

Sentencia T-097/08

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Práctica de examen excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado

AGENCIA OFICIOSA-Legitimidad cuando una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta

DERECHO A LA SALUD-Relación con las facultades jurisdiccionales acordadas legalmente a Superintendencia Nacional de Salud

DERECHO A LA SALUD-Caso de supuesta afiliación múltiple al Sistema de Salud

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Práctica de examen médico

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Caso en que en el fallo de instancia se ordenó práctica de examen como medida provisional pero no se cumplió por la demandada/DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Caso en que se envía copia del expediente a la Fiscalía para que investigue posible comisión del delito de fraude a resolución judicial

Referencia: expediente T-1.721.989

Acción de tutela instaurada por Rosalia Zúñiga a nombre de su esposo Jacobo González Villar contra Ecoopsos A.R.S1, Saludcoop E.P.S. y Secretaría de Salud de Villavicencio.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas

Hernández, 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, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la sentencia de tutela dictada por el Juzgado Tercero Penal Municipal el 25 de junio de 2007.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

La señora María Rosalía Zúñiga de González, actuando en representación de su esposo Jacobo González Villar instauró una acción de tutela contra la Empresa Solidaria de Salud ECOOPSOS, con base en los siguientes hechos.

1. En febrero de 2006 el señor Jacobo González Villar fue operado de la columna.

1. A comienzos de 2007, “le quitaron los tornillos (a causa de la operación de la columna), pero quedó con un problema que le impide una completa movilidad”.

1. Asegura que el médico tratante, Dr. Nelson Morales (neurocirujano), solicitó le realizaran al paciente un “EXAMEN POSTRAUMÁTICO T2 L1 UNIÓN RX TORACOLUMBAR RX DE COLUMNA”.

1. Manifiesta que la realización del examen es fundamentales para “el diagnóstico y el debido procedimiento médico a seguir”.

1. Afirma que el 23 de mayo de 2007, Surley Johana Gautaquirá, asistente-promotora de la oficina de ECOOPSOS, le informó que dicho servicio se encuentra excluido del POS-S, y que por lo tanto no podía ordenar la correspondiente autorización.

1. Por último, sostiene que la paciente es una persona de 60 años de edad “y se encuentra en un estado de salud complicado”.

En este orden de ideas, la accionante pretende que se le ordene a la Empresa Solidaria de Salud ECOOPSOS que autorice la realización del mencionado examen, y que igualmente se le presten todos los servicios asistenciales y especializados que requiera su esposo.

2. Respuesta de la accionada.

Ecoopsos respondió la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones de la actora, con base en las siguientes razones.

El señor González Villar no ostenta la calidad de afiliado al régimen subsidiado en salud mediante la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS EPSs, a cargo del Municipio de Villavicencio, desde el 19 de abril de 2007, “de conformidad con la resolución núm. 006 del 19 de abril de 2007, por medio de la cual se ordena la exclusión de los afiliados que han sido identificados con múltiple afiliación entre el régimen contributivo y subsidiado, por lo tanto, entre ECOOPSOS ARS y el usuario antes referidos NO existe ninguna relación o vínculo legal o contractual que nos permita autorizar los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud que el señor JACOBO GONZÁLEZ VILLAR requiere”.

Así las cosas, con posterioridad al 19 de abril de 2007, el señor González Villar fue excluido de la base de datos que periódicamente remite la Secretaria de Salud de Villavicencio a Ecoopsos, de conformidad con sus obligaciones legales en su condición de contratante y nominador de los usuarios del régimen subsidiado de salud.

Agrega que, no obstante lo anterior, “ECOOPSOS autorizó la totalidad de la prestación de los servicios de salud POS-S que requirió el señor JACOBO GONZALEZ VILLAR, hasta el momento

que estuvo incluido como afiliado activo en la base de datos que forma parte integral del contrato de aseguramiento suscrito entre el MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO- META y ECOOPSOS, esto es, hasta el 18 de abril de 2007”.

Por último, afirma la accionada que “el usuario actualmente ostenta la condición de usuario del Sistema General de Seguridad Social bajo la figura de vinculado, por lo tanto, los servicios de salud que éste requiera deben ser garantizados por el Ente territorial, para el caso, la SECRETARIA DE SALUD DE VILLAVICENCIO a través de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL META con cargo a los recursos de subsidio a la oferta de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 del 98”.

I. DECISIÓN JUDICIAL.

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Villavicencio, mediante providencia del 8 de junio de 2007, ordenó como medida cautelar ordenarle a ECOOPSOS que practicase los exámenes médicos solicitados por el accionante, decisión que no fue cumplida por la accionada.²

Posteriormente, el juzgado en sentencia del 25 de junio de 2006 negó el amparo solicitando, por cuanto “ante la inexistencia de relación jurídica contractual vigente, esta circunstancia no obliga a la entidad Ecoopsos ARS a prestar los servicios exigidos por el afectado”. A renglón seguido precisa que “Las Circulares 007 de abril 25 de 2997 (sic) y 1249 de Abril de 2007 de la Secretaría Local de Salud de Villavicencio, que anexara Ecoopsos ARS, refiere que en cumplimiento del Acuerdo 244 del CNSSS, expidió la Resolución 006 de febrero 19 de 2007, por medio de la cual se ordenó la exclusión de los afiliados del Régimen Subsidiado que han sido identificados con múltiple afiliación a los regímenes (sic) Contributivo y Subsidiado, entre cuyas personas sin duda se encuentra el señor Jacobo González Villar”.

La providencia no fue apelada por la accionante.

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

* Petición de amparo.

* Fórmula de tratamiento firmada por el Dr. Nelson Morales.

* Oficio de “canalización de servicios no POSS”.

* Respuesta a la petición de tutela.

* Fotocopias de documentos de identidad y de afiliación a la ARS.

IV. INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO Y DECRETO DE PRUEBAS.

Debido a que en la presente acción de tutela no se había integrado debidamente el contradictorio, ya que sólo se había tenido como demandada a ECOOPSOS A.R.S., e igualmente era necesario contar con más elementos de juicio, el Magistrado Ponente, mediante auto del 20 de noviembre de 2007 ordenó lo siguiente:

“Primero. ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se ponga en conocimiento del Secretario Local de Salud de Villavicencio (Meta) el contenido del expediente T- 1.721.989, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie acerca de las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela. De igual manera, el accionado deberá indicar con precisión las razones por las cuales el señor Jacobo González Villar, identificado con CC. 3.294.404 de Villavicencio (Meta), fue desvinculado del Régimen Subsidiado de Salud, señalando a que EPS del Régimen Contributivo se encuentra afiliado, y a partir de cuándo, aportando los respectivos soportes documentales.

Segundo.- ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación se solicite al Representante Legal de la Empresa Solidaria de Salud ECOOPSOS, que en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente auto, brinde a este Despacho información completa a propósito de la atención médica ofrecida al señor Jacobo González Villar, identificado con CC. 3.294.404 de Villavicencio (Meta), con ocasión de la operación de columna a la cual fue sometido en el mes de febrero de 2006. De igual manera, deberá precisar la manera como cumplió la medida provisional decretada, a favor del accionante, el pasado 8 de junio de 2007 por el Juzgado 3º Penal Municipal de Villavicencio.

Tercero.- Ordenar que por la Secretaría General de esta Corporación se solicite al ciudadano Jacobo González Villar, accionante del proceso de tutela de la referencia, que dentro de los

tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto de respuesta detallada a este Despacho a las siguientes preguntas: (i) ¿Cuáles son las prestaciones médicas y asistenciales que hasta el momento ha recibido por parte de ECOOPSOS?; (ii) ¿se encuentra actualmente afiliado al régimen contributivo de salud?, de ser afirmativa la respuesta, precise a qué EPS, desde cuándo y qué servicios médicos ha recibido de la misma; (iii) ¿le ha sido practicado el examen postraumático T2 L1 Unión RX Toracolumbar RX de columna?; en caso afirmativo, a cargo de quién; y (iv) ¿cuenta con los recursos económicos suficientes para costearse el valor del mencionado examen?

Cuarto.- Ordenar que por Secretaría General de la Corte Constitucional se envíe copia del expediente a la entidad oficiada en el numeral primero de la parte resolutive del presente auto”

En cumplimiento de lo anteriormente ordenado, ECOOPSOS respondió afirmando que el señor González Villar se encontró afiliado a la misma entre el 1º de octubre de 2006 hasta el 19 de abril de 2007 “momento a partir del cual, mediante la Resolución No. 006 de la misma fecha, expedida por la Secretaría de Salud Local de Villavicencio, se ordena la exclusión de los afiliados que han sido identificados con múltiple afiliación entre el régimen contributivo y subsidiado, dentro de los cuales fue retirado de las bases de datos que mensualmente reportan las entidades territoriales a las EPSs el señor González Villar”.

Sostiene igualmente que durante el tiempo que el accionante se encontró afiliado a ECOOPSOS “éste nunca solicitó la autorización de ningún servicio médico fuera de nuestra competencia, por el contrario, la única atención médica que el paciente solicitó a nuestra entidad fue un examen médico que no hace parte de las coberturas del POS-S pero se le informó y explicó, amplia y detalladamente sus derechos y deberes así como la entidad que estaba en la obligación de garantizar el medio diagnóstico requerido; además de ello, se expidió la carta de canalización de servicios NO POS-S y en cumplimiento de la Circular 018 de 2005 de la Superintendencia Nacional de Salud se libró formato de negación de servicios y/o medicamentos”.

Afirma que el procedimiento quirúrgico a nivel de la columna lumbar en febrero de 2006 fue previo a la afiliación del accionante a la EPSs; “por lo que desconocemos médicamente el estado de salud, así como los padecimientos que conllevaron a los médicos tratantes del

paciente a la realización de la mencionada cirugía”.

Finalmente, en cuanto a la medida provisional decretada por el Juzgado, la accionada reconoce que “la misma no pudo ser acatada por nuestra entidad; toda vez que la relación contractual derivada del contrato de aseguramiento de los recursos del régimen subsidiado que nos obliga a prestar los servicios POS-S y excepcionalmente nos permita prestar y garantizar servicios NO POS-S había desaparecido”.

La Secretaría Local de Salud de Villavicencio, por su parte, respondió que la desafiliación del régimen subsidiado del señor González Villar se había debido a que se presentaba una multifiliación con la EPS SALUDCOOP, según información suministrada por la Secretaría Departamental de Salud mediante oficio del 7 de diciembre de 2005, “donde se estableció un total de 15.835 personas con múltiple afiliación a los regímenes contributivo y subsidiado”.

El Despacho, mediante auto del 11 de diciembre de 2007, decidió vincular al proceso a la EPS SALUDCOOP, solicitándole indicar qué tratamientos le ha venido practicando al accionante. La entidad no aportó respuesta alguna a la Corte.

De igual manera, el Magistrado Ponente requirió a ECOOPSOS para que, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del correspondiente auto, cumpliera finalmente con la medida provisional decretada el 8 de junio de 2007 por el Juzgado 3º Penal Municipal de Villavicencio, “informando al Despacho los resultados obtenidos, so pena las correspondientes sanciones legales”. Al momento de adoptar el presente fallo, la EPS del régimen subsidiado de salud ha incumplido la orden impartida por la Corte Constitucional, pudiendo haber incurrido su representante legal en el delito de fraude a resolución judicial, en los términos del artículo 454 del Código Penal, motivo por el cual la Sala de Revisión compulsará las correspondientes copias.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar y decidir la presente acción de tutela.

2. Presentación del caso y de los problemas jurídicos.

El señor Jacobo González Villar, de sesenta (60) años de edad, fue sometido en febrero de 2006 a un procedimiento quirúrgico a nivel de la columna lumbar. Así mismo, de conformidad con la fotocopia aportada del carné de afiliación a la ARS ECOOPSOS, se constata que el señor González se encontraba afiliado a aquella sólo a partir del 1º de diciembre de 2006.

Posteriormente, mediante Resolución núm. 006 del 19 de abril de 2007, la Secretaría Local de Salud de Villavicencio decidió excluir al accionante del régimen subsidiado, por presentar una supuesta multiafiliación con el régimen contributivo. No obstante lo anterior, el 23 de mayo de 2007, el médico neurocirujano Nelson Morales, adscrito a la accionada, le ordenó al paciente la práctica de un “EXAMEN POSTRAUMÁTICO T2 L1 UNIÓN RX TORACOLUMBAR RX DE COLUMNA”. Ese mismo día, la accionada tramitó una “canalización de servicios NO POSS”, indicándole al afiliado que la práctica del examen se encontraba excluido del POS-S y que, en consecuencia, debía acudir ante la Secretaría de Salud del Meta. De igual manera, alega que el accionante se encuentra excluido del POS-S, debido a una multiafiliación.

Ante la necesidad urgente de la práctica del examen, el Juzgado Tercero Penal Municipal le ordenó a ECOOPSOS, como medida provisional, la práctica del mencionado examen, providencia que no fue acatada por la accionada. La misma orden, decretada por el Magistrado Ponente, también fue incumplida.

Así las cosas, le corresponde en esta ocasión a la Sala de Revisión reiterar su jurisprudencia en relación con (i) la legitimidad del agente oficioso cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta; (ii) la protección del derecho constitucional fundamental a la salud por acción de tutela y su relación con las facultades jurisdiccionales acordadas legalmente a la Superintendencia Nacional de Salud en casos de supuesta multiafiliación al sistema; (iii) el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud; (iv) los adultos mayores como sujetos de especial protección y el carácter autónomo del derecho fundamental a la salud del que son titulares; y (v) resolverá el caso concreto.

3. Legitimidad del agente oficioso cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta.

Acorde con la normatividad sobre agencia oficiosa (artículo 10, Decreto 2591 de 1991),³ la

jurisprudencia constitucional ha reiterado que ‘no se pueden agenciar derechos ajenos, en materia de tutela, cuando no se demuestra la imposibilidad del titular de éstos de ejercer su propia defensa, bajo el entendido que sólo éste puede disponer de sus derechos y propender a su c protección’.⁴ Es decir, los elementos indispensables de la agencia oficiosa en materia de tutela son ‘(i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la tutela a nombre propio’.⁵

Esta Corporación mediante sentencia T-913 de 2006 reiteró la posibilidad de agenciar oficiosamente el derecho de una persona que requiere un servicio de salud para garantizar su vida o su integridad personal. Así, por ejemplo, lo ha permitido a los padres,⁶ a los hijos,⁷ a los hermanos,⁸ a los cónyuges,⁹ a los compañeros,¹⁰ o al cuñado.¹¹ En este contexto —la defensa de los derechos constitucionales al acceso al servicio de salud— la Corte señaló específicamente que: se presume la incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción cuando una persona padece de una enfermedad catastrófica. (...)Concretamente en casos, en los que la persona que solicita la tutela de sus derechos a la vida y a la salud, por medio de agente oficioso, padece cáncer y está en tratamiento, la jurisprudencia ha presumido su incapacidad para defenderse por sí misma, en razón al alto impacto que tienen los tratamientos actualmente existentes en la integridad física y psicológica de toda persona. Así, en la sentencia T-514 de 2006 se consideró que si bien el accionante “(...) no manifestó en forma expresa en el escrito de la demanda que su esposa se encontraba imposibilitada para promover su propia defensa, de acuerdo con lo [probado en el expediente] (...) consta que ésta ha sido sometida a intensas y continuas sesiones de quimioterapias y radioterapias que la desgastan físicamente (...)”¹²

4. Protección del derecho constitucional fundamental a la salud por acción de tutela y su relación con las facultades jurisdiccionales acordadas legalmente a la Superintendencia Nacional de Salud en casos de supuesta multifiliación al sistema de salud.

Según el artículo 49 de la Constitución, la salud tiene una doble connotación -derecho constitucional fundamental y servicio público¹³-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad¹⁴.

En este orden de ideas, el artículo 49 de la Carta Política dispone que le “corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes y establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que el Texto Fundamental le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud se encuentra vinculada con la realización del Estado Social de Derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución.

En relación con la protección del derecho constitucional fundamental a la salud mediante acción de tutela, ha expresado la Corporación que la salud no es un derecho fundamental cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela. La implementación práctica de este derecho implica no desconocer su faceta prestacional, asunto éste, que obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que la eficacia de este derecho tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la puesta en vigencia de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano.

De otra parte, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización - y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela.

Justo en esa misma línea argumentativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el amparo por vía de tutela del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un caso manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional fundamental a la salud dentro de un Estado Social de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación.

Respecto del primer criterio, 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."¹⁵ De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

En relación con la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en tal materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.¹⁶

Así las cosas, la Sala de Revisión estima que las líneas jurisprudenciales elaboradas en materia de conflictos suscitados por la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en el POSS son aplicables a aquellos casos de supuesta multifiliación.

5. El derecho a la continuidad en la prestación del servicio público de salud. Reiteración de jurisprudencia.

La garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud se entiende incluida en el derecho constitucional fundamental a la salud. De dicha forma ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional a partir de los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima. En efecto, la Corte ha reseñado que aquélla tiene por objeto asegurar una ininterrumpida, constante y permanente prestación de los servicios de salud con el fin de ofrecer a las personas la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades.

En cumplimiento de la garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud las Entidades que participan en el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- deben cerciorarse de que sus afiliados reciban los servicios necesarios para su recuperación. Sobre este particular, resulta necesario recordar lo expresado por esta Corte en sentencia T-799 de 2006 cuando manifestó que “el derecho a la salud es la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como mental. Con el fin de preservar la salud y garantizar el estado de bienestar, las personas deben estar en condiciones de intentar el restablecimiento de su salud.”

En este orden, mediante diferentes providencias, la Corte ha amparado el derecho fundamental cuando ha sido vulnerado como consecuencia del desconocimiento del principio de continuidad en la prestación de la atención en salud.

Así, en sentencia T-170 de 2002 esta Corporación dispuso que en el ámbito de la salud, es necesario tener en cuenta aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad humana o a la integridad física. La garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud implica aquí asegurar la universalidad del servicio lo que se contrapone a una oferta parcializada o incompleta del servicio y riñe asimismo con una prestación de salud solo en aquellos eventos

en que las personas se encuentren en peligro de muerte. En este sentido, ha señalado la Corte que “no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que se ordene continuar con el servicio.”

Entonces, los criterios adoptados por esta Corporación para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud son:

“... (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”¹⁷

De lo expuesto se deriva, que el cumplimiento efectivo y eficiente del derecho constitucional fundamental a la salud conlleva el deber de continuidad en la práctica de tratamientos para la recuperación de la salud y se desprende del mismo modo la necesidad de prestar un servicio oportuno y de calidad que sea simultáneamente universal e integral. La garantía de continuidad en la prestación del servicio es parte, por consiguiente, de los elementos definitorios del derecho constitucional fundamental a la salud que no puede ser desconocido sin que con esta actitud se incurra en una grave vulneración del derecho a la salud y de otros derechos que se conectan directamente con él, como son el derecho a la vida en condiciones de dignidad y de calidad y a la integridad física y psíquica. Por consiguiente, en los términos de la sentencia T- 970 de 2007, no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del derechos constitucionales fundamentales.

Cabe asimismo señalar que, en materia de práctica de exámenes médicos, la Corte en sentencia T- 101 de 2006 sostuvo lo siguiente:

“La entidad prestadora del servicio es responsable por negligencia, si no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado. Sobre la base de su incumplimiento, no le es posible eludir las consecuencias jurídicas, en especial las de tutela y las patrimoniales, que se deriven de los daños sufridos a la salud de sus afiliados y beneficiarios, y por los peligros que su vida afronte, por causa o con motivo de falencias en la detección de los padecimientos o quebrantos que son justamente objeto de su labor. (negrillas agregadas).

De igual manera, en relación con los trámites administrativos, entre ellos los casos de supuesta multifiliación, la Corte consideró en la mencionada sentencia lo siguiente:

“Debe tenerse en cuenta que el médico tratante es quien determina la necesidad o no de realizar un examen para establecer el estado de salud del paciente y el posible tratamiento a seguir para obtener ya sea la mejoría o las posibles soluciones médicas y tratamientos que le permitan llevar una existencia digna. Es aquél quien, conforme a las circunstancias individuales de cada paciente, determina cuál es el procedimiento que debe llevarse a cabo, y la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional. Cuando se niega la realización de un examen de diagnóstico que se requiere para ayudar a detectar la enfermedad que aqueja al paciente o para precisar su nivel de afectación y así determinar el tratamiento necesario a seguir, se pone en peligro su derecho a la salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida. Por lo tanto, cuando la falta de diagnóstico genera complicaciones para la situación del paciente, implicaría una violación del derecho a la salud en conexidad con la vida y la integridad personal.

6. Los adultos mayores como sujetos de especial protección. Carácter autónomo del derecho fundamental a la salud del que son titulares. Reiteración jurisprudencial.

La Corte se ha referido en diversas oportunidades a la calificación de las personas que han llegado a la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional. En tal sentido, ha considerado que, aunada a la experiencia y sabiduría que el paso de los años aporta al individuo, sus facultades físicas pueden verse disminuidas y en tal sentido colocar a las personas en circunstancias de especial vulnerabilidad. Así mismo, las necesidades vitales del sujeto varían en esta etapa de la vida, todo lo cual torna imperante un especial amparo

dirigido a garantizar el desarrollo en condiciones dignas de los adultos mayores y que tiene por sustento particular las disposiciones de los artículos 13 y 46 de la Carta Política.

Adicionalmente, la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo 18. En tal sentido, ha afirmado esta Corporación que:

“(e)l Estado social de derecho debe, por mandato constitucional, prodigar a las personas de la tercera edad un trato o protección especial y como desarrollo de este principio se tiene establecido la iusfundamentalidad del derecho a la salud de este grupo de personas que aunado al derecho a existir en condiciones dignas garantiza al mayor adulto el poder exigir al Estado que brinde las condiciones necesarias para el goce pleno de sus derechos de forma efectiva.”¹⁹

De esta forma, aquellas prestaciones necesarias para garantizar la salud de los adultos mayores, en su calidad de sujetos especialmente protegidos, deben ser consideradas derechos fundamentales y por ende, dignos de amparo mediante la acción de tutela.

7. Resolución del caso concreto.

El señor Jacobo González Villar, quien cuenta con sesenta (60) años de edad, fue sometido en febrero de 2006 a un procedimiento quirúrgico a nivel de la columna lumbar. A partir del 1º de diciembre de 2006 hasta el 19 de abril de 2007 se encontró afiliado a ECOOPSOS ARS, fecha en la cual la Secretaría de Salud de Villavicencio lo desafilió del sistema por una supuesta multifiliación al mismo.

No obstante lo anterior, con posterioridad, el 23 de mayo de 2007, el médico neurocirujano Nelson Morales, adscrito a la accionada, le ordenó al paciente la práctica de un “EXAMEN POSTRAUMÁTICO T2 L1 UNIÓN RX TORACOLUMBAR RX DE COLUMNA”. Ese mismo día, la accionada tramitó una “canalización de servicios NO POSS”, indicándole al afiliado que la práctica del examen se encontraba excluido del POS-S y que, en consecuencia, debía acudir ante la Secretaría de Salud del Meta. De igual manera, alega que el accionante se encuentra excluido del POS-S, debido a una multifiliación.

Así las cosas, se tiene que la postura de la accionada resulta ser contradictoria por cuanto, por una parte, sostiene que la no realización del examen se debe a que el accionante se encontraba desafiliado del sistema; por otra, no niega que uno de sus médicos tratantes, con posterioridad a la supuesta desafiliación del señor González Villar ordenó la práctica de un examen postraumático conocido como “T2 - L1 UNIÓN RX TARCAOLUMBAR RX DE COLUMNA”, sobre cuya inclusión en el POSS la Sala no se pronunciará por no contar con los elementos de juicio necesarios, dados que el accionante no aportó su correspondiente histórica clínica ni tampoco la accionada lo hizo, a pesar de que el Magistrado Ponente, mediante auto del 20 de noviembre de 2007 le ordenó a ECOOPSOS que “en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente auto, brinde a este Despacho información completa a propósito de la atención médica ofrecida al señor Jacobo González Villar, identificado con C.C. 3.294.404 de Villavicencio”. De allí que en el presente caso no resulten aplicables las líneas jurisprudenciales referentes a médicamente excluidos del POSS sino las atinentes al problema administrativo de la multiafiliación al sistema de salud.

En este orden de ideas, la accionada no podía dejarle de practicar al accionante el examen previamente ordenado por uno de sus médicos adscritos, el cual es necesario para la recuperación de la salud del adulto mayor, alegando una supuesta multiafiliación.

Así las cosas, se revocará la decisión adoptada el 8 de junio de 2007 por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Villavicencio y, en consecuencia, amparará el derecho a la salud del señor Jacobo González Villar, ordenándole a la Empresa Solidaria de Salud ECOOPSOS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, le practique al señor Jacobo González Villar el examen postraumático “T2 L1 UNIÓN RX TORACOLUMBAR RX DE COLUMNA”.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 8 de junio de 2007 por el Juzgado

Tercero Penal Municipal de Villavicencio. En consecuencia, AMPARARÁ el derecho a la salud del señor Jacobo González Villar.

SEGUNDO: ORDENAR a la Empresa Solidaria de Salud ECOOPSOS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, le practique al señor Jacobo González Villar el examen postraumático "T2 L1 UNIÓN RX TORACOLUMBAR RX DE COLUMNA".

TERCERO. COMPULSAR copias del presente expediente a la Fiscalía General de la Nación- Seccional Meta, a efectos de que investigue la posible comisión de un delito de fraude a resolución judicial, imputable a los directivos de la accionada.

CUARTO.- 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

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA T-097 DEL 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Doble significado, respecto del sujeto y del objeto (Aclaración de voto)

he sostenido que la fundamentabilidad del derecho a la salud conlleva un doble significado: respecto del sujeto y respecto del objeto del derecho a la salud. (i) Respecto del sujeto, esto es, del destinatario de la seguridad social en salud, la fundamentabilidad de este derecho implica que todas las personas habitantes del territorio nacional tienen que estar cubiertas, amparadas o protegidas en materia de salud. (ii) Respecto del objeto, esto es, la prestación de los servicios de salud en general, la fundamentabilidad del derecho a la salud implica que todos los servicios de salud, bien sea para la prevención o promoción de la salud, o bien para la protección o la recuperación de la misma, deben estar cubiertos por el aseguramiento en salud. Del principio de universalidad en materia de salud se deriva entonces primordialmente el entendimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental, en cuanto el rasgo primordial de la fundamentabilidad de un derecho es su exigencia universal, esto es, el ser un derecho predicable y reconocido para todas las personas sin excepción alguna, en su calidad de tales, de seres humanos con dignidad. De otra parte, considero que el derecho a la salud no sólo tiene per se un carácter de fundamental, sino que adicionalmente se encuentra intrínsecamente vinculado con la garantía de otros derechos fundamentales y, por tanto, también por conexidad se ha reconocido por esta Corte como un derecho fundamental al comprometer la efectividad de otros derechos fundamentales.

SUPERINTENDENCIA DE SALUD-Planteamientos que se hacen en la sentencia respecto del procedimiento señalado en la Ley 1122/07 puede acarrear posibilidad de exclusión en un caso concreto de acción de tutela (Aclaración de voto)

Me permito reiterar que al igual que en Aclaración de Voto a la Sentencia T-098 del 2008, no comparto los planteamientos que se realizan respecto del procedimiento señalado en la Ley 1122 de 2007 para que la Superintendencia de Salud resuelva problemas respecto al régimen de salud, ya que puede acarrear en un caso concreto la exclusión de la posibilidad de la presentación de una acción de tutela. Lo anterior, con base en los criterios ya expresados en dicha Aclaración y en relación con las dudas que despierta dicho procedimiento.

Referencia: Expediente T-1721989

Acción de tutela instaurada por la señora Rosalía Zuñiga a nombre de su esposo Jacobo González Villar contra Ecoopsos A.R.S., Saludcoop E.P.S. y Secretaría de Salud de Villavicencio.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el debido respeto por las decisiones de esta Sala de Revisión, me permito presentar las razones que me llevan a aclarar mi voto a la presente decisión, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Al igual que en Aclaración de Voto a la Sentencia T-098 del 2008 de esta misma fecha, me permito reiterar mi posición jurídica en cuanto a la tesis del derecho a la salud como derecho fundamental.

En este sentido, reitero que la fundamentabilidad del derecho a la salud se basa en la universalidad que se predica respecto de este derecho y ello tanto respecto del sujeto como respecto del objeto de su prestación.

A este respecto, he sostenido que la fundamentabilidad del derecho a la salud conlleva un doble significado: respecto del sujeto y respecto del objeto del derecho a la salud. (i) Respecto del sujeto, esto es, del destinatario de la seguridad social en salud, la fundamentabilidad de este derecho implica que todas las personas habitantes del territorio nacional tienen que estar cubiertas, amparadas o protegidas en materia de salud. (ii) Respecto del objeto, esto es, la prestación de los servicios de salud en general, la fundamentabilidad del derecho a la salud implica que todos los servicios de salud, bien sea para la prevención o promoción de la salud, o bien para la protección o la recuperación de la misma, deben estar cubiertos por el aseguramiento en salud.

Del principio de universalidad en materia de salud se deriva entonces primordialmente el entendimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental, en cuanto el rasgo primordial de la fundamentabilidad de un derecho es su exigencia universal, esto es, el ser un derecho predicable y reconocido para todas las personas sin excepción alguna, en su calidad de tales, de seres humanos con dignidad.

De otra parte, considero que el derecho a la salud no sólo tiene per se un carácter de fundamental, sino que adicionalmente se encuentra intrínsecamente vinculado con la garantía de otros derechos fundamentales y, por tanto, también por conexidad se ha reconocido por esta Corte como un derecho fundamental al comprometer la efectividad de otros derechos fundamentales.

2. Igualmente, me permito reiterar que al igual que en Aclaración de Voto a la Sentencia T-098 del 2008, no comparto los planteamientos que se realizan respecto del procedimiento señalado en la Ley 1122 de 2007 para que la Superintendencia de Salud resuelva problemas respecto al régimen de salud, ya que puede acarrear en un caso concreto la exclusión de la posibilidad de la presentación de una acción de tutela. Lo anterior, con base en los criterios ya expresados en dicha Aclaración y en relación con las dudas que despierta dicho procedimiento (págs 11 a 14 de la presente sentencia).

3. De otra parte, el suscrito magistrado observa que los argumentos expuestos en la sentencia en el análisis del caso concreto (pág. 19 ss) en relación con que no se hace referencia a los medicamentos No POS sino al problema administrativo de la multifiliación, son contradictorios. La sentencia, en el párrafo 1º de la página referida, acepta que la demandada le informó al demandante que su trámite era negado por cuanto se encontraba excluido del POS. No obstante, en el párrafo siguiente afirma la que como no existen elementos de juicio necesarios, la Sala no se pronunciará sobre la inclusión o no en el POS por cuanto ni una parte ni la otra presentaron las historias clínicas. Razón por la cual opta por referirse al problema administrativo de la multifiliación.

4. Adicionalmente, el suscrito magistrado considera que aunque se plantea que el problema se resolverá respecto a la multifiliación al sistema de salud, los presupuestos teóricos no se aplican al caso en concreto y simplemente se manifiesta que se revocará la sentencia porque la accionada debía continuar con el servicio.

De conformidad con lo anterior, aclaro mi voto al presente fallo.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Hoy EPS del régimen contributivo de salud, en los términos del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

2 Visible a folio 26 del cuaderno de pruebas.

3 Decreto 2591, artículo 10°— Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

4 Corte Constitucional, sentencia T-294 de 2000, en esta sentencia se consideró que una madre no estaba legitimada para presentar una acción de tutela en contra de la empresa en la que trabajaba un celador al que se le disparó un arma y lesionó a su hijo [Brinks de Colombia S.A.], quien tenía 17 años al ocurrir los hechos, puesto que no se demostró su incapacidad para actuar.

5 Así fueron definidos por la Corte Constitucional en la sentencia T-294 de 2004; esta definición de elementos básicos ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en las sentencias T-346 de 2005, T-750 de 2005, T-162 de 2006 y T-514 de 2006.

6 En la sentencia T-924 de 2004 la Corte tuteló el derecho de una mujer de 19 años a recibir los medicamentos necesarios para atender el cáncer que padece, los cuales habían sido defendidos por su señora madre, en calidad de agente oficioso.

7 En la sentencia T-750 de 2005 la Corte consideró que una hija podía agenciar legítimamente los derechos de su madre enferma de cáncer; a su juicio, la incapacidad de defenderse por sí misma se presumía de su propio estado de salud (padecer una enfermedad

catastrófica).

8 En la sentencia T-754 de 2005 tuteló los derechos de un menor (14 años) que padece hemofilia severa, tipo A, los cuales habían sido agenciados por su hermana.

9 En la sentencia T-246 de 2005 la Corte consideró que el cónyuge puede representar legítimamente los derechos de su pareja cuando padece cáncer, imposibilitada para ejercer su propia defensa. En el mismo sentido, se pronunció en las sentencias T-348 de 2006 y T-514 de 2006.

10 En la sentencia T-575 de 2005 se tuteló el derecho de una persona a acceder a un servicio de salud (recibir un complemento alimenticio), el cual había sido alegado y defendido por su compañera permanente, en calidad de agente oficioso.

12 Sentencia T-514 de 2006

13 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.

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

15 Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.

16 Ley 1122 de 2007: "Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención

específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

17 Sentencia T-1198 de 2003.

18 Ver sentencias T-1081 de 2001, T-004 de 2002, T-850 de 2002, T- 111 de 2003, T-859 de 2003 y T-655 de 2004 y T- 666 de 2004.

19 Sentencia T-655 de 2004.