



REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS SENTENCIA No. 184

Cali, catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

I.- ASUNTO

Se profiere sentencia en la acción de tutela incoada por ISABEL OREJUELA PARRA, quien actúa como agente oficiosa de ROSA MARIA PARRA GIRON, en contra de la E.P.S EMSSANAR S.A.S, con el fin de que se le proteja su derecho fundamental a la salud.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

1.- Manifiesta la accionante que, a su señora madre desde el día 2 de febrero de 2023 le ordenaron la realización de 4 ciclos de quimioterapia con un intervalo de 21 días.

2.- Que los primeros 3 ciclos del tratamiento no se le realizaron con la periodicidad requerida y desde el 7 de junio de 2023 están esperando el ultimo ciclo, el cual le fue autorizado solo el 11 de julio y hasta el momento no se le ha realizado, lo cual atenta contra su derecho a la salud y a la vida.

B. PRETENSIONES DE LA ACCIONANTE.

Solicita la accionante que se ordene a EMSSANAR EPS que autorice y realice el cuarto ciclo de quimioterapia y se le proporcione el tratamiento integral que requiere para su enfermedad.

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de fecha 01 de agosto de 2023, este despacho admitió la tutela ordenando oficiar a las entidades accionadas con el fin de que en el término de dos días se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y se dispuso la vinculación a la presente acción a la CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, ADRES y las SECRETARIAS DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL DE SALUD.



En esa misma providencia se dispuso como medida provisional: *"ordena a la E.P.S EMSSANAR S.A.S, que de manera INMEDIATA autorice y realice a través de alguna institución de su red prestadora de servicios el tratamiento denominado "ciclo 4 de politerapia de alta toxicidad".*

D.- RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y LAS VINCULADAS.

EMSSANAR EPS manifiesta que *"Conforme a la Resolución 2808 del 2022, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual actualiza integralmente el PBS para el año 2022; el servicio de salud denominado CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS - CALI (VALLE), médico tratante ordena POLITERAPIA ANTINEOPLASICA DE ALTA TOXICIDAD, HEMOGRAMA, CREATININA, TRANSAMINASA GLUTAMICO OXALACETICA [ASPARTATO AMINO TRANSFERASA], TRANSAMINASA GLUTAMICO-PIRUVICA [ALANINO AMINO TRANSFERASA], FOSFATASA ALCALINA y CONSULTA DE CONTROL POR ESPECIALISTA EN ONCOLOGIA catalogado como PBS, razón por el cual el médico de tutelas, procede a verificar la plataforma Conexia Lazos donde logra evidenciar que dicho servicio se encuentra autorizado bajo NUA No 2023002088336, 2023002088353 2023002088319 para ser garantizados por los prestadores CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS - CALI (VALLE). (...)*

Es importante aclarar al despacho judicial que es responsabilidad del prestador CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS - CALI (VALLE) tal garantizar la práctica de lo requerido."

LA SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL sostiene que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la llamada a suplir lo solicitado por la accionante es la EPS.

LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL manifiesta que *"Siendo concordantes con el Principio de integralidad y continuidad, estando la accionante ACTIVA en la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB) EMSSANAR S.A.S. esta entidad como administradora de servicios en salud, deberá garantizar en forma Integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos, se encuentren o no descritos dentro del plan de beneficios, conforme a lo indicado por su médico tratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, a través de las IPS de la red pública o privada con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, o adquirirlo de no tenerlo."*

ADRES sostiene *“es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.”*

III. PROBLEMA JURIDICO

Corresponde al Despacho determinar, si EMSSANAR EPS ha vulnerado los derechos invocados por la señora ROSA MARIA PARRA GIRON por no haber realizado el cuarto ciclo de quimioterapia que le fue ordenado por su médico tratante.

IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

A. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2.591 de 1.991 y artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, este despacho es competente conocer la tutela de la referencia.

B. MARCO NORMATIVO Y JURIPRUDENCIAL

3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo

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

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



Derecho fundamental por conexidad

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

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

La salud como derecho fundamental autónomo

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

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

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

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



3.1.11. *En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.*"¹

Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que "la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud".

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el "(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)".

*Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que "la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones no puede ser de recibo en el **ordenamiento jurídico** colombiano". Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía "pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de **lo mandado por el constituyente**".*

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces

¹ Sentencia Y-171-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger

constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.”²

C. CASO CONCRETO

En primer lugar y antes de adentrarnos en el análisis del caso que ahora ocupa la atención del Despacho, hay que decir que se encuentran cumplidos los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela.

En efecto: i) se trata de un asunto de relevancia constitucional; ii) la parte accionante no tiene al alcance otro mecanismo de igual eficacia para obtener la protección del derecho que invoca; iii) están identificados los hechos y iv) se cumple con el requisito de inmediatez, amén de que existe legitimación en la causa en las partes comparecientes.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora ROSA MARIA PARRA GIRON padece de cáncer de mama, por lo que su médico tratante le ordenó la realización de 4 ciclos de quimioterapia, con intervalos de 21 días, de los cuales, no se le ha realizado el último ciclo que debió suministrársele el 28 de junio.

Por su parte, EMSSANAR EPS sostiene y acredita que los ciclos de quimioterapia fueron autorizados para la Clínica Nuestra Señora de los Remedios, IPS que ha debido realizárselos.

Para efectos de verificar el cumplimiento de la medida provisional, se sostuvo comunicación telefónica con la paciente el día 11 de agosto, quien manifestó que no se le ha realizado el último ciclo de quimioterapia.

La CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, entidad a la que se vinculó al presente asunto, no contestó la tutela y guardó silencio durante todo el trámite constitucional, situación por la cual se dará aplicación a la presunción de veracidad, instrumento estatuido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, por lo que los hechos expuestos en el escrito tutelar serán tenidos como ciertos, como sanción al desinterés o negligencia de la citada institución.

Por lo anterior y como quera que la CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, no ha realizado el último ciclo de quimioterapia a la señora ROSA MARIA PARRA GIRON, lo cual conculca de manera ostensible el derecho a la salud y a la vida de la paciente, quien ha

² Sentencia T-196-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger



visto interrumpido su tratamiento desde el mes de junio, se concederá la protección constitucional invocada.

En consecuencia, se ordenará a la CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, realice a la señora ROSA MARIA PARRA GIRON el cuarto ciclo de quimioterapia, siempre que las condiciones médicas de la paciente lo permitan.

Respecto de la pretendida integralidad, entendida esta como la garantía continua de los servicios médicos, tenemos que decir que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración, razón por la cual se considera que atendiendo a las especificidades del presente asunto, esta no resulta procedente, además hacerlo implicaría adentrarse en un terreno ajeno y desconocido, como lo son las condiciones médico clínicas que varían constantemente, lo cual conlleva naturalmente que los galenos varíen los tratamientos, procedimientos y medicamentos a suministrar, escenario sobre el cual el alto tribunal constitucional ha manifestado que: *"...no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas"*.³ (Énfasis del Juzgado)

A la luz de dicho pronunciamiento, podemos resaltar que no le es dable al juez de tutela fallar en abstracto, respecto de los posibles servicios y/o necesidades médicas que pudiese requerir el accionante, además tal planteamiento acarrearía una imposibilidad jurídica, dado que no resultaría posible determinar sobre qué aspectos estaría dada la integralidad, máxime aun cuando se desconocen las implicaciones que pudiesen ocasionar a futuro sus múltiples diagnósticos, pues bajo estas condiciones se ampliarían ostensiblemente el espectro de consecuencias y necesidades médicas, por tanto de atribuirle a la promotora de salud accionada un fallo en ese sentido implicaría condenar a la EPS una obligación incierta y sin fin.

v.- DECISION

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONCEDER la protección tutelar invocada por la señora ROSA MARIA PARRA GIRON.

SEGUNDO: ORDENAR a la CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, realice a la señora ROSA MARIA PARRA GIRON el cuarto ciclo de quimioterapia, siempre que las condiciones médicas de la paciente lo permitan.

TERCERO: NEGAR la solicitud de tratamiento integral, por lo expuesto.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes, a más tardar al día siguiente por el medio más expedito el presente fallo (art. 30 Decreto 2.591/91).

QUINTO: Si no fuere impugnada la decisión dentro del término de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts. 31 y 32 ibídem).

SEXTO: ARCHIVASE en su oportunidad.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,



CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad. 2023-184-00