REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL
DE EJECUCION DE SENTENCIAS
SENTENCIA No. 202

Cali, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

I.- ASUNTO

Se profiere sentencia en la acción de tutela incoada por el señor JOSE DANIEL ÑAÑEZ CEBALLOS en contra de la EPS COMFENALCO VALLE, con el fin de que se le proteja su derecho fundamental a la salud.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

1.- Manifiesta el accionante que, fue diagnosticado con ESTRABISMO PARALITICO" desde el 19 de abril de 2023, por lo que el médico tratante le ordenó la realización del procedimiento: " *EP- REINCERSION O RETROINCERCION DE MUSCULOS RECTO Y OBLICUO CIRUGIA ESTRABISMO OJO DERECHO"*, y la realización de los exámenes previos de rigor, los cuales una vez practicados procedió a radicarlos el 15 de junio de 2023 para que se le fijara fecha para la cirugía.

2.- Que, hasta el momento y pese a que reiteró la petición mediante correos electrónicos de 14 y 27 de julio de 2023, no se le ha realizado el procedimiento quirúrgico.

B. PRETENSIONES DEL ACCIONANTE.

Solicita el accionante que se ordene a COMFENALCO VALLE DE LA GENTE EPS que le realice el procedimiento *"EP- REINCERSION O RETROINCERCION DE MUSCULOS RECTO Y OBLICUO CIRUGIA ESTRABISMO OJO DERECHO."*

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de 22 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 de CLINICA SIGMA, el ADRES y las SECRETARIAS DEPARTAMENTAL y MUNICIPAL DE SALUD.

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

COMFENALCO VALLE DE LA GENTE EPS , no contestó la tutela, pese a haber sido oportunamente notificada.

SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD: Expone que *"Siendo concordantes con el Principio de integralidad y continuidad, estando el accionante ACTIVO en la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB) EPS COMFENALCO VALLE esta entidad coo 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."*

LA SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL: manifiesta que *la Secretaría de Salud Pública Distrital de Santiago de Cali, no es prestadora de Servicios en Salud, lo que hace como autoridad sanitaria bajo los preceptos legales que la regulan, es articular esfuerzos para garantizar la salud de la población mediante la rectoría, el direccionamiento de las políticas de salud, el control, la coordinación y vigilancia del Sector Salud y del Sistema de Seguridad Social en la Salud del Distrito, en un marco de humanización, buenas prácticas, garantía de los derechos y armonización de las relaciones entre los actores del sistema.*

III. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si COMFENALCO VALLE DE LA GENTE EPS ha vulnerado los derechos del accionante por no autorizar y realizar el procedimiento quirúrgico que le fue ordenado por el 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 el señor JOSE DANIEL ÑAÑEZ CEBALLOS fue diagnosticado con ESTRABISMO PARALITICO" desde el 19 de abril de 2023, por lo que el médico tratante le ordenó la realización del procedimiento: " *EP- REINCERSION O RETROINCERCION DE MUSCULOS RECTO Y OBLICUO CIRUGIA ESTRABISMO OJO DERECHO"*, la cual hasta el momento no se le ha realizado

La EPS COMFENALCO VALLE DE LA GENTE por su parte, 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 quiera que COMFENALCO VALLE DE LA GENTE EPS, no ha realizado al señor JOSE DANIEL ÑAÑEZ CEBALLOS el procedimiento: *"EP- REINCERSION O RETROINCERCION DE MUSCULOS RECTO Y OBLICUO CIRUGIA ESTRABISMO OJO DERECHO"*, ordenado por el médico tratante desde el 19 de abril de 2023, lo cual indudablemente conculca su derecho a la salud, la protección constitucional se abre paso.

En consecuencia, se ordenará a COMFENALCO VALLE DE LA GENTE EPS**,** que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de este fallo autorice y realice al señor JOSE DANIEL ÑAÑEZ CEBALLOS el procedimiento: *"EP- REINCERSION O RETROINCERCION DE MUSCULOS RECTO Y OBLICUO CIRUGIA ESTRABISMO OJO DERECHO"*, siempre que las condiciones médicas del paciente lo permitan.

V. DECISION

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

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 el señor señor JOSE DANIEL ÑAÑEZ CEBALLOS**.**

SEGUNDO: ORDENAR a COMFENALCO VALLE DE LA GENTE EPS, que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de este fallo autorice y realice al señor JOSE DANIEL ÑAÑEZ CEBALLOS el procedimiento: *"EP- REINCERSION O RETROINCERCION DE MUSCULOS RECTO Y OBLICUO CIRUGIA ESTRABISMO OJO DERECHO"*, siempre que las condiciones médicas del paciente lo permitan.

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

CUARTO: 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).

QUINTO: ARCHIVESE el expediente en su oportunidad.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,

CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad.- 2023-202-00