

Sentencia T-060/07

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental autónomo/DERECHO A LA SALUD-Carácter subjetivo

DERECHO A LA SALUD-Requisitos para la practica de tratamiento excluidos del POS

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Las Obligaciones frente a servicios no incluidos en POS varían según se trate del régimen contributivo o del subsidiado

En el caso de los tratamientos excluidos de los planes obligatorios de salud, las soluciones brindadas por la jurisprudencia constitucional, varían según se trate del régimen contributivo o del subsidiado. Para el régimen contributivo, la obligación de las E.P.S es reconocer el tratamiento cuya omisión vulnera los derechos fundamentales del paciente, junto a lo que le asiste el derecho de repetir contra el Estado. Para el régimen subsidiado, en cambio, la Corte Constitucional ha considerado que el reconocimiento del tratamiento excluido del plan cuya falta en la prestación derive en la vulneración de los derechos constitucionales del paciente, puede corresponder a las A.R.S, con derecho a recobro, o a las entidades territoriales.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Incumplimiento de sus deberes constitucionales, puede traer consigo sanciones civiles y penales

Referencia: expediente T-1422889

Acción de tutela instaurada por PAOLA PARDO PÉREZ en representación de su padre de 77 años de edad LUIS ALBERTO PARDO FRANCO contra FAMISANAR.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., primero (1º) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la

preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

## SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela dictado por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Cartagena de Indias, del 14 de junio de 2006, en el asunto de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

### Hechos

1. El señor LUÍS ALBERTO PARDO FRANCO de 77 años de edad, afiliado a FAMISANAR, ingresó al Hospital Bocagrande S.A de la ciudad de Cartagena el 9 de mayo de 2006 con el siguiente diagnóstico: pie diabético infectado, diabetes mellitus, neuropatía diabética y miocardiopatía diabética. (Cuad # 1. Fl. 12)

1. En la misma fecha, el médico tratante solicitó orden para Angioplastia y Stent Poplíteo o Periférico, y consignó en la historia clínica que “para asegurar la movilidad del miembro afectado y por acuerdo de médicos tratantes se debe realizar el procedimiento solicitado de lo contrario la posibilidad de amputación es muy alta”. (Cuad # 1. Fl. 12)

1. El mismo 9 de mayo de 2006, la IPS SERVIR S.A informó que el Stent Poplíteo o Periférico solicitado no podía ser autorizado por no estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud según Resolución 5261 de 1999. (Cuad # 1. Fl. 12)

1. El día siguiente, 10 de mayo de 2006, la actora en representación de su padre LUÍS ALBERTO PARDO FRANCO, radicó la demanda de tutela en la oficina judicial de la ciudad de Cartagena (Cuad # 1. Fl. 12), y fue admitida el 6 de junio de 2006, por el Juzgado Sexto Municipal de Cartagena. (Cuad # 1. Fl. 15)

1. En la fecha de la admisión, 6 de junio de 2006, el Juez de tutela ordenó a FAMISANAR EPS, como medida provisional, que autorizara el suministro y reconocimiento económico del Stent Poplíteo o Periférico. (Cuad # 1. Fl. 17)

1. A la orden de la medida provisional en cuestión, respondió la EPS FAMISANAR en oficio del 12 de junio de 2006, que el señor PARDO FRANCO había ingresado al Hospital de Bocagrande el 21 de mayo de 2006, donde fue valorado por el cirujano vascular quien le ordenó hospitalización y manejo con antibiótico y, finalmente, fue llevado a cirugía donde le realizaron amputación supracondilea bilateral por insuficiencia vascular de miembros inferiores; por lo que “no fue necesario que se le suministrara el Stent Popliteo o Periférico”. (Cuad # 1. Fls. 27 a 31)

1. El Juez de tutela, en sentencia del 14 de junio de 2006, deniega el amparo, por considerar que había cesado la amenaza del derecho fundamental, y porque en las condiciones médicas del demandante resultaría inocuo ordenar la colocación del STENT. (Cuad # 1. Fls. 23 a 26)

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

1. Diagnóstico médico hecho al demandante (pie diabético infectado, diabetes mellitus, neuropatía diabética y miocardiopatía diabética), suscrito en el Hospital Bocagrande S.A de la ciudad de Cartagena, el 9 de mayo de 2006. (Cuad # 1. Fl. 12)

1. Solicitud del médico tratante de Angioplastia y Stent Poplíteo o Periférico, para asegurar la movilidad del miembro y disminuir la posibilidad de amputación. (Cuad # 1. Fl. 12)

1. Oficio del 9 de mayo de 2006, suscrito por la IPS SERVIR S.A en la que informa a la hija del paciente que el Stent Poplíteo o Periférico solicitado no podía ser autorizado por no estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud según Resolución 5261 de 1999. (Cuad # 1. Fl. 12)

1. Escrito de la demanda de tutela interpuesta por la actora en representación de su padre LUIS ALBERTO PARDO FRANCO. (Cuad # 1. Fl. 12)

1. Auto admisorio del 6 de junio de 2006, emitido por el Juzgado Sexto Municipal de Cartagena. (Cuad # 1. Fl. 15)

1. Auto del 6 de junio de 2006, en el que se ordena a FAMISANAR EPS, como medida provisional, autorizar el suministro y reconocimiento económico del Stent Poplíteo o Periférico. (Cuad # 1. Fl. 17)

1. Oficio del 12 de junio de 2006, suscrito por FAMISANAR EPS, donde se informa que el demandante fue llevado el 21 de mayo de 2006 a cirugía donde le realizaron amputación supracondilea bilateral por insuficiencia vascular de miembros inferiores, por lo que no fue necesario que se le suministrara el Stent Popliteo o Periférico. (Cuad # 1. Fls. 27 a 31)

1. Sentencia de tutela del 14 de junio de 2006, del Juzgado Sexto Municipal de Cartagena (Cuad # 1. Fls. 23 a 26)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1. Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso concreto y presentación del problema jurídico.

2.- Al señor LUÍS ALBERTO PARDO FRANCO de 77 años de edad, afiliado a FAMISANAR, se le diagnosticó pie diabético infectado, diabetes mellitus, neuropatía diabética y miocardiopatía diabética, el 9 de mayo de 2006; razón por la cual, el médico tratante solicitó en la misma fecha orden para Angioplastia y Stent Poplíteo o Periférico, y consignó en la historia clínica que “para asegurar la movilidad del miembro afectado y por acuerdo de médicos tratantes se debe realizar el procedimiento solicitado de lo contrario la posibilidad de amputación es muy alta”. El mismo 9 de mayo de 2006, la IPS SERVIR S.A negó el reconocimiento del Stent Poplíteo o Periférico solicitado, por no estar incluido en el POS.

El 10 de mayo de 2006, la hija del señor PARDO FRANCO, interpuso en representación suya (de su padre) acción de tutela, para que la EPS autorizara el Stent Poplíteo o Periférico. A su turno, el 6 de junio de 2006, el juez admitió la tutela y ordenó a FAMISANAR EPS, como medida provisional, el reconocimiento del tratamiento en mención. A lo anterior respondió la EPS demandada, en oficio del 12 de junio de 2006, que el señor PARDO FRANCO había ingresado al Hospital Bocagrande S.A el 21 de mayo de 2006, donde fue valorado por el cirujano vascular quien le ordenó hospitalización y manejo con antibiótico y, que finalmente, había sido llevado a cirugía donde se le realizó la amputación de los miembros inferiores, por lo que “no fue necesario que se le suministrara el Stent Poplíteo o Periférico”.

El Juez de tutela, en sentencia del 14 de junio de 2006, denegó el amparo, y argumentó que en las condiciones médicas del señor PARDO FRANCO resultaría inocuo ordenar la colocación del STENT, cuya finalidad era precisamente evitar la amputación de las piernas.

Problema Jurídico

3.- En atención a lo anterior esta Sala de Revisión encuentra evidente que lo solicitado en la tutela ya no es relevante desde el punto de vista médico, pues el tratamiento solicitado en el

amparo buscaba evitar la realización del procedimiento de amputación de las piernas del demandante y, según informe de la EPS demandada, al momento que el juez de tutela ordenó su reconocimiento, ya se había realizado la mencionada amputación. Se presenta pues en el caso bajo estudio, el fenómeno de la carencia actual de objeto, según el cual, como quiera que la finalidad de la acción de tutela es garantizar la protección del derecho fundamental de quien acude al amparo constitucional, entonces dicha finalidad se extingue al momento en que la vulneración o amenaza cesa, por cualquier causa. Es decir, es en principio, una finalidad subjetiva<sup>1</sup>. Existiendo carencia de objeto “no tendría sentido cualquier orden que pudiera proferir esta Corte con el fin de amparar los derechos del accionante, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia.”<sup>2</sup> La Corte ha señalado al respecto:

“Esta Corporación, al interpretar el contenido y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, en forma reiterada ha señalado que el objetivo de la acción de tutela se circunscribe a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

Así las cosas, se tiene que el propósito de la tutela, como lo establece el mencionado artículo, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus acciones han amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa actual y cierta de los mismos.

No obstante, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto a que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.”<sup>3</sup>

No obstante, es necesario anotar que la existencia de una carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte analice si existió una vulneración y, de esta manera, determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

En dicho sentido, esta Sala de Revisión deberá determinar si al señor LUÍS ALBERTO PARDO FRANCO se le vulneraron derechos fundamentales a causa de la negativa de la EPS FAMINASANAR, de reconocer el tratamiento ordenado por el médico tratante, por no estar incluido en el POS.

Derecho fundamental a la salud. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud es, en favor de todos los habitantes del territorio Nacional, tanto un derecho como un servicio público<sup>4</sup>-. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>5</sup>.

Con todo, se ha explicado por parte de este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda solicitar prima facie por vía de tutela. Su carácter de derecho prestacional obliga al Estado a racionalizar, por un lado la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. En este escenario, por otro lado debe igualmente por ello racionalizar su prestación satisfactoria a cargo del Estado sólo en casos en que su falta de reconocimiento (i) afecte directamente y de manera conexa los derechos fundamentales de la persona, (ii) se pregone de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) no de cuenta de su contenido esencial para satisfacer la carga mínima que implica garantizar tanto la dignidad de las personas como sus necesidades básicas en salud.

Que el derecho a la salud resulte fundamental por conexidad, ha significado en la jurisprudencia de esta Corporación, que otros derechos que la misma Constitución ha definido como fundamentales, resultarían vulnerados si no fuera garantizada la prestación del servicio de salud en forma inmediata.<sup>6</sup>

5.- Además, el derecho a la salud puede adquirir lo que la Corte Constitucional ha denominado, carácter de derecho fundamental autónomo.<sup>7</sup> Esto, en atención a que la Constitución Política establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional, y frente a ellos la protección del derecho a la salud es reforzada debido al

grado de vulnerabilidad que en ocasiones deben afrontar. Por ejemplo, la población infantil, las personas con discapacidad y los adultos mayores, entre otros.

También, la Corte ha considerado que existe un derecho fundamental autónomo a la salud, como derecho constitucional que funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, sin necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, lo cual ha dejado atrás erróneas concepciones que sostienen una supuesta naturaleza distinta entre los derechos de los cuales son titulares los seres humanos. Debe afirmarse que esta distinción no deja de ser artificial en muchos sentidos, y desconoce pronunciamientos en el seno de la comunidad internacional en el sentido que todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes<sup>8</sup>.

En efecto la Corte ha señalado que, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo<sup>9</sup>”. De ahí, que la naturaleza de derecho fundamental autónomo como garante de la dignidad de las personas, se enmarque dentro de las prestaciones en salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y de las derivadas de las obligaciones básicas definidas en la Observación General No 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

Obligación de prestación del servicio, cuando el tratamiento está excluido del POS-S y del POS. Reiteración de Jurisprudencia.

6.- En numerosas sentencias la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la salud, rebasa las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud, cuando esto es el fundamento para su no reconocimiento, y de ello se derive que: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la

prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.<sup>10</sup> [T-1022 de 2005]. El anterior criterio se ha sido utilizado por esta Corporación indistintamente, se trate del régimen contributivo<sup>11</sup> o del régimen subsidiado<sup>12</sup>.

Así, en el caso de los medicamentos excluidos de los planes obligatorios de salud, tanto las E.P.S como las A.R.S, en las condiciones de vulneración de los derechos fundamentales que se han descrito, tienen el deber de suministrarlos, y el derecho de repetir contra el Estado por el monto de éstos, correspondiente a lo que según las normas, se haya excluido de su obligación. Esta Corporación ha proferido numerosas sentencias en el anterior sentido<sup>13</sup>, así como también la reglamentación del Sistema de Seguridad Social en Salud (Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social), han establecido entonces que tanto en las EPS como en las ARS, existirá un Comité Técnico Científico (artículo 1° de la Resolución), que tendrá, entre otras funciones, autorizar el suministro de “los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales” (artículo 4° de la Resolución).<sup>14</sup>

También, en el caso específico del régimen subsidiado la Corte ha sostenido “que cuando a una persona afiliada al régimen subsidiado de salud requiere que se le suministre un medicamento, la entidad encargada de prestarle el servicio de salud deberá entregarlo, así no se encuentre dentro de los medicamentos contemplados dentro del P.O.S.S., cuando el médico tratante así lo ha ordenado y éste es necesario para proteger su vida. (...) [L]a Corte también tuvo en cuenta que el entonces Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social) reiteró esta obligación de las ARS mediante la Resolución 3384 de 2000, la cual establece: “Artículo 4°— Responsabilidad de las ARS en el régimen subsidiado frente a los medicamentos NO-POSS incluidos en las normas técnicas y guías de atención. Para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas, las ARS deberán garantizar el acceso a medicamentos no incluidos en el manual de medicamentos adoptado a través del Acuerdo 83, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 110 del CNSSS.”<sup>15</sup>

7.- En el caso de los tratamientos excluidos de los planes obligatorios de salud, las soluciones brindadas por la jurisprudencia constitucional, varían según se trate del régimen contributivo

o del subsidiado. Para el régimen contributivo, la obligación de las E.P.S es reconocer el tratamiento cuya omisión vulnera los derechos fundamentales del paciente, junto a lo que le asiste el derecho de repetir contra el Estado.

Para el régimen subsidiado, en cambio, la Corte Constitucional ha considerado que el reconocimiento del tratamiento excluido del plan cuya falta en la prestación derive en la vulneración de los derechos constitucionales del paciente, puede corresponder a las A.R.S<sup>16</sup>, con derecho a recobro, o a las entidades territoriales<sup>17</sup>.

Sobre estas posibilidades dijo la Corte en sentencia T-632 de 2002, que “...según la jurisprudencia de esta Corporación, frente a los eventos en los cuales las ARS no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas o a suministrar medicamentos al no estar incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado POS-S, la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la ARS para que realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, o ii) mediante la orden a la ARS de coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con fondos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.”

8.- Para los supuestos del caso bajo estudio, cabe concluir entonces, que los tratamientos excluidos del POS, deben ser asumidos por la E.P.S respectiva, si es que el paciente es un sujeto de especial protección constitucional, se encuentra en una situación de urgencia y sus derechos fundamentales se vulneran por la renuencia de su práctica.

Es claro para la Corte que la obligación contractual que vincula a las E.P.S con el sujeto de especial protección constitucional, no se agota en las estipulaciones de lo pactado. Esto por cuanto la obligación constitucional de brindar efectiva protección a estos sujetos, hace que la exclusión de un tratamiento del plan obligatorio no resulte una razón suficiente para negar su reconocimiento. Si bien es cierto que su práctica está en principio autorizada por su estipulación en el contrato, no lo es menos que, si éste se encuentra excluido, existen

mecanismos que permiten guardar el equilibrio contractual de tal manera que si el servicio se presta, las E.P.S pueden acudir al recobro frente al Estado por el monto de su costo.

Caso concreto.

9.- En el presente caso, al señor LUÍS ALBERTO PARDO FRANCO de 77 años de edad, después de habersele diagnosticado por parte de los médicos tratantes, que para asegurar la movilidad de sus piernas y evitar la amputación era necesaria la implantación de un Stent Poplíteo o Periférico, le fue negado dicho tratamiento por estar excluido del POS.

Pese a que la hija del señor PARDO FRANCO interpuso acción de tutela el día siguiente a la negativa del tratamiento, unas semanas después y antes de que se admitiera la demanda de tutela, se le practicó al ciudadano en mención la amputación de sus miembros inferiores.

Configuración de la vulneración de los derechos fundamentales

10.- Sobre lo anterior, encuentra esta Sala de Revisión que se han vulnerado los derechos fundamentales del señor LUÍS ALBERTO PARDO FRANCO, a la salud, a la vida, a la dignidad y a la integridad. Esto, en tanto que al tratarse de una situación médica, que desde el momento del diagnóstico (9 de mayo de 2006) se reveló como urgente, en un paciente de la tercera edad (77 años), no fue atendida por las instituciones prestadoras del servicio de salud, sobre la base de la no inclusión del tratamiento en el POS. Justificación ésta que no resulta suficiente a la luz de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 1° (dignidad), 11 (vida), 12 (integridad física) y 48 y 49 (salud). Resulta inaceptable que la interpretación de las restricciones del sistema de salud lleve a la conclusión según la cual si el tratamiento está excluido del POS, entonces automáticamente el paciente no tiene el derecho a que el sistema lo reconozca, sin alguna otra consideración.

Tal como lo ha dicho la Corte Constitucional en innumerables ocasiones, las restricciones del sistema de salud deben ser interpretadas conforme con la normas constitucionales vigentes. Luego, a la solicitud de reconocimiento de un tratamiento excluido del POS, no puede mediar simplemente la lógica programática de los planes y opciones previamente incluidas en el contrato de prestación del servicio de salud. Tal como se dijo en el acápite pertinente, no es una razón suficiente el alcance contractual de la prestación del servicio, para negar su prestación cuando están en juego otros derechos fundamentales privilegiados en la

Constitución de 1991.

Se vulneran pues los derechos fundamentales de los pacientes, cuando se pretende – como en el presente caso – que el carácter estructural, presupuestal e institucional de la prestación del servicio de salud, rebase el respeto por los derechos consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Constitución, o sus referentes en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

11.- Lo anterior implicaría sin más que la Corte ordenara a la EPS demandada el tratamiento solicitado por el médico tratante. No obstante, como se advirtió al comienzo de las presentes consideraciones, aquello que se pretendía con el tratamiento (Stent) en cuestión, ya no es médicamente viable por cuanto éste pretendía evitar la amputación de las piernas del paciente, situación que ya se consumó.

No obstante, la Sala encuentra que, como quiera que la interpretación acorde con las normas constitucionales es un deber ineludible de las autoridades – en este caso, las autoridades prestadoras del servicio público de salud-, se debió reconocer el tratamiento solicitado el 9 de mayo de 2006. Pues, se trataba de una situación urgente que el mismo médico que dictó el diagnóstico hizo manifiesta, al dejar consignado en la historia clínica lo siguiente:

“para asegurar la movilidad del miembro afectado y por acuerdo de médicos tratantes se debe realizar el procedimiento solicitado de lo contrario la posibilidad de amputación es muy alta”. (Cuad # 1. Fl. 12)

Tampoco resulta aceptable el argumento de FAMISANAR, según el cual, al momento en que dicha entidad fue requerida por el juez de tutela para que autorizara el Stent, no fue necesario proporcionar el mencionado tratamiento porque ya había sido indispensable desde el punto de vista médico, por la condición del paciente, realizar la amputación. Este argumento se cae por su propio peso, pues el diagnóstico del 9 mayo de 2006, fue la prescripción urgente del Stent, y, por supuesto, el 21 de mayo de 2006, es decir doce (12) días después, ya no era necesario el tratamiento justamente porque al no ser proporcionado cuando se solicitó, no se pudo evitar la amputación.<sup>19</sup>

12.- De este modo, es claro entonces tanto el deber de las entidades prestadoras del servicio de salud, de haber reconocido el Stent al paciente LUÍS ALBERTO PARDO FRANCO, el día 9 de

mayo de 2006, fecha en la que lo solicitó de manera urgente el médico tratante, así como también el hecho que su no reconocimiento acarreó la amputación de sus piernas el día 21 de mayo de 2006. Así, esta Sala de Revisión encuentra que se ha incumplido con el deber de garantizar los derechos fundamentales al paciente PARDO FRANCO, y por ello pudo haberse incurrido en una falta al deber de prestación del servicio de salud. De igual manera, la amputación de las piernas al actor, puede igualmente haber configurado un daño derivado del presunto incumplimiento.

Por lo anterior, esta Corte advertirá a la demandante de tutela (la hija del paciente en su representación) sobre la posibilidad de adelantar las acciones civiles y penales pertinentes, en el sentido indicado. Además se ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Superintendencia Nacional de Salud para que revisen el expediente en lo relacionado con su competencia y con lo expresado por la Corte en el presente fundamento jurídico.

13.- Por último, en relación con la solicitud de la tutela, como se ha dicho carece actualmente de objeto, por lo que respecto del reconocimiento del Stent, esta Sala negará el amparo. Por ello se revocará parcialmente el fallo de tutela de instancia, en el sentido de confirmar la negativa de lo solicitado en la demanda de tutela, pero no por haber cesado la amenaza de los derechos fundamentales, pues como se vio dicha amenaza terminó porque se configuró la vulneración de los derechos del paciente, sino por carencia actual de objeto, tal como se explicó en el fundamento jurídico número 3 de esta sentencia.

### III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de tutela interpuesta por PAOLA PARDO PÉREZ en representación de su padre de 77 años de edad LUÍS ALBERTO PARDO FRANCO, contra FAMISANAR EPS, por carencia actual de objeto.

SEGUNDO.- COMPULSAR COPIAS a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General

de la Nación y a la Superintendencia Nacional de Salud para que revisen el expediente de la tutela de la referencia, en lo relacionado con su competencia y con lo expresado por la Corte Constitucional en los fundamentos jurídicos números 12 y 13 de la presente sentencia.

LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-309 de 2006. Ver también Sentencias T-027 de 1999 (en esta tutela la carencia actual de objeto se dio en virtud de la muerte de la actora) y T-262 de 1999 (en esa tutela el peticionario, quien solicitaba no discriminación en el trato laboral, ya no laboraba en la empresa); ver también, sentencia T-001 de 2003, en la cual se confirmó una sentencia que denegaba la tutela al derecho de petición en materia de pensiones en virtud de que para el momento de la decisión ya se había dado respuesta. De igual manera, se puede consultar la sentencia T-137 de 2005, en la cual la demandante solicitaba la atención médica y en el trámite de la acción de tutela, dicha atención fue restablecida.

2 T-309 de 2006. Ver también Sentencia T-972 de 2000, en la cual se presentaba carencia

actual de objeto por fallecimiento del actor, incluso antes de ser fallado el proceso en sede ordinaria.

3 Cfr. Sentencia T-308 de 2003.

4 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

5 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

6 En el caso específico de la salud, ver entre otras la Sentencia T-491 de 1992.

7 Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

8 [Cita del aparte transcrito] Cfr. Inter. Alia. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

9 [Cita del aparte transcrito] Sentencia T-859 de 2003.

10 [Cita del aparte transcrito] Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000, en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la practicara del servicio requerido (examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.” Esta decisión, defendida por la jurisprudencia constitucional desde su inicio [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992, T-505 de 1992 y T-548 de 1992], sigue los precedentes establecidos por la

Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-631, T-628 y T-691 de 1998 y SU-819 de 1999].

11 En la T-1022 de 2005 se citan los siguientes ejemplos, en casos del régimen contributivo: sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828, T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016, T-024 y T-086 de 2005.

12 En la T-1022 de 2005 se citan los siguientes ejemplos, en casos del régimen subsidiado: sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004; T-096 de 2005.

13 En la T-1022 de 2005, se citan por ejemplo: T-1181 de 2001; T-992 de 2002; T-599 y T-883 de 2003; T-494 y T-977 de 2004; T-086 de 2005.

14 Ibídem

15 Ibídem. [Énfasis dentro del texto]

16 Ver por ejemplo T-480 de 2002; citada en la T-1022 de 2005

17 Ver por ejemplo T-452 de 2001; citada en la T-1022 de 2005

18 Crf. Sentencias T-883 de 2003, T-666 de 2004, T-306 de 2005 y T-683 de 2003, entre otras.

T-683 de 2003: “(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del

manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.”

19 Sobre el particular cr. por ejemplo la sentencia T-889 de 1999: “Una de las características sobre las que se apoya el eficaz servicio que prestan a sus afiliados las distintas entidades que conforman el sistema de salud (bajo la supervisión y control del Estado), tiene que ver con la oportunidad con que se realicen los procedimientos médicos recomendados por los especialistas tratantes. De hecho, buena parte del éxito al que se aspira alcanzar con el tratamiento, control y superación de las dolencias que aquejan al ser humano, depende de que los protocolos sugeridos por los profesionales que están a cargo del cuidado de un paciente sean cumplidos con celeridad. De poco sirve el remedio o la terapia que se dispensan con retraso cuando, como acontece generalmente, se combaten patologías que se desarrollan progresivamente aumentando la afección y el dolor, llegando incluso hasta el punto de comprometer la propia existencia y la vida digna”