



67

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

Yopal – Casanare, ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Ref.:
Medio Constit: TUTELA
Situación presuntamente omisiva de las accionadas al no dar respuesta positiva a pedimento del accionante relacionado con tratamiento odontológico que requiere, lo que considera vulnera los derechos a la salud, vida, integridad física y dignidad humana.

Accionante: DUMAR ALEXANDER TINEO NIEVES
Accionado: INPEC-DIRECCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE YOPAL-CASANARE; UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS "USPEC"; FIDUPREVISORA S.A. y CONSORCIO FONDO DE SALUD PPL.
Radicación: 850013333-002-2017-00021-00

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 Y ANTECEDENTES DE LA DEMANDA:

Mediante manifestación por escrito, el señor DUMAR ALEXANDER TINEO NIEVES 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 de la salud en conexidad con la vida, la dignidad humana y la integridad física, que considera amenazados por el ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE YOPAL "INPEC E.P.C. YOPAL" y CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, al considerar que no le ha

prestado una atención integral a una afección en su dentadura y que por ello requiere tratamiento urgente, situación que está afectando su estado de salud y su dignidad como persona, pues no puede masticar alimentos y presenta dolor agudo permanente.

PRETENSIONES:

Conforme a la propia redacción del escrito contentivo de la demanda, el accionante pretende:

"(...) se amparen mis derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, a la integridad física, la dignidad humana en aplicación de los artículos 1, 11, 48, 49 y 13 de la C.N.

Como consecuencia de lo anterior se ordene al INPEC y a la entidad prestadora de los servicios de salud EPS que haga sus veces, que en un término perentorio, me brinde la atención médica que requiera en mi caso odontológica."

Como soporte a su pedimento allega manuscrito dirigido por DUMAR ALEXANDER TINEO NIEVES al Coordinador del Área de Sanidad del EPC Yopal, mediante el cual solicita se le asigne lo más pronto posible una cita odontológica por problemas de salud oral que presenta. Dicho derecho de petición posee firma de un recibido a mano de fecha 6 de septiembre de 2016 (fl. 5).

ACTUACIÓN PROCESAL:

El escrito de tutela fue interpuesto ante la Oficina de Apoyo de Servicios Judiciales de Yopal el 26 de enero de 2017, repartido a este Estrado Judicial (allegado a la Secretaría a las 4:11 p.m.) y admitida mediante auto de la misma fecha (tal y como obra a folios 6 a 8 del cuaderno principal), donde se incluyó como parte demandada adicionalmente a la Fiduprevisora S.A. y a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios "USPEC", disponiendo que dichas entidades contaban con el término de tres (3) días para que informasen lo correspondiente a la solicitud del accionante y se manifesten sobre la demanda impetrada, igualmente y dentro del mismo término deberían 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 a las entidades conformantes de la parte demandada y al Agente del Ministerio Público Delegado ante este Juzgado y al accionante por intermedio de la oficina jurídica del INPEC-YOPAL (fls. 9 y 10 c.1.).

Manifestación del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Yopal "EPC Yopal": (fls. 12 a 15 c.1.)

A través del Director de dicha institución carcelaria, se hace presente en esta etapa procesal señalando en principio que efectivamente el señor DUMAR ALEXANDER TINEO NIEVES se encuentra recluido en el establecimiento penitenciario y carcelario de Yopal desde el 4 de octubre de 2013.

Alude que la entidad a su cargo tiene como objeto ejercer la vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad y el seguimiento del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado, de conformidad con los Decretos 2160 de 1992 y 1451 de 2011.

Seguidamente hace referencia a un fallo del Tribunal Administrativo de Casanare de fecha 8 de Septiembre de 2016 (tutela 2016-00190), donde concluye que legalmente a quien le compete brindar y garantizar el servicio de salud a la población carcelaria es a la persona jurídica denominada USPEC (acorde con lo normado en la Ley 1709 de 2014 y Decreto 2519 de 2015), quien debe proveer soluciones institucionales con cargo al patrimonio autónomo, confiado contractualmente (por fiducia de administración) al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, el que a su vez contrata la red de prestadores que deben garantizar la continuidad de dicho servicio; igualmente hace

referencia al régimen de transición (en cabeza de CAPRECOM E.I.C.E. en Liquidación hasta el 31 de Diciembre de 2015 y prorrogado hasta el 1º de Febrero de 2016) establecido previo a la entrada en operación del aludido sistema de salud, y finalmente alude que dadas la falencias que se presentaron en dicha transición el Gerente del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, expide un comunicado general del 26 de Mayo de 2016, endilgando gran parte de la prestación del servicio de salud al INPEC y descargando la responsabilidad en el área de sanidad de cada establecimiento de reclusión, sin que dicha misiva hubiera sido debidamente reconocida ni por el INPEC, ni por la USPEC; sin embargo, afirma que en aras de proteger los derechos de la población carcelaria se ha estado tramitando y coordinando la atención de los internos del establecimiento, acorde con las gestiones que adelanten las prestadoras de salud, ya que el INPEC-YOPAL no tiene injerencia en esta materia.

Así mismo, informa que en el área de sanidad del Establecimiento se cuenta con 1 médico, 1 odontólogo, 2 enfermeras Jefe, personal de auxiliares de enfermería, contratados por la Fiduprevisora y que respecto al caso en concreto del señor DUMAR ALEXANDER TINEO NIEVES por medio del área de sanidad el personal contratado por la Fiduprevisora, ya adelantó la atención odontológica requerida por el interno realizándole los procedimientos y de acuerdo con el profesional de la materia ya se ha adelantado cirugía maxilofacial y para continuar con el tratamiento se debe esperar el proceso de cicatrización y dichos procedimientos tienen unos protocolos establecidos los cuales son necesarios cumplir para poder realizar la prótesis.

En este orden de ideas, manifiesta que no se evidencia vulneración de derecho fundamental alguno, con el adicional de que el INPEC no tiene la competencia y/o facultad para contratar a los prestadores del servicio de salud, y por obvias razones, tampoco la tiene para prestar directamente este servicio, por lo cual, cualquier orden que se

imparta a esta entidad, resulta desproporcionada, arbitraria e imposible de cumplir.

Como soporte de lo manifestado allega la siguiente documentación:

- Copia de documento denominado "Valoración odontológica de ingreso" con fecha de inicio 21 de septiembre de 2016 perteneciente al interno TINEO NIEVES DUMAR teniendo como última valoración el día 31 de enero de 2017 cuando se le realiza extracción pieza dental debiendo continuar tratamiento integral y esperar aproximadamente 2 meses para realizar impresiones para prótesis parcial (16 al 17 vto).
- Copia de la Cartilla Biográfica del interno DUMAR ALEXANDER TINEO NIEVES (fls. 18 y 19 c.1.).

Pronunciamiento del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL-2015: (fls. 21 al 25 vto. c.1.).

Por intermedio del Gerente del aludido consorcio y dentro del término legal, allegan su respectivo escrito de contestación, señalando que el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad es una cuenta especial de la Nación creada en virtud de lo establecido en la Ley 1709 de 2014. En consecuencia de lo anterior y en cumplimiento de lo establecido en la misma Ley 1709/14, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) suscribió con el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 (integrado por las Sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.), el contrato de fiducia mercantil No. 363 de 2015 el cual tiene como objeto: "(...) Administrar y pagar los recursos dispuestos por el fideicomitente en el Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad. (...) " (...) los recursos del Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad que recibirá la fiduciaria DEBEN DESTINARSE A LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DERIVADOS Y PAGOS NECESARIOS PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD Y LA PREVENCIÓN DE LA ENFERMEDAD DE LA PPL A CARGO DEL INPEC (...)" ; acorde con lo anterior, sostiene que

se ha configurado una Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, atendiendo el hecho de que el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, es el administrador fiduciario de los recursos del patrimonio autónomo del Fondo de Atención en Salud para la Población Privada de la Libertad, quien en desarrollo de sus obligaciones contractuales y en virtud de la existencia del Patrimonio Autónomo, por instrucciones del Consejo Directivo del Fondo de Salud, suscribe la contratación de la prestación de los servicios de salud de la población privada de la libertad previamente instruida por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios-USPEC-; pero NO funge en este negocio fiduciario como entidad prestadora de servicios (EPS) ni como institución prestadora de servicios (IPS), sino como administrador de los recursos del patrimonio autónomo de conformidad con la ley mercantil y sus obligaciones contractuales, limitándose a la contratación de los servicios y pago de los mismos.

Aduce que en virtud de lo anterior, se contrató una red de atención primaria intramural y extramural.

Finalmente solicita al Despacho que para estos casos se tenga en cuenta lo establecido en el Manual Técnico Administrativo para la Prestación del Servicio de Salud a la Población Privada de la Libertad a cargo del INPEC, publicado el 19 de Febrero de 2016 por el USPEC, en la página web de la USPEC, en el cual se determinan las funciones de cada participante dentro del modelo de atención en salud en modalidad intramural y extramural y en ese sentido, requerir al EPC YOPAL a efectos de que por intermedio del Área de Sanidad brinde la atención médica que requiere el accionante.

Adjunta como soporte documental de su posición jurídica, copia del Contrato de Fiducia Mercantil No. 331 del 27 de diciembre de 2016 e igualmente, copia del Manual Técnico Administrativo para la prestación del servicios de salud a la población privada de la libertad a cargo del INPEC (fls. 26 a 53 vto. c.1.).

Manifestación de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios

– **"USPEC"**: (fls. 60 al 65 c.1.)

Dentro del término concedido, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del "USPEC" remite la respectiva contestación de la demanda, sosteniendo que 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, es el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2017, acorde con las siguientes consideraciones:

En principio 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:

"...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 1°. *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 2°. *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 1° a 5° 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.*

Con fundamento en lo anterior, refiere que en resumen, dentro de las competencias otorgadas a la Unidad conforme a lo dispuesto en la ley 1709 de 2014 se suscribió contrato de fiducia mercantil No. 331 de 2016, entre la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC y el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2017 el cual se encarga de administrar los dineros y garantizar los pagos dispuestos para la atención integral en salud y la prevención de enfermedades de la población privada de la libertad, con esto se garantiza la continuidad de la prestación de los servicios médicos a los internos con lo cual se va a mejorar ostensiblemente la prestación del servicio, igualmente el fideicomiso tiene la facultad de suscribir contratos con las IPS y EPS, los cuales colaboran con la prestación eficaz de los servicios de salud.

Finalmente solicita se vincule al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2017.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a 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 máspreciado 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 atendiendo el encuadramiento del caso).

En consecuencia, el accionante DUMAR ALEXANDER TINEO NIEVES como titular de los derechos fundamentales invocados, se encuentra habilitado para interponer esta clase de acción constitucional especial al considerar que el accionado le está 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 2017 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 raigambre constitucional fundamental, han sido conculcados o están siendo amenazados o puestos en peligro 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 TINEO NIEVES para acceder a los servicios médico - odontológicos que requiere debido al deterioro 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 Constitucional¹ 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

¹ 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

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 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".

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 artículos 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 Constitucional² 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

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

artificial), 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 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.³ 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.⁴ La

³ 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).

⁴ 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.

jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁵
 (...)

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 del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual,⁶ extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.⁷ 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."⁸ 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."⁹

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

⁵ 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 queloide 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."

⁶ 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, contraría al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional."

⁷ 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 contenido se aplica también a las parejas homosexuales'.

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

⁹ 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).

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.¹⁰ 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 derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como 'derechos de aplicación inmediata', tales como la vida o la igualdad.¹¹

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".¹² 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'.¹³ 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'.¹⁴

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

¹⁰ 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.

¹¹ 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)."

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

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

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

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 constitucional¹⁵ 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.

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.”¹⁶

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’.¹⁷ 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.”¹⁸ 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.¹⁹

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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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”

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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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).

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 respeto 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 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 sitúan dentro de un régimen penitenciario caracterizado por la *restricción* de ciertos derechos o prerrogativas, ubicándolo 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 1°. *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 2°. *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 3°. *En el contrato de fiducia mercantil a que se refiere el parágrafo 1° 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 4°. *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 5°. *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 1° a 5° 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. 331 del 27 de Diciembre de 2017, 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"**.

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 2017, que en ultimas es a quien le compete garantizar la contratación con las prestadoras de salud para asumir tal servicio.

Al respecto el Honorable Tribunal Administrativo de Casanare²⁰, se pronunció sobre esta materia, señalando en la parte pertinente lo siguiente:

"7. El Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 es el responsable de la prestación directa de los servicios de salud a la población privada de la libertad en cumplimiento al contrato de fiducia mercantil que suscribiera con la unidad de servicios penitenciarios y carcelarios Uspec, razón por la cual las órdenes que le fueran dadas en la sentencia de primera instancia están acordes con el ordenamiento jurídico.

*8. No obstante lo aseverado en el punto anterior, y si bien es cierto le asiste razón al representante de la Uspec al indicar que tal entidad no es la prestadora directa de los servicios de salud al personal interno de las penitenciarías y cárceles existentes en el país y administradas por el Inpec, no es menos cierto que existe norma legal expresa contenida en la Ley 1709 de 2014 que modificó en lo pertinente la Ley 65 de 1993 que le atribuye a la mencionada Unidad tal función, ya que al ser administradora del fondo y además contrata la fiducia con los dineros que hacen parte de este, tal situación la convierte en garante y debe responder porque el servicio sanitario se preste adecuadamente; además, al efectuarse una interpretación sistemática de la normatividad existente sobre la materia se colige indubitadamente que dicha unidad tiene la calidad de gestora, coordinadora, controladora, supervisora y vigilante del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la fiduciaria e indirectamente las que le conciernen al consorcio; razón por la cual está en la obligación de concurrir a la eficiente y oportuna prestación del servicio de salud de dichas personas desplegando sus facultades y atribuciones en tal sentido, como efectivamente ya lo hizo en este caso en específico al requerir a su contratista (véase fl. 97 c. principal) indicándole: "Por lo anterior, **con carácter urgente** le solicito remitir los documentos que acrediten el cumplimiento total del fallo, en virtud de la cláusula primera del Contrato No. 59940-001-2015, suscrito entre **el Consorcio y la Fiduciaria Previsora S.A., FIDUPREVISORA S.A.** que tiene por objeto: "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".*

Conclusión final:

Interpretando armónicamente los apartes jurisprudenciales antes citados, en especial lo ilustrado por la máxima guardiana de la Carta Magna y aplicables al caso *sub-judice*, encuentra este operador judicial lo siguiente:

²⁰ Sentencia de fecha 14 de Abril de 2016; M.P.: Nelson Manuel Briceño Chirivi; dentro de la Acción de Tutela con radicado No. 85001-33-33-0022016-00070-01, Dte: Andrés Hernando Vidales Zabala y Ddo: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, USPEC y Otro.

- El hoy accionante **DUMAR ALEXANDER TINEO NIEVES**, aduce en su escrito de tutela que viene padeciendo una afección en su dentadura, sin que se le haya brindado un tratamiento integral a su problema, causándole inconvenientes para masticar alimentos y causándole dolor constante, afectando su salud.
- Ahora bien, en primer lugar es dable mencionar acorde con el acervo probatorio recaudado, que al interno accionante se le ha tratado con anterioridad en lo referente a problemas odontológicos desde septiembre del año 2016, sin embargo los inconvenientes han continuado y el último reporte es de enero 31 de 2017 cuando solicita prótesis se le extrae pieza en mal estado, informándole que debe continuar con el tratamiento odontológico integral y esperar aproximadamente 2 meses para realizar impresiones.
- Consecuencia de lo ante dicho, se concluye que no se establece del material probatorio allegado que las entidades demandadas le han impedido y/u obstaculizado el acceso al servicio de salud al señor DUMAR ALEXANDER TINEO NIEVES, o hayan sido inermes ante la situación y dolencias del quejoso, ya que dentro del expediente se probó que está siendo partícipe de un procedimiento odontológico, que según se avizora culminara con la imposición de una prótesis parcial, pero todo acorde con las disposiciones del médico tratante, por lo cual en este momento, no se evidencia vulneración alguna al derecho a la salud, por lo cual no queda otro camino a este Operador Judicial que negar la pretensiones de la demanda.
- Sin embargo, - a pesar de lo acontecido en este caso específico - 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 desazón y desconcierto, la actitud de los entes accionados en su afán de zafarse de responsabilidad, 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 2017, 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 continúan y se perpetúan las malas prácticas en el sentido que 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.- NEGAR las pretensiones de tutela incoada por el señor **DUMAR ALEXANDER TINEO NIEVES**, 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.

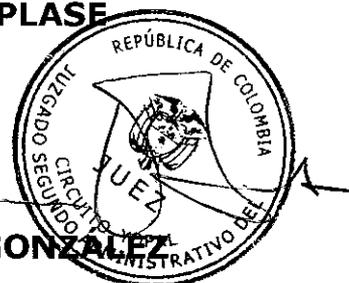
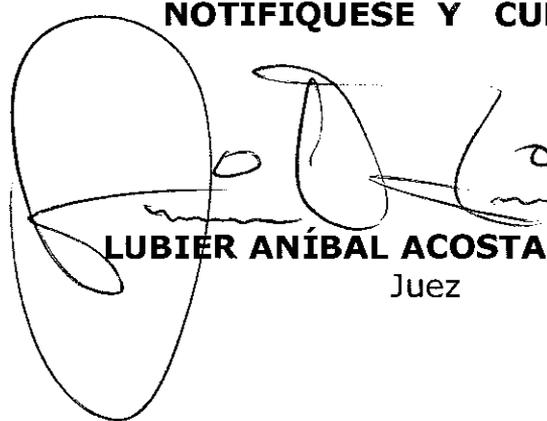
CUARTO: Por Secretaria del Despacho en forma inmediata líbrense las comunicaciones para notificar la decisión por la vía más expedita, remitiendo copia de esta providencia al señor DIRECTOR DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE YOPAL, al Representante Legal del CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN 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 GONZALEZ
Juez