El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Dávinson Giraldo Ríos

Accionados : Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otros

Litisconsorte : Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL

Tercero : Hospital Universitario San Jorge de Pereira

Radicación : 66001-31-03-004-2020-00024-01

Despacho de origen : Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 119 de 25-03-2019

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / REGULACIÓN LEGAL / INTEGRALIDAD DEL SERVICIO / PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD / ENTIDADES RESPONSABLES: CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019 E INPEC.**

Al tenor del artículo 49 CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”. La CC en su jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad .

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. (…)

La integralidad del servicio a la salud, también se consideró en la precitada ley, en la que se estableció que: “Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (…)”. (Artículo 8, Ley 1751). (…)

El esquema de salud de la población privada de la libertad en un centro de reclusión, reglado por las Leyes 65 y 1709, Decretos 2245 de 2015 y 1142 de 2016, y el Manual para la Prestación del Servicio de Salud de Personas Privadas de la Libertad, dispone que esa población es beneficiaria del servicio de salud garantizado con el Fondo Nacional administrado por el Consorcio coaccionado; también que es el establecimiento carcelario el encargado de adelantar las gestiones administrativas necesarias a efectos de la autorización y programación de citas intra y extramurales, sin que el interno deba realizar trámites adicionales.

Así las cosas, de manera mancomunada corresponde al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 atender las necesidades de salud de los reclusos, y al INPEC, por intermedio del director del EPMSCPEI, gestionar la programación de las valoraciones y disponer el traslado del paciente a los centros de atención médica; así, se garantiza la eficiencia, continuidad y calidad del servicio.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO D E L R I S A R A L D A

Pereira, R., veinticinco (25) de marzo de dos mil veinte (2020).

1. El asunto a decidir

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. La síntesis fáctica

Se mencionó en el escrito de tutela que el actor, previo al ingreso al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (En adelante INPEC), sufrió una *“SUBLUXACIÓN DEL HOMBRO DERECHO Y UNA HIPOTROFIA EN LA REGIÓN DELTOIDEA”*; y, debido a los fuertes dolores por afección del *“PLEXO BRAQUIAL”* fue hospitalizado y ordenados diferentes servicios médicos, sin que a la fecha de presentación del amparo hayan sido practicados (Folio 4, cuaderno principal).

3. Los derechos presuntamente vulnerados y la petición de protección

Petición, salud, seguridad social y vida digna (Folio 2, este cuaderno). Se pretende: (i) Tutelar los derechos fundamentales; y, (ii) Ordenar a la accionada practicar la resonancia magnética del *“plexo braquial”,* y las valoraciones por clínica del dolor y cirugía plástica (Folio 2, cuaderno principal).

1. La sinopsis de la crónica procesal

El 05-02-2020 se admitió la acción de tutela, se vinculó a quienes consideró pertinentes y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folios 20, cuaderno principal); el 12-02-2020 se vinculó a un litisconsorte (Folio 37, ibídem); el 14-02-2020 se profirió el fallo (Folios 46 a 50, ibídem); y, el 24-02-2020 se concedió la impugnación formulada por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- (Folio 81, ibídem.).

El fallo concedió el amparo porque se consideró que el INPEC, el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL y el USPEC son solidarios en la prestación de los servicios médicos requeridos, de conformidad con el artículo 2.2.1.11.3.2 del Decreto 2245 del 24-11-2015, y la Resolución 5159 del 30-11-2015; por lo tanto, ordenó, a los dos (2) primeros, realizar las gestiones administrativas que correspondan para que se practiquen las valoraciones y exámenes dispuestos por los galenos tratantes; y, a todos los accionados, brindar el tratamiento integral (Folios 46 a 50, ib.).

La USPEC alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, pues, según el contrato de fiducia comercial No.145 de 2019 corresponde al Consorcio del Fondo de Atención en Salud a través de la Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A. administrar los recursos del Fondo Nacional de Salud y prestar los servicios médicos de las personas que cuenta con detención intramural o extramural en coordinación con las entidades prestadoras de salud y el INPEC; sin embargo, para acatar el fallo, solicita especificar, de acuerdo a sus competencia, la orden a cumplir (Folios 68 a 79, ib.).

1. La fundamentación jurídica para resolver
   1. La competencia. Esta Sala Especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Artículo 32, Decreto 2591 de 1991).
   2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación de la accionada USPEC?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa en razón a que el accionante está privado de la libertad y es beneficiario del servicio médico penitenciario (Artículo 104, Ley 65, modificado artículo 66, Ley 1709). La Corporación tendrá presente que, aun cuando el señor Dávinson Giraldo Ríos no presentó la tutela de manera directa, con posterioridad ratificó los hechos y las pretensiones en atención al requerimiento del 17-03-2020 (Folio 8, este cuaderno); diferente es respecto a la señora Estéfany Hernández Rendón, no acreditó la condición de agente oficiosa, según se había razonado en proveído anterior (Folio 4, ibídem).

Por pasiva el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, como administrador y ejecutor de los recursos destinados a la celebración de contratos necesarios para la atención integral en salud y prevención de enfermedades (Folio 55, cuaderno principal), y el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Pereira (En adelante EPMSC – ERE), por ser la entidad que tiene al actor bajo su custodia y vigilancia, la encargada de la gestionar la autorización de las órdenes médicas y demás trámites administrativos relacionados con la prestación del servicio de salud (Artículo 7.3.2. del Manual para la Prestación del Servicio de Salud de Personas Privadas de la Libertad[[1]](#footnote-1)).

Respecto al Hospital Universitario San Jorge de Pereira, se adicionará el fallo de primera instancia para declarar la improcedentica del amparo en su contra, en la medida en que no le compete garantizar las asistencias en salud deprecadas. Igual sucederá con la USPEC, pues, pese a que integra el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario y le corresponde diseñar e implementar el modelo de atención en salud para las personas privadas de la libertad (Artículo 2.2.1.11.4.2.1. del Decreto 2245 de 2015), resulta evidente que no tiene la obligación de prestar ese servicio, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito con el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019. Criterio ya usado de tiempo atrás por esta Magistratura[[2]](#footnote-2).

* + 1. La subsidiariedad e inmediatez

El artículo 86 de la CP regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

En ese entendido, nuestra CC estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

La inmediatez se cumple porque la acción se formuló el 04-02-2020 (Folio 19, ibídem), esto es, cuatro (4) días después de que el médico tratante prescribiera los exámenes y valoraciones pendientes de realizar (31-01-2020) (Resonancia magnética y clínica del dolor) (Folios 12, vuelto y 13, ib.); claramente dentro del plazo de los seis (6) meses fijado por la jurisprudencia constitucional[[3]](#footnote-3).

Ahora, respecto a la residualidad se tiene dicho que existen al menos dos excepciones[[4]](#footnote-4): (i) Cuando el afectado carece de un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[5]](#footnote-5) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[6]](#footnote-6); y, (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86, CP)[[7]](#footnote-7).

En el *sub examine*, la actora no cuenta con otro mecanismo diferente a esta para la defensa de sus derechos. Superado el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. El derecho a la salud como fundamental

Al tenor del artículo 49 CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad[[8]](#footnote-8).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

* 1. Las exclusiones en el tratamiento al usuario

También debe entenderse que a la luz de la precitada ley, el derecho fundamental a la salud debe garantizarse a través de: *“(…) la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (…)”*, esto es, las exclusiones son solo aquellas expresamente mencionadas en el artículo 15, además el 3º de la misma Ley, dispone: *“(…) a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud (…)”*.

* 1. El tratamiento integral

La integralidad del servicio a la salud, también se consideró en la precitada ley, en la que se estableció que: *“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (…)”.* (Artículo 8, Ley 1751).

Y sobre ella, la Máxima Magistratura Constitucional, ha dicho[[9]](#footnote-9): *“(…) el principio de integralidad consiste en mejorar las condiciones de existencia de los pacientes garantizando todos los servicios que los médicos consideren científicamente necesarios para el restablecimiento de la salud, ello en condiciones de calidad y oportunidad. Finalmente, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que impidan a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud (…)”.*

1. EL CASO CONCRETO ANALIZADO

De acuerdo con las premisas jurídicas anotadas y teniendo en cuenta el petitorio del amparo junto con las pruebas allegadas al expediente, colige esta Sala que aún persiste la vulneración de los derechos invocados, de manera que se confirmará parcialmente la sentencia opugnada.

El esquema de salud de la población privada de la libertad en un centro de reclusión, reglado por las Leyes 65 y 1709, Decretos 2245 de 2015 y 1142 de 2016, y el Manual para la Prestación del Servicio de Salud de Personas Privadas de la Libertad, dispone que esa población es beneficiaria del servicio de salud garantizado con el Fondo Nacional administrado por el Consorcio coaccionado; también que es el establecimiento carcelario el encargado de adelantar las gestiones administrativas necesarias a efectos de la autorización y programación de citas intra y extramurales, sin que el interno deba realizar trámites adicionales.

Así las cosas, de manera mancomunada corresponde al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 atender las necesidades de salud de los reclusos, y al INPEC, por intermedio del director del EPMSCPEI, gestionar la programación de las valoraciones y disponer el traslado del paciente a los centros de atención médica; así, se garantiza la eficiencia, continuidad y calidad del servicio.

Ahora, revisada la respuesta del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, se tiene que ya autorizó la *“RESONANCIA MAGNÉTICA DE ARTICULACIONES DE MIEMBRO SUPERIOR”* y la *“CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECILISTA EN DOLOR Y CUIDADOS PALIATIVOS”* (Folios 65 y 66, ib.), sin embargo, aún están pendientes de realizarse; el EPMSCPEI, pese a que fue requerido por la Corporación para que informara sobre las labores adelantadas, guardó silencio (Folios 4 y 7, este cuaderno).

Bajo estas circunstancias es manifiesta la vulneración del derecho a la salud del accionante (Artículos 3º y 15, Ley 1751), como quiera que la prestación del servicio no puede estar supeditada al agotamiento de trámites administrativos dejados de realizar, sin justificación.

Sin embargo de lo reseñado, esta Magistratura revocará el fallo en torno al tratamiento integral, porque en el plenario no existen órdenes médicas que den claridad sobre el procedimiento a seguir para tratar la patología del actor; en palabras de la CC:[[10]](#footnote-10): *(…) el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes (…)”;* y es que,en efecto,los galenos todavía no han definido el tratamiento del accionante.

Además, debe decirse que los encausados, antes de la promoción de la tutela, sí venían garantizado y brindando la asistencia sanitaria requerida, sin demora o negación alguna, según se desprende de la historia clínica (Sendas hospitalizaciones el 20-01-2020 y el 31-01-2020; paraclínicos *“Tac de hombro derecho del 21-01-2020”* y *“RX de hombro derecho del 31-01-2020”*; valoraciones por medicina general, neurocirugía y cirugía plástica; suministro continuo de tramadol, carbamazepina, entre otros medicamentos; y, sin alta médica para día de presentación de la tutela, 04-02-2020,) (Folios 4 a 17, cuaderno principal); por lo tanto, salvo la valoración y examen médicos objeto de esta tutela, que en cualquier caso ya se autorizaron, es infundado suponer que se presentaran futuras deficiencias en el servicio; en consecuencia, se itera, se negará el tratamiento integral concedido en primera sede.

Por último, se advierte el fracaso del amparo con relación a la valoración por cirugía plástica que se deprecó, atendida la evidente ausencia de los hechos vulneradores o amenazantes de los derechos. La historia clínica muestra que ya se había realizado para el día en que se presentó el libelo (Folio 16, vuelto, ibídem); refulge obvio que es falsa la narración en este aspecto, pues se endilga el agravio de los derechos con ocasión de una negativa inexistente, se denegará esta pretensión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F a l l a,

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia opugnada.
2. MODIFICAR el numeral segundo para ORDENAR al: (i) Oficial Logístico Jorge Iván Osorio Aguirre, como Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario ERE de Pereira, o quien haga sus veces; y, al (ii) Consorcio Fondo de Atención en Salud para la PPL 2019, integrado por la Fiduprevisora SA y la Fiduagraria SA, tramitar lo necesario para que, en un plazo no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, contados desde de la notificación de esta providencia, se realice al actor la *“RNM DEL PLEXO BRAQUIAL”* y la *“VALORACIÓN POR CLÍNICA DEL DOLOR”,* ordenadas por el médico tratante.
3. REVOCAR los numerales 3º y 4º del fallo, y en su lugar, DECLARAR improcedente el amparo constitucional frente al Hospital Universitario San Jorge de Pereira y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC-, por carecer de legitimación.
4. ADICIONAR la providencia para NEGAR el amparo del derecho a la salud en lo que atañe a la valoración por cirugía plástica, por la ausencia fáctica en el libelo.
5. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. Consultado el 15-01-2019 [https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital /RIDE/INEC /IGUB/ uspec-manual-tecnico-administrativo-servicio-salud.pdf](https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital%20/RIDE/INEC%20/IGUB/%20uspec-manual-tecnico-administrativo-servicio-salud.pdf). [↑](#footnote-ref-1)
2. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del 16-01-2019, MP: Grisales H., No.2018-00596-01; y, (ii) 08-08-2018, MP: Grisales H., No.2018-00176-01. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. SU 499 de 2016, reiterada en las SU-168 de 2017, T-137 de 2017, T-323 de 2017, SU-108 de 2018, SU-037 de 2019 y T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-600 de 2002, T-572 de 2015, T-370 de 2017, T-522 de 2017, T-042 de 2019 y T-106 de 2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-046 de 1995. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997 y SU-133 de 1998. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-225 de 1993: *según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trata de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.* [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019 y T-117 de 2019. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC.T-062 de 2006, en igual sentido las T-096 de 2016 y T-020 de 2017. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-081 de 2019. [↑](#footnote-ref-10)