



REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS SENTENCIA No. 226

Cali, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

I.- ASUNTO

Se profiere sentencia en la acción de tutela incoada por el señor JAIRO MARIN LOPEZ en contra de la EPS EMSSANAR S.A.S, con el fin de que se le proteja su derecho fundamental a la salud.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

1.- Manifiesta el accionante, que el 17 de mayo de 2023 el especialista en oftalmología le ordenó la realización del procedimiento quirúrgico "*extracción extracapsular asistida de cristalino e inserción de lente intraocular en cámara posterior sobre restos capsulares.*", el cual no le ha sido programado ni realizado por la EPS accionada.

B. PRETENSIONES DEL ACCIONANTE.

Solicita el accionante que se ordene a EMSSANAR EPS la realización del procedimiento quirúrgico que le fue ordenado por su médico tratante.

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de fecha 14 de septiembre 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 del HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO, el ADRES, y las SECRETARIAS DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL DE SALUD; posteriormente, mediante auto de septiembre, se ordenó la vinculación del IPS INSTITUTO OCULAR DE OCCIDENTE S.A.S.

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



EMSSANAR EPS contesta que: *"Conforme a la Resolución 2808 de 2022, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual actualiza integralmente el PBS para el año 2023; los servicios de salud correspondientes al servicio de EXTRACCIÓN EXTRACAPSULAR ASISTIDA DE CRISTALINO E INSERCIÓN DE LENTE INTRA OCULAR EN CAMARA POSTERIOR SOBRE RESTOS CAPSULARES, BIOMETRIA son catalogadas como PBS, razón por el cual el medico de tutelas revisa la bandejas de solicitudes en Conexia Lazos, donde logra evidenciar que efectivamente los servicios ya fueron autorizados para ser prestador por la IPS INSTITUTO OCULAR DE OCCIDENTE SAS - CALI, se deja soporte para conocimiento del despacho."*

Por parte del área de soluciones especiales, se hizo el acercamiento con el prestador del servicio IPS: INSTITUTO OCULAR DE OCCIDENTE SAS - CALI, mediante correo electrónico solicitando prioridad para programación del servicio requerido por el accionante, pero no se ha obtenido respuesta por lo que se solicita al despacho VINCULAR y ORDENAR al prestador IPS: INSTITUTO OCULAR DE OCCIDENTE SAS - CALI, proceda a programar el servicio que se encuentra autorizado, esto con el fin de materializar el servicio de salud contratado con dicha entidad. Se deja soporte del correo enviado a la IPS."

CLINICA OCULAR DE OCCIDENTE manifiesta que al paciente se le *"reprogramó el procedimiento para el día sábado 07 de octubre del año 2023, hora 6:00 AM con el Doctor TULIO LERMA, así mismo informan que ya le confirmaron a la paciente"*

HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO, responde que: *"El Hospital Isaías Duarte Cancino E.S.E., hace parte de la red de prestadores de servicios de salud de EMSSANAR EPS para micro redes que corresponde a la ESE RED SALUD ORIENTE y SUR ORIENTE, de conformidad con lo anterior, para el caso particular del procedimiento (...) "EXTRACCIÓN EX TRACAPSULAR ASISTIDA DE CRISTALINO E INSERCIÓN DE LENTE IN TRA OCULAR EN LA CÁMARA POSTERIOR SOBRE RESTOS CAPSULA RES"(...). Este servicio no se encuentra dentro del contrato suscrito con Emssanar."*

LA SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL: por su parte reclama una falta de legitimación en la causa, toda vez que no tiene participación en los hechos de la tutela.

LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL manifiesta que: *"Siendo concordantes con el Principio de integralidad y continuidad, estando el accionante ACTIVO 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 el señor JAIRO MARIN LOPEZ por no haber prestado la atención médica oportuna que requiere para la patología que presenta.

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

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



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 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 JAIRO MARIN LOPEZ padece de catarata y glaucoma de ambos ojos, por lo que su médico tratante le ordenó la realización del procedimiento quirúrgico "*extracción extracapsular asistida de cristalino e inserción de lente intraocular en cámara posterior sobre restos capsulares biometría*", el cual no le ha sido realizado.

Por su parte, EMSSANAR EPS contesta que el procedimiento se encuentra autorizado para la IPS INSTITUTO OCULAR DE OCCIDENTE entidad encargada de su programación, manifestación que es confirmada por esa IPS en su escrito de respuesta a la tutela, en el que manifiesta que el paciente se encuentra programado para cirugía el día sábado 7 de octubre de 2023 a las 6:00 AM.

Sin embargo, es claro que la atención en salud que requiere el señor JAIRO MARIN LOPEZ, no se ha materializado y la mera programación del procedimiento quirúrgico no satisface la protección del derecho a la salud y a la vida digna cuya protección reclama el accionante, pues nada garantiza que llegado el día y la hora la cirugía no se realice por asuntos de carácter administrativo y se le re programe; luego entonces es necesaria la intervención del juez constitucional.

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

En consecuencia, se ordenará a EMSSANAR EPS y al INSTITUTO OCULAR DE OCCIDENTE que preste efectivamente la atención médico - quirúrgica, programada para el día 7 de octubre de 2023 a las 6_00 am al señor JAIRO MARIN LOPEZ, sin que pueda aplazarse, reprogramarse o negarse la atención por ningún motivo de carácter netamente administrativo o de falta de convenio.

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 los son las condiciones medico 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 el señor JAIRO MARIN LOPEZ.

SEGUNDO: ORDENAR a EMSSANAR EPS y al INSTITUTO OCULAR DE OCCIDENTE que preste efectivamente la atención médico - quirúrgica, programada para el día 7 de octubre de 2023 a las 6_00 am al señor JAIRO MARIN LOPEZ, sin que pueda aplazarse, reprogramarse o negarse la atención por ningún motivo de carácter netamente administrativo o de falta de convenio y siempre que las condiciones médicas del 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: ARCHIVARSE el expediente en su oportunidad.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,



CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad. 2023-228-00