prestación de los servicios de salud a las personas privadas de la libertad bajo la custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC", contempla:

**"Artículo 2.2.1.11.3.2. Funciones de la USPEC.** En desarrollo de funciones previstas en el Ley 4150 de 2011 y demás que fijen sus competencias, corresponde a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC, en relación con la prestación de servicios de salud de la población privada de la libertad:

1. Analizar y actualizar la situación de salud de población privada de la libertad a partir de la información suministrada por los prestadores de los servicios de salud, por conducto del Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC)
2. Analizar el efecto de los determinantes sociales en la situación salud de la población reclusa con fundamento en la información suministrada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.
3. Realizar la medición cuantitativa de riesgos, identificando los diferenciales poblacionales para la planeación de la atención y su modificación.
4. Contratar la entidad fiduciaria con cargo a recursos del Fondo Nacional de Salud de la Personas Privadas de la Libertad y establecer las condiciones para que dicha entidad contrate la prestación integral y oportuna de los servicios de salud para la población privada la libertad, de acuerdo con las decisiones del Consejo Directivo del Fondo, así como con el Modelo de Atención en Servicios Salud establecido y teniendo en consideración los respectivos manuales técnicos administrativos para la prestación de servicios salud que se adopten.

5. *Contratar las actividades de supervisión e interventoría sobre el contrato de fiducia mercantil que se suscriba, con los recursos del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad de acuerdo a lo previsto en numeral 6 del artículo 2.2. 1.11.2.3. del presente capítulo.*

6. *Elaborar un esquema de auditoria para el control, seguimiento, monitoreo y uso racional de los servicios de salud por parte de los prestadores y contratar dicha auditoría, sin perjuicio del control fiscal a cargo de la Contraloría General República, de ser procedente.*

7. *Garantizar la construcción, mantenimiento y adecuación de la infraestructura destinada a la atención en salud de las personas privadas de la libertad dentro de los establecimientos de reclusión del orden nacional.*

8. *Implementar el Modelo de Atención en Salud para la Población Privada de la Libertad, en coordinación con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. Para la implementación del Modelo se elaborarán los manuales técnicos administrativos que se requieran.*

9. *Coadyuvar la implementación de los lineamientos que en materia de salud pública expida el Ministerio Salud y Protección Social en coordinación con las autoridades territoriales de salud.*

10. *Reportar al Ministerio de Salud y Protección Social la información correspondiente a la atención en salud de la población privada de la libertad, de acuerdo con lineamientos establecidos en la normatividad vigente y previo acuerdo de articulación de información con el Sistema de Información del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC.*

11. *Las demás que sean necesarias para la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad.*

*Parágrafo. Además de lo dispuesto en el presente artículo, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- podrá brindar acompañamiento técnico a las entidades territoriales."*

Igualmente se evidencia que de conformidad con la contestación efectuada por la "USPEC", esta entidad suscribió el Contrato de Fiducia Mercantil No.363 del 23 de Diciembre de 2015, con el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, con el fin de: "ADMINISTRAR Y PAGAR LOS RECURSOS DISPUESTOS POR EL FIDEICOMITENTE EN EL FONDO NACIONAL DE SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD"; y con ocasión de del mismo el precitado Consorcio, suscribió a su vez el contrato No. 59940-001-2015 del 30 de Diciembre de 2015, con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A. COMO LIQUIDADOR DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM" EICE EN LIQUIDACIÓN, en aras de garantizar la prestación del servicio de salud a la población carcelaria a cargo del INPEC; y posteriormente el día 1 de febrero del 2016, se firmó OTRO SI No 01 al Contrato No. 59940-001-2015.

Conforme a las normas precitadas, en concordancia con las manifestaciones efectuadas por la entidades concernidas, se advierte que actualmente a quien le compete garantizar y prestar el servicio de salud integral es al **Fondo Nacional de Salud de la Personas Privadas de la Libertad** (cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica); sin embargo, el legislador estableció que el manejo y administración de dichos recursos debería hacerse a través de una Fiducia, la cual debería ser contratada por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios "USPEC", fiducia que tal y como se expuso en precedencia fue seleccionado el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, que en últimas es a quien le compete garantizar la contratación con las prestadoras de salud para asumir tal servicio.

Ahora bien retornando al caso sub-examine, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

El hoy accionante **KEISON LEMUS GAMBOA**, solicito al INPEC-EPC-Yopal – Área de Sanidad, se le brindara valoración médica por unas afecciones que padecía, dicha dependencia a través de la coordinadora logística le manifiesta que los encargados de la prestación de los servicios de salud en atención intramuros y extramural es la FIDUPREVISORA S.A.S. a la que envió sus requerimientos de autorizaciones y asignaciones que requiere (fls. 7, 8 y 9).

Ahora, se constata que conforme a lo allegado por el INPEC como anexo a su contestación (fls 38 y ss), una vez notificados los accionados de la tutela, se procede a valorar por medicina general al señor LEMUS GAMBOA e igualmente se tramita la autorización por especialista en Urología programándose la misma para el 29 de septiembre de 2016, dejándose las respectivas constancias de su estado de salud, procedimiento a seguir y medicamentos suministrados.

**Conclusión final:**

Como se puede constatar en el presente caso y de acuerdo a la documentación allegada por las entidades accionadas, la solicitud que origina la presente tutela ya ha sido tramitada y concedida a favor del Interno KEISON LEMUS GAMBOA, pues se demuestra documentalmente que dicho ciudadano fue atendido y valorado por el Médico General del Establecimiento Carcelario en donde está recluido, conforme al plan de salud establecido por Fiduprevisora S.A.S., suministrándole medicamentos, tramitándose igualmente cita con especialista en Urología, efectuados los cuales y conforme a sus resultados deberá adelantarse los procedimientos o tratamientos que el médico tratante disponga y otras actuaciones inherentes a la patología que actualmente presenta. Por lo anterior, conforme a las pretensiones de la demanda y para este estrado judicial llenan los requerimientos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado al respecto.

Por lo tanto, este estrado judicial se abstendrá de conceder el amparo solicitado, pues la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional como organismo supremo en materia de tutela, ha señalado que:

*"el supuesto del daño consumado impide el fin primordial de la acción de tutela, cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales, para evitar precisamente los daños que dicha violación pueda generar. Por consiguiente, en aquellos casos en donde ha cesado la causa que generó el daño ninguna utilidad reportaría una orden judicial, aun en el caso de que la acción estuviere llamada a prosperar, pues la misma no tendría el poder de modificar situaciones ya superadas y protegidas por la acción de la autoridad judicial".*

En conclusión, se declarará improcedente en este momento procesal la tutela instaurada por el señor KEISON LEMUS GAMBOA, al considerar que los hechos que originaron su solicitud de amparo – específicamente lo atinente a presunta no respuesta a autorización de

atención con médico especialista y órdenes de procedimientos y tratamientos médicos requeridos por la patología que presenta - ya han sido satisfechos por las entidades accionadas al comprobarse que sí se dio respuesta a los pedidos y disponer lo necesario y pertinente acerca de la atención y procedimientos médicos. Por lo tanto, nos encontramos frente a un hecho **superado** en esa materia.

Sin embargo, se prevendrá a las entidades accionadas para que a través de su representante o superior imparta directrices precisas y capacitación a sus colaboradores (empleados y/o funcionarios) en el sentido que estén más atentos y en el futuro se abstengan de demorar el trámite administrativo de autorizaciones para tratamientos, medicamentos, remisiones, etc, ordenadas por los galenos de turno para pacientes que las requieran con urgencia y cuyas prestaciones de seguridad social en salud deban ser satisfechas al encontrarse contempladas en el Plan Obligatorio de Salud Contributivo o Subsidiado según el caso, pues se ha convertido en costumbre que en cierto modo solo a través de tutela se proceda a encontrar soluciones al clamor de los familiares y de los mismos enfermos. Lo anterior, si se tiene en cuenta los derechos fundamentales que se podrían vulnerar o poner en peligro, debido a la presunta negligencia e indolencia de algunos servidores.

Recuérdese que las actividades y actuaciones de las Empresas Promotoras de Salud y demás estamentos ligados a la salud en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, deben ser consonantes con las disposiciones legales y jurisprudenciales, por cuanto como se dijo anteriormente los derechos de las personas protegidas constitucionalmente prevalecen sobre los de los demás entendiéndose por tal "la garantía de la **prestación de todos los servicios, bienes y acciones**, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de personas disminuidas en sus capacidades normales".

No obstante la decisión que se adopta para este caso particular, no deja de causar estupor, el afán de zafarse de responsabilidad en los entes accionados, por lo tanto, este Estrado Judicial no puede pasar por alto el hecho de que la Unidad de Servicios Penitenciario y Carcelarios "USPEC" es solidariamente responsable de las falencias y/o omisiones en que incurra el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, ya que el "USPEC" tiene a su cargo la supervisión del Contrato de Fiducia mercantil y le corresponde por ende vigilar la correcta ejecución del aludido contrato, por lo cual no puede ser indiferente ante dicha situación.

Se percibe de hecho que los males que aquejaban a los internos en los diferentes centros penitenciarios y carcelarios del país, lejos de solucionarse con la liquidación de CAPRECOM, tienden a empeorar, es decir, que en nuestro país solo se cambia de razón social o de aviso, pero no se experimenta mejoría en los innumerables inconvenientes.

No habrá lugar a condena en costas al no estructurarse las causales para ello.

Conforme a lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política de Colombia,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Declarar **superado** el obstáculo que originó la solicitud de tutela impetrada por KEISON LEMUS GAMBOA, en lo referente a carencia de autorizaciones para atención por médico especialista y realización de procedimientos y tratamiento acordes a la patología que presenta.

En consecuencia, **NEGAR POR IMPROCEDENTE** en este momento procesal el amparo requerido, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO.-** Prevenir a las entidades accionadas para que en el futuro se abstengan de demorar el trámite de autorizaciones, remisiones, medicamentos etc., ordenadas por los galenos de turno para pacientes que las requieran con urgencia y cuyas prestaciones de seguridad social en salud deban ser satisfechas al encontrarse contempladas en el Plan Obligatorio de Salud Contributivo o incluso Subsidiado, según el caso.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

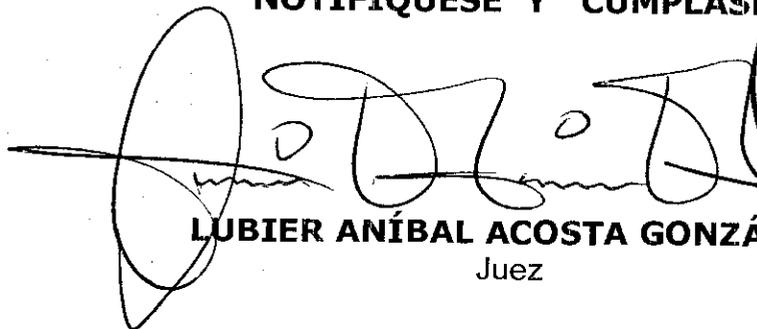
**CUARTO:** Por Secretaria del Despacho en forma inmediata líbrense las comunicaciones para notificar la decisión por la vía más expedita, remitiendo copia de esta providencia al señor DIRECTOR DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE YOPAL, al Representante Legal del CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015 y a la Directora General de UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS "USPEC".

Igualmente, notifíquese el presente fallo al señor agente del Ministerio Público delegado ante este estrado; y al accionante por intermedio de la Oficina Asesora Jurídica EPC-YOPAL del Establecimiento.

**QUINTO:** Si esta providencia no fuere impugnada, remítase en el momento oportuno a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Se termina y firma siendo las 5:00 P.M.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUBIER ANÍBAL ACOSTA GONZÁLEZ**  
Juez

