



BARRANQUILLA, ABRIL VEINTIOCHO (28) DE DOS MIL VEINTIDOS (2022)

RAD. 08001418900520220014100

ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: JORGE HERNANDEZ CAVIEDES

ACCIONADO: ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE.

ASUNTO A TRATAR

Procede este despacho a decidir el recurso de impugnación interpuesto por la parte accionante contra el fallo de tutela de fecha de 14 de marzo de 2022, proferido por el JUZGADO QUINTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por JORGE HERNANDEZ CAVIEDES en representación de la menor OLGA LUCIA HERNANDEZ JULIO contra ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la salud y la vida.

HECHOS

Manifiesta el accionante que la menor OLGA HERNANDEZ, se encuentra afiliada a la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE, en calidad de beneficiaria, que la misma padece de quistes de los maxilares y por ello el 06 de enero de 2022, la médico general IVETTE VILLAREAL, le ordenó cita de Otorrinolaringología y por ello se generó el orden N.º33797361, la cual debía programarse vía telefónica.

Transcurridos cuarenta y ocho días sin que pudiese agendar la cita con medicina especializada, el accionante presenta derecho de petición en representación de la menor ante la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE; con fundamento en el artículo 23 Constitucional, con el objeto de que dicha entidad en cumplimiento de sus obligaciones y en especial de lo contemplado en el Manual del Usuario 2017-2021, programara consulta con medicina especializada en el término máximo de cinco días hábiles.

Que en su caso han violado su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida; en respuesta a la petición la entidad accionada, “de forma evasiva” manifiesta que la programación de la cita se encontraba en gestión, que bajo los anteriores argumentos solicita la protección de sus derechos fundamentales invocados.

DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISION

El A-quo DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela respecto al Derecho Fundamental a la SALUD, invocado por el señor JORGE ALBERTO HERNANDEZ CAVIEDES, en nombre y representación legal de la menor OLGA HERNANDEZ; en contra de la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE, dada la carencia actual de objeto por hecho superado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

DESVINCULAR del presente trámite constitucional a las entidades FIDUPREVISORA-MINISTERIOR DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL-SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ENSALUD (ADRES)..

DE LA IMPUGNACION

Señala el recurrente que debe adicionarse la sentencia del 14 de marzo del 2022 en donde le advierte a la entidad accionada, ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE que no debe volver a infringirle el derecho fundamental a ningún menor de edad, hijos de los docentes de la planta docente del Distrito de Barranquilla por encontrarse todos los derechos de estos dentro del rango constitucional fundamental en prevalencia frente al derecho de las demás personas.

COMPETENCIA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1.991, este Despacho Judicial, resulta competente para conocer del amparo invocado, por ocurrir en esta ciudad los hechos que la motivan, Lugar donde este Juzgado ejerce su Jurisdicción Constitucional.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA

El artículo 86 de Nuestra Carta Política consagra: “Que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quién actúe a su nombre, la protección inmediata de los derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”

“...Esta acción sólo procederá cuando el interesado no tenga otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Ampliamente sobre el derecho a la salud, propiamente se ha manifestado su carácter de derecho fundamental, y al respecto se ha definido ya en Sentencia T-597 de 1993 “*la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.*”

3. El derecho a la salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. El artículo 49 de la Constitución Política dispone 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. // Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su

vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (...)"

Según el precitado artículo la salud tiene una doble connotación: derecho constitucional fundamental y servicio público. En tal sentido todos los ciudadanos deben tener acceso al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación¹. Dicha facultad constitucional otorgada a los entes estatales y a los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud está estrechamente relacionada con los fines mismos del Estado Social de Derecho y con los propósitos consagrados en el artículo 2º Superior².

A partir del texto del artículo 49, la Corte Constitucional ha desarrollado una extensa y reiterada jurisprudencia en la cual ha protegido el derecho a la salud. *"(i) En un periodo inicial, fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, igualando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; // (ii) En otro, señalando la naturaleza fundamental del derecho en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, como niños, discapacitados, ancianos, entre otros; // (iii) En la actualidad, arguyendo la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los postulados contemplados por la Constitución vigente, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, todo con el fin de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cual sea la persona que lo requiera"*³.

3.2. No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, al menos por ahora, no es posible que todos los aspectos del derecho a la salud sean susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que *"los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho"*⁴.

En este orden de ideas, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela procede para amparar el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se *"requieren con necesidad"*, es decir, la protección de la

¹ Corte Constitucional Sentencias C-577 de 1995, C-1204 de 2000 y T-398 de 2008, entre otras.

² La norma en cita dispone: *"Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. // Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."*

³ Corte Constitucional, Sentencia T-037 de 2010.

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-760 de 2008, T-922 de 2009 y T-189 de 2010, entre otras.

garantía básica con la que cuentan todas las personas de tener acceso efectivo a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”⁵.

El derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, y los componentes de universalidad y solidaridad. Reiteración jurisprudencial

Ámbito normativo local

La Constitución Política de 1991 ubica el derecho a la salud en un lugar de importancia. Así, el artículo 44 lo cataloga como un derecho fundamental de los niños; el artículo 48 alude a este dentro de la seguridad social, como un servicio público obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; también el artículo 49, cuando indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud; y el artículo 50 obliga a todas las instituciones de salud que reciben recursos del Estado a brindar atención gratuita a menores de un año sin afiliación a la seguridad social^[40].

El derecho a la salud, visto como servicio público a cargo del Estado, se encuentra regulado principalmente por (i) la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), estableciendo un acceso igualitario a toda la población con la implementación de dos regímenes: contributivo y subsidiado; (ii) la Ley 1122 de 2007, que hizo algunas modificaciones en el SGSSS con el fin de mejorar la prestación de los servicios a los usuarios; (iii) la Ley 1438 de 2011, que se dirigió a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud; y, (iv) la Ley 1751 de 2015, Estatutaria en Salud, que entre sus mayores logros tuvo el de elevar a rango fundamental el derecho a salud, asunto que por vía jurisprudencial esta Corte ya había resaltado al proferir la sentencia hito T-760 de 2008.

Respecto de la protección del derecho fundamental a la salud de los menores de edad, el artículo 44 superior también se refiere a la integridad física y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Así, es deber del Estado, de la sociedad y de la familia, esforzarse por el pleno cumplimiento de las prerrogativas constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, en aras garantizarles sus máximos niveles de desarrollo integral y armónico, puntualizando que “los derechos de los niños prevalecen sobre los demás”.

Acorde con lo expuesto, la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) definió el principio de primacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como “(...) un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”^[42]. Específicamente, en varios escenarios, incluidos el de la salud, la Corte ha indicado que dicho principio supone aplicar la medida más beneficiosa para salvaguardar al menor de edad que ve comprometida la garantía de sus derechos Fundamentales.

Ahora, en relación con lo regulado en los artículos 48 y 49 de nuestra Constitución, recordando que la Seguridad Social en Salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado y que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, sin excepción alguna, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud, bajo los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, la sentencia T-565 de 2019 sostuvo: “que (de) la lectura sistemática de esas disposiciones con lo establecido en el artículo 13 Superior, se ha precisado que (i) la garantía de los derechos fundamentales no pende de la condición de ciudadano, sino de la condición de ser humano; de ser persona que habita el territorio nacional; y (ii) que se debe velar por garantizar el derecho a la salud de aquellas personas

⁵ Corte Constitucional, Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-760 de 2008 y T-189 de 2010, entre otras.

que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”.

La protección del derecho a la salud de los menores de edad, tal como quedó plasmado, tiene su asidero en la Constitución Política, en las normas mencionadas y en la jurisprudencia relacionada, pero sin limitarse a esta. Sin embargo, su sustento no deviene exclusivamente de nuestra carta magna, pues en el contexto internacional, existen diferentes instrumentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2, 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 2.2 y artículo 12), que le dan una connotación más amplia.

Es necesario hacer mención de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, donde expresamente se reitera el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su estado físico. De esta manera, prevé que *“Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”.*

En ese orden de ideas, uno de los principios decantados es el de ‘no discriminación’, desarrollado por el párrafo 34 de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual sostiene que es deber de los Estados garantizar, en condiciones de igualdad, el derecho a la salud de todas las personas, *“incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales”*; por tanto, podría entenderse que los niños, niñas y adolescentes, migrantes en situación irregular tienen derecho a la salud, al igual que los menores connacionales^[52].

En tal sentido, la Sentencia T-565 de 2019 recordó que el mencionado instrumento impuso al Estado el cumplimiento inmediato de algunos deberes derivados del derecho a la salud: *“como (i) garantizar su ejercicio sin discriminación alguna (artículo 2.2) y (ii) la obligación de adoptar medidas (artículo 2.1) en aras de la plena realización del artículo 12, indicando que las medidas deben ser deliberadas y concretas, y su finalidad debe ser la plena realización del derecho a la salud. Reitera también que, de acuerdo a la Observación General N° 12, la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período implica la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia el objetivo de la plena realización del derecho a la salud”.*

De igual manera, al ser los niños, niñas y adolescentes sujetos de especial protección constitucional, la primacía del interés superior del menor está presente en el artículo 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos

del Niño, al exigir que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

A modo de síntesis, se debe indicar que la Constitución Política de 1991 pone en un lugar de importancia el derecho a la salud, que es visto como servicio público a cargo del Estado, con una robusta regulación normativa; y tratándose de la salud de los menores de edad, el artículo 44 superior lo ubica al nivel de derecho fundamental, siendo deber del Estado, la sociedad y la familia lograr el cumplimiento de las prerrogativas constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar sus máximos niveles de desarrollo, aspecto denominado como el principio de primacía del interés superior del menor. Lo anterior tiene una especial relevancia en el ámbito internacional, pues diferentes instrumentos otorgan al derecho a la salud una mayor protección por dos razones: (i) la premisa del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su estado físico; y, (ii) el principio de no discriminación que consiste en dar, en condiciones de igualdad.

En consecuencia, es deber del legislador, como órgano de representación popular, *“atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales”*, en el marco de sus facultades de configuración normativa y en cumplimiento de los tratados internacionales sobre *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* que incorporan un mandato de progresividad, adoptar las medidas que resulten pertinentes para extender la cobertura del sistema de protección social hacia la población migrante, eliminando toda barrera discriminatoria y/o que suponga una carga constitucionalmente inadmisibles.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que aunque el procedimiento solicitado fue practicado, ello tuvo lugar en curso de la tutela, lo que implica que al momento en que fue formulado el amparo, la vulneración del derecho a la salud de la menor de edad era actual.

A este respecto se encuentra que si bien desde enero de 2022 la actora había requerido la práctica de la cita con el especialista para su hija, la misma fue demorada sin motivo aparente y solo hasta marzo del mismo año, una vez se había acudido a la jurisdicción constitucional, le fue programada la valoración otorrinolaringológica. Por ende, se advierte que concurrió un lapso durante el cual se negó la prestación de servicios médicos asistenciales contenidos en el plan de beneficios.

En consecuencia, se confirmara el fallo de tutela, el cual negó ordenar la práctica de la prueba, y conminará a CLINICA GENERAL DEL NORTE para que en lo sucesivo se abstenga de dilatar injustificadamente el suministro de las prestaciones médico asistenciales de sus afiliados, en especial cuando los mismos son sujetos de especial protección constitucional.

En virtud a todo lo expuesto el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. MODIFICAR, el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 14 de marzo de 2022 por el JUZGADO QUINTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA LOCALIDAD SUR OCCIDENTE, en el sentido de NEGAR, la tutela del derecho a la salud invocado por JORGE HERNANDEZ CAVIEDES, en representación de la menor O.L.H.J., en contra de la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE por HECHO SUPERADO.
2. CONMINAR a la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE para que, en lo sucesivo, no infrinja el derecho a la salud de los niños, niñas ni adolescentes, al momento de prestar sus servicios médico asistenciales.-.
3. Notifíquese a las partes esta sentencia.
4. Remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

**Javier Velasquez
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 004
Barranquilla - Atlantico**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f81ebe71b0afdc5a3f5d49e1b93b08a8fe4db597dd127ee47a51f4086c2cde31

Documento generado en 28/04/2022 07:23:37 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**