

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Hija en representación de madre

En relación particular con la agencia oficiosa, en múltiples pronunciamientos, la Corte ha considerado que se presenta cuando el titular del derecho se encuentra imposibilitado para ejercer su propia defensa y opta, en ejercicio de su autonomía individual, más no por disposición legal, por delegar su actuación en una persona distinta a su apoderado judicial. Esta figura tiene ocurrencia cuando: "(i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal; (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa; (iii) la existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos; (iv) la ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente". En el presente asunto, los anteriores requisitos se encuentran plenamente satisfechos, pues está probado que su hija invoca el amparo a su nombre con la intención de fungir como agente oficiosa y que su progenitora padece de una limitación física a consecuencia de la parapléjia que le impide caminar, diagnosticada por su médico tratante (fl.1 Cd. Ppal) y de su avanzada edad - 82 años-, de lo cual se infiere claramente que la titular de los derechos fundamentales alegados, no se encuentra en condiciones físicas ni mentales para promover su propia defensa.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SERVICIO PUBLICO

APLICACION DEL CRITERIO DE NECESIDAD COMO GARANTIA DE ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE SALUD/REGLAS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA TRATANDOSE DE PRESTACIONES EXCLUIDAS DEL PLAN DE BENEFICIOS

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN SALUD

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de todos los insumos, elementos y servicios que se relacionen con su patología en la cantidad y condiciones que determine el médico tratante

En el presente asunto dadas las especiales condiciones de salud en que se encuentra la accionante, el tratamiento integral que requiere la paciente para la atención de su patología, no se agota con los elementos e insumos que ha solicitado, sino que comprende además todos los insumos, elementos y servicios que se relacionen con su patología, por tanto deberán ser suministrados en la cantidad y condiciones que determine el médico tratante.

Referencia: expediente T-2791435

Acción de tutela instaurada por Luz Alba Ortiz actuando como agente oficioso de la señora Carmen Belén Ortiz contra Famisalud Comfanorte EPS-S y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil diez (2010)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa 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 Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cúcuta, el día 10 de agosto de 2010, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Luz Alba Ortiz, como agente oficiosa de la señora Carmen Belén Ortiz contra Famisalud Comfanorte EPS-S y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

I. ANTECEDENTES.

El pasado 28 de julio de 2010 la ciudadana Luz Alba Ortiz, obrando como agente oficioso de su señora madre Carmen Belén Ortiz interpuso acción de tutela ante el Juzgado Municipal de Cúcuta solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, los

cuales, en opinión de la accionante, han sido vulnerados por Famisalud Comfanorte EPS-S y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la peticionaria sustenta sus pretensiones en los siguientes:

HECHOS.

1.- Manifestó que, su madre Carmen Belén Ortiz de 82 años de edad, afiliada a Famisalud Comfanorte EPS-S de Cúcuta, quien pertenece al nivel II del Sisben, “Presenta una Paraplejía y como consecuencia de ello y su avanzada edad no controla esfínteres”.

2.- Expresó que, como debido al estado de discapacidad en el que se encuentra, requiere el suministro de los siguientes materiales para llevar una vida digna y rehabilitarse funcionalmente: “a) Cientoventa (120) pañales mensuales de por vida. // b) Silla de ruedas en aluminio a la medida y con neumático inflable. // c) Cientoventa (120) sondas de Nelatón mensuales de por vida. // d) Cientoventa (120) guantes estériles mensuales de por vida. // e) Dos (2) frascos de Isodine solución mensuales de por vida. // f) Dos (2) frascos de Isodine espuma mensuales de por vida. // g) Colchonetas antiescaras. // h) Cojín antiescaras. i) Terapias físicas.” (fl.6 Cd. Ppal).

3.- Afirmó que no obstante que el 13 de mayo de 2010, solicitó mediante derecho de petición a la EPS-S el suministro del material médico que requiere para la atención de su madre, por comunicación del 31 de mayo siguiente, la entidad accionada le negó el suministro por encontrarse excluido del POS-S.

4.- Añadió que sus ingresos no le alcanzan para sufragar los costos y la falta de tales elementos para su progenitora, “vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente” (fl.6 Cd. Ppal).

5.- En diligencia de interrogatorio rendido bajo la gravedad de juramento el 9 de agosto de 2009, ante el Juzgado de conocimiento (fl.29 Cd. Ppal), la Señora Luz Alba Ortiz manifestó que los médicos tratantes de su señora madre: “no me han formulado nada de eso, ni yo les

he solicitado a los médicos, los estoy pidiendo porque, la única que trabajo soy yo y lo poco que gano no me alcanza para los gastos básicos...". Para complementar el interrogatorio manifestó que la EPS accionada no le ha entregado en calidad de préstamo una silla de ruedas y finalmente agregó: "...yo estoy pidiendo esos implementos porque ella en verdad los está necesitando, porque ella no controla lo que es la parte de orina y menos el popo, y el gasto de pañales yo no los (sic) puedo mantener. También por la posición en que dura todo el día es insoportable para ella, por cuanto le produce laceraciones en la piel y me toca estarle echando cremas para no dejarle que le produzca escaras, el isodine y los guantes los necesito para poderle hacer el aseo personal y el isodine para las laceraciones que le dan a raíz de la posición en que dura todo el día. Esto lo estoy pidiendo porque mi madre no tiene calidad de vida, está sufriendo mucho".

Solicitud de tutela.

6.- Como agente oficiosa de su señora madre, solicita se protejan sus derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal y se ordene a Famisalud Comfanorte EPS-S y al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, autorizarle el suministro del material médico necesario para su cuidado y además "se ordene de manera integral lo que requiera mi señora madre CARMEN BELÉN ORTIZ no solo por consecuencia de su discapacidad sino por su salud en general y rehabilitación".

Pruebas aportadas al proceso

7.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia de la constancia de la discapacidad de fecha marzo 12 de 2010, suscrita por el médico Sergio Vargas Jáuregui, en la que se lee: "Pte hipertensa discapacitada por (...) parapléjica lo que le imposibilita caminar"(fl.1 Cd. Ppal).

- Copia de la solicitud de fecha 13 de mayo de 2010 realizada por la señora Luz Alba Ortiz a Famisalud Comfanorte EPS-S solicitando el suministro de materiales médicos necesarios para el cuidado de su madre (fl.2 Cd. Ppal).

- Copia de la comunicación de fecha 31 de mayo de 2010, por la cual Famisalud Comfanorte EPS-S negó la solicitud argumentado su exclusión del POS-S (fl.4 Cd. Ppal).
- Diligencia de recepción de interrogatorio a la accionante practicada el 9 de agosto de 2010 por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cúcuta (fls. 29 y 30 Cd. Ppal).

Intervención de Famisalud Comfanorte EPS-S.

8.- La Caja de Compensación Familiar de Norte de Santander y su programa Famisalud Comfanorte EPS-S, a través de su apoderada especial dio respuesta a la acción de tutela para oponerse a las pretensiones de la demanda.

Explicó que el suministro de la silla de ruedas, sondas, cojín, colchón antiescaras, guantes e isodine, no pueden ser asumidas por la EPS-S por cuanto de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Acuerdo 008 de la CRES, están excluidos del POS-S. Adicionalmente afirma que tampoco se puede autorizar el suministro de pañales desechables y los demás elementos requeridos, por cuanto no existe orden del médico tratante que los prescriba, siendo la persona idónea y capacitada para determinar los tratamientos a seguir según la patología del paciente. Por tanto, concluye que analizada la solicitud presentada por la accionante frente a los criterios señalados por la Corte Constitucional para el suministro o la atención de patologías excluidas del POS-S, no se reúnen los requisitos exigidos.

Por último sostiene que, la entidad que representa ha garantizado la totalidad de los tratamientos médicos requeridos por la accionante según lo ha ordenado el médico tratante, por tanto no se puede afirmar que se haya sustraído sin causa del cumplimiento de las obligaciones que tiene para con la afiliada. Adicionalmente solicita al juez de conocimiento, que en caso de que se conceda el amparo, los costos por los servicios que deban suministrarse puedan ser recobrados en su totalidad al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.

Intervención del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

9.- El Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, por intermedio del Profesional Especializado de la Oficina Asesora Jurídica, precisó que el suministro de los insumos: Sondas de Nelaton, guantes, isodine solución y espuma y terapias físicas, hacen parte del Plan Obligatorio de Salud a cargo de las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado, mientras que el de colchonetas antiescaras y pañales desechables, no se encuentran catalogados como servicios de salud y por tanto, hacen parte de las exclusiones del POS.

Explicó que, corresponde a la EPS-S Comfanorte garantizar la atención integral que requiera conforme a los contenidos del POS y a los departamentos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, la financiación de la prestación de los servicios no cubiertos por el POS, siempre que se trate de personas que no tengan capacidad de pago para asumirlos, con el fin de asegurar que los subsidios del Estado se otorguen a las personas que verdaderamente lo necesiten.

Así, de conformidad con los pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional en las sentencias C-463 de 2008 y T-760 de 2008, la Dirección Departamental de Salud debe garantizar los servicios y procedimiento ordenados por el médico tratante que están excluidos del POS-S, en cuyo caso, una vez analizados por el Comité Técnico Científico y autorizados por la EPS, podrán ser recobrados por la EPS a la Entidad Territorial del Departamento, si se trata del régimen subsidiado, o directamente al Fosyga cuando se trata del régimen contributivo.

Entonces concluyó que “en materia de prestación de servicios a la población pobre afiliada al régimen subsidiado la responsabilidad está en cabeza de la EPS S, sin perjuicio de lo ordenado esté o no dentro del Plan Obligatorio ante lo cual podría operar el respectivo recobro tal y como lo señala la Ley 1122 y la jurisprudencia en cita”.

Por lo anterior, solicitó que se ordene a la EPS-S accionada asumir y prestar los servicios en forma integral según la patología que actualmente presenta, conforme a lo ordenado por el médico especialista tratante y en consecuencia se excluya de toda responsabilidad al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

Juzgado Octavo Civil Municipal de Cúcuta.

10.- El Juzgado Octavo Civil Municipal de Cúcuta, mediante sentencia proferida el día 10 de agosto de 2010, declaró improcedente el amparo solicitado ante la falta de prescripción de los elementos reclamados por parte del médico tratante adscrito a la EPS, lo que en su criterio, constituye un presupuesto para ordenar por vía de tutela el suministro de servicios no contemplados en el POS-S.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.- Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos 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.

Presentación del caso y problema jurídico objeto de estudio.

2.- La señora Luz Alba Ortiz en representación de su madre Carmen Belén Ortiz, de 82 años de edad, afiliada al nivel 2 del Sisben, quien “Presenta una Paraplejía y como consecuencia de ello y su avanzada edad no controla esfínteres”, interpuso la presente acción de tutela pues considera que los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna e integridad personal de esta han sido vulnerados por parte de la EPS-S Famisalud Comfanorte EPS-S de Cúcuta, al negarle el suministro de pañales, una silla de ruedas, terapias y servicio de transporte para practicarlas, además de otros insumos, tales como sonda de nelaton, guantes estériles, Isodine, colchoneta y cojín antiescaras, que aunque no han sido formulados por los médicos tratantes, son necesarios para llevar una vida digna y rehabilitarse funcionalmente puesto que “no tiene calidad de vida, está sufriendo mucho”, toda vez que, “por la posición en que dura todo el día es insoportable para ella, por cuanto le produce laceraciones en la piel y me toca estarle echando cremas para no dejarle que le produzca escaras...”. Añadió que sus ingresos no le alcanzan para sufragar los costos, pues es la única que trabaja de su familia.

Por tanto, solicita se ordene a Famisalud Comfanorte EPS-S y al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, le autoricen el suministro del material médico necesario para

su cuidado y además “se ordene de manera integral lo que requiera mi señora madre CARMEN BELÉN ORTIZ no solo por consecuencia de su discapacidad sino por su salud en general y rehabilitación”.

Famisalud Comfanorte EPS-S, negó el suministro de los elementos requeridos por encontrarse excluidos del POS-S y además por cuanto no se reúnen los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para las exclusiones del POS-S, al no existir orden del médico tratante que los prescriba. Por su parte, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, sostiene que en el régimen subsidiado la responsabilidad está en cabeza de la EPS-S, sin perjuicio de que lo ordenado esté o no dentro del Plan Obligatorio, ante lo cual opera el respectivo recobro a la entidad territorial del Departamento, en la forma como lo señala la Ley 1122 de 2007 y las sentencias C-463 de 2008 y T-760 de 2008.

De conformidad con lo expuesto, le corresponde determinar a esta Corporación si la circunstancia de que las entidades accionadas no hubiera accedido a suministrar los pañales desechables, silla de ruedas, terapias y demás insumos que requiere con necesidad la señora Carmen Belén Ortiz, quien no controla esfínteres por su discapacidad y su avanzada edad, argumentando para ello no encontrarse contemplados en el POS-S, ni haber sido ordenados por su médico tratante, es una razón constitucionalmente admisible para desconocer derechos fundamentales de sujetos especialmente protegidos por el Ordenamiento Superior.

Para resolver el anterior cuestionamiento, estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre: i) la salud como derecho fundamental y servicio público; (ii) la aplicación del criterio de necesidad como garantía de accesibilidad a los servicios de salud y las reglas para la procedencia de la acción de tutela tratándose de prestaciones excluidas del plan de beneficios; y (iii) el principio de integralidad para, finalmente, abordarse iv) el caso concreto. En forma previa se verificará el cumplimiento de los requisitos para la configuración de la agencia oficiosa.

Cuestión previa: legitimación para actuar del agente oficioso.

3.- Como cuestión preliminar se verificará el lleno de los requisitos para la configuración de la agencia oficiosa, fenómeno que tiene incidencia en el caso concreto pero respecto del cual no existe controversia. Esta figura se encuentra amparada por el texto constitucional que en

su artículo 86 define la tutela como un mecanismo con el que cuenta toda persona para reclamar, “por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

En desarrollo de este mandato, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, prevé en cuanto a la legitimidad e interés de quien interpone el amparo que “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 (...) También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no este en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. (Subrayas por fuera del texto original).

A su turno, la jurisprudencia constitucional ha ahondado en tales preceptos y ha especificado que la tutela puede ser incoada, bien de forma directa o a través de otra persona. Las hipótesis para la interposición de la tutela son: (i) del ejercicio directo, es decir quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; y (iv) por medio de agente oficioso.

En relación particular con la agencia oficiosa, en múltiples pronunciamientos, la Corte ha considerado que se presenta cuando el titular del derecho se encuentra imposibilitado para ejercer su propia defensa y opta, en ejercicio de su autonomía individual, más no por disposición legal, por delegar su actuación en una persona distinta a su apoderado judicial¹. Esta figura tiene ocurrencia cuando: “(i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal; (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa; (iii) la existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos; (iv) la ratificación oportuna por parte del agenciado de

los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente”.

2

En el presente asunto, los anteriores requisitos se encuentran plenamente satisfechos, pues está probado que su hija invoca el amparo a su nombre con la intención de fungir como agente oficiosa y que su progenitora padece de una limitación física a consecuencia de la parapléjia que le impide caminar, diagnosticada por su médico tratante (fl.1 Cd. Ppal) y de su avanzada edad - 82 años-, de lo cual se infiere claramente que la titular de los derechos fundamentales alegados, no se encuentra en condiciones físicas ni mentales para promover su propia defensa.

La salud como derecho fundamental y servicio público.

5.- La salud fue consagrada por el Constituyente de 1991 en el artículo 49 de la Carta Política como un concepto que goza de una doble connotación: como derecho fundamental y como servicio público. Esta norma atribuye al Estado la carga de asegurar la atención en salud, como servicio público, al tiempo que reconoce en todo individuo la potestad de exigir el acceso satisfactorio a todas las dimensiones que le integran, lo que se traduce en su proclamación como derecho.

Este mandato tiene una relación estrecha con los fines del Estado Social de Derecho que en nuestro contexto aparecen consignados en el artículo 2° de la Constitución Política vigente. En sí, la norma sugiere que “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 (...) 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

En relación con el deber estatal de asegurar la salud de los habitantes, el artículo 49 admite que la atención en salud y el saneamiento ambiental son componentes de la salud como servicio público, cuyo disfrute debe ser garantizado por el Estado a la totalidad de los habitantes en los ámbitos de promoción, protección y recuperación de la salud. En este orden de ideas, son tareas del 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.”⁴

Como ingrediente del servicio público esencial de seguridad social,⁵ la salud en el país, al tenor de la Ley 100 de 1993, debe regirse en igual medida por los principios que caracterizan el sistema, a saber: eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.⁶

En tanto derecho fundamental, calidad que no deriva de forma expresa de la categorización trazada en el texto de la Carta, su designación ha resultado de la evolución jurisprudencial que, a la par de la doctrina y los instrumentos internacionales en la materia, ha conducido a la superación de la clasificación que en antaño se hacía respecto de los derechos –en derechos civiles y políticos de un lado y económicos, sociales y culturales de otro- y a la correspondiente variación de la perspectiva que se tiene sobre los medios para su exigibilidad.

Previamente, la etiqueta de fundamental era asignada al derecho a la salud dependiendo de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental de acuerdo con la clasificación expuesta en la Constitución –tesis de la conexidad- o de la calidad de los sujetos que participaran en el debate expuesto a consideración de la Corte – el derecho a la salud era adjetivado como fundamental cuando se trataba de sujetos de especial protección constitucional, como las niñas y los niños, las personas con discapacidad o las que pertenecen a la tercera edad-.

Recientemente se ha entendido que los derechos fundamentales están dotados de ese carácter por su identidad con valores y principios propios de la forma de Estado que nos identifica, el Estado Social de Derecho, mas no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que “la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.⁷ Bajo esta mirada renovada, los derechos

edificados en el marco de este modelo son fundamentales y susceptibles de tutela, declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.

6.- A nivel internacional, son varios los instrumentos que se refieren a este derecho desde esta nueva perspectiva que lo define como un derecho humano -y que, por ende, adquiere categoría fundamental al trasladarse al ámbito del derecho interno.-

Por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el día 18 de diciembre de 1979, sobre la base de que los Estados Parte en los tratados internacionales en materia de derechos humanos deben asegurar el goce igualitario de los derechos sociales, económicos y culturales, menciona entre otros fines, el “derecho a la protección de la salud, a la seguridad e incluso la salvaguardia de la función de reproducción” en el contexto laboral.⁸ De la misma forma, el artículo 12 de la Convención, estipula la eliminación de la discriminación contra la mujer “en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”. Además se garantiza a la mujer “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”⁹

En la Observación General 14 adoptada por el Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2000, se rechaza la visión de la salud como un concepto limitado a la idea de sanidad. Reconoce, por el contrario, que la salud debe ser asumida “como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.”¹¹ Se pregona además la progresividad del concepto¹² al definirle como “un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”¹³.

De la misma forma, el Comité especifica los elementos esenciales para la formulación de las medidas conducentes al aseguramiento del derecho a la salud, que son: (i) disponibilidad; (ii) accesibilidad; (iii) aceptabilidad y; (iv) calidad. Dentro de estos elementos, dos tienen primordial importancia para este caso. El primero es la garantía a la accesibilidad a los servicios de salud como se verá enseguida y el segundo es la calidad, cuyo componente determinante en la prestación del servicio de salud, es el principio de integralidad.

Aplicación del criterio de necesidad como garantía de accesibilidad a los servicios de salud. Reglas para la procedencia de la acción de tutela tratándose de prestaciones excluidas del plan de beneficios.

7.- La jurisprudencia de esta Corporación ha delineado el asunto de la accesibilidad en el sentido de especificar que el cumplimiento de este criterio se supedita a la aparición de algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud. Al respecto, en sentencia T-760 de 2008 se precisó que “toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”¹⁴

Así las cosas, el derecho a la salud es tutelable, prima facie, en lo que respecta a su núcleo esencial que está comprendido por la enunciación fijada en el Comité de Regulación de la Salud -CRES- en los listados que constituyen el POS y POS-S, los cuales contienen una formulación de las actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos que permiten su autorización en todo momento frente a cualquier tipo de contingencia médica¹⁵. Sin embargo, este Alto Tribunal ha aceptado que en ciertas ocasiones el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, espectro que excede el asentado en los listados del POS y POS-S. En términos generales, en un primer momento, toda persona tiene derecho al acceso a un servicio de salud que i) se encuentre contemplado en el POS -o el plan de beneficios respectivo, en lo que respecta a regímenes exceptuados como el del Magisterio-; ii) es ordenado por médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio¹⁶; iii) es indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente y iv) fue

solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud, es decir, se agotó el recurso a la administración.¹⁷

8.- Empero, tratándose de prestaciones excluidas del correspondiente plan de beneficios, las reglas sentadas por la jurisprudencia constitucional para la tutelabilidad del derecho son: i) la falta del servicio médico vulnera el derecho a la salud; ii) éste no puede ser sustituido por uno previsto en el POS, POS-S o el respectivo plan obligatorio de salud; iii) la cancelación del servicio no puede ser asumida personalmente por el sujeto interesado; iv) éste fue ordenado por médico tratante adscrito a la empresa demandada regla que, como fue anteriormente señalado, admite ciertas excepciones. En líneas siguientes se sostuvo en la precitada providencia que “una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad.”¹⁸

La verificación de primero y el segundo criterio depende de la valoración hecha por el profesional de la salud que conozca del caso, por tanto, la determinación del juez está supeditada a la manifestación que al respecto haga el profesional que le trate. En contraposición, el asunto de la incapacidad económica está condicionado a la sana crítica que de las pruebas haga el juez, factor que debe nutrirse de las reglas en la materia, las cuales parten de un principio general de inexistencia de una tarifa legal al respecto y la ubicación de la carga de la prueba en cabeza de la EPS o EPS-S correspondiente. Las subreglas sentadas en la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la valoración probatoria de la incapacidad económica han sido concretadas de la siguiente forma:

“(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

Con relación a la capacidad de pago, en la Sentencia T-760 de 2008, la Corte afirmó que “el no tener capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a “acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación”.²⁰ Sobre este mismo aspecto, existe otra regla que determina la existencia de una presunción, que resulta de importancia para el presente caso, según la cual: “De otro lado, en varias ocasiones la jurisprudencia ha señalado que se presume la falta de capacidad económica en cabeza de los beneficiarios del SISBEN”.²¹

Ahora bien, para determinar si un servicio médico es requerido o no por un paciente, esto es, si es vital para la salud del mismo, el concepto del médico tratante resulta el criterio principal, dado que éste es quien conoce a plenitud el estado de salud de la persona y está suficientemente instruido desde el punto de vista técnico y científico. La exigencia en este sentido es que el médico haya prescrito el servicio, mas no que lo haya sugerido²². La valoración del médico tratante es de tal relevancia que en eventos en los cuales se ha presentado una discrepancia entre el concepto del médico tratante y el del Comité Técnico Científico se ha dado preferencia al primero, justamente por su pericia y su mayor conocimiento de la evolución médica del paciente. De manera textual se ha dicho:

“[A]hora bien, la orden de prestación del servicio de salud expedida por el médico tratante, adscrito a la EPS, prevalece respecto de la que niega la entrega, de modo que no basta que el Comité Técnico Científico aduzca que el medicamento tiene sustitutos,²³ pues en todo caso es necesario que el médico tratante sea el que determine dentro de las posibilidades de servicio, la que más convenga a la salud del paciente y en tal sentido, la EPS inexcusablemente suministrará la droga que señale la orden de servicio dada por aquél.

Lo anterior, en cuanto el médico tratante es la persona calificada y con conocimiento tanto médico científico como específico del caso, para emitir la orden de servicio, más aún cuando brinda la atención a nombre de la EPS. De manera que al juez de tutela le corresponde acudir en primer lugar a dicho concepto, como quiera que es fuente de carácter técnico primordial e idóneo, para lograr establecer qué tipo de tratamiento médico requiere el tutelante en aras a restablecer o mejorar su estado de salud.”²⁴

Inicialmente fue admitida únicamente la valoración hecha por el médico tratante adscrito a la entidad demandada, sin embargo, con base en un ingrediente reconocido recientemente como constitutivo del derecho a la salud, el derecho al diagnóstico, se ha flexibilizado el cumplimiento de este requisito cuando, su aplicación se exige en eventos en los cuales, por causa de conflictos administrativos, el usuario se ve obligado a acudir a un médico particular, lo que ha viabilizado la consideración del diagnóstico efectuado por profesional externo a la empresa promotora de salud en cuestión. ²⁵

Adicionalmente en la sentencia T-760 de 2008, se señaló que para poder negar un servicio bajo el argumento de que no se trata de uno prescrito por médico adscrito a la entidad respectiva, debe corroborarse que:“(i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente. Así pues, “en estos casos, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión, y si no desvirtúa el concepto del médico externo, entonces atender y cumplir lo que éste prescribió.”

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. Por lo general, esta situación se presenta en aquellos eventos en que la persona requiere el suministro de pañales y otros insumos necesarios para el aseo personal, sin los cuales su vida se torna indigna.

Por ejemplo en la Sentencia T-099 de 1999, la Corte tuteló los derechos fundamentales a la

salud y a la vida digna de una persona perteneciente a la tercera edad que sufría de incontinencia urinaria ocasionada por una disfunción cerebral y a quien la entidad demandada le había negado el suministro de pañales desechables bajo el argumento de que se encontraban excluidos del POS. En esa oportunidad esta Corporación consideró que tal determinación, tornaba indigna la existencia del paciente por cuanto no le permitía el goce de una óptima calidad de vida. Sobre el particular dijo este Tribunal:

“En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le permite acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona (heridas, llagas, hongos) no le permiten una vida normal, ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que se le proporcionen en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia. Recuérdese además que en tratándose de personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social se erige en fundamental y su protección se torna insoslayable en casos como el presente.

Posteriormente, la Corte, en similar sentido, en la Sentencia T-565 de 1999, señaló:

“La Corte, en numerosa jurisprudencia, ha establecido que la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

En el presente caso, el juez de instancia sólo realizó el examen sobre la salud de la paciente, y concluyó que la negativa de la entidad, al no poner en peligro la salud o la vida de la señora Aldana, no violaba sus derechos fundamentales, y, por consiguiente, había que denegar la tutela.

Sin embargo, en la sentencia que se revisa, el juez no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se trata de una anciana, que padece demencia senil, que no controla esfínteres y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de aseo que su situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido.

Al respecto, no se precisan profundas reflexiones para concluir que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la entidad conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre”.

En la Sentencia T-899 de 2002, la Corte concedió el amparo del derecho a la salud y a la vida digna de una persona que padecía de incontinencia urinaria originada por una cirugía de próstata que le había sido practicada. En dicha ocasión se ordenó a la EPS demandada la entrega de pañales, pese a que no se allegó al expediente la formulación del médico tratante adscrito a esa entidad. A juicio de esta Corporación, la enfermedad que padecía el petente, si bien no comprometía su derecho a la vida, sí le impedía llevar una vida en condiciones dignas²⁶.

En igual sentido, en Sentencia T-212 de 2008, esta Sala dispuso:

“En reciente pronunciamiento²⁷, esta Corporación realizó un desarrollo de la protección que el ordenamiento constitucional e internacional le ha dado a las personas con discapacidad, señalando que “[a] partir de estas garantías de protección, se desprenden un conjunto de deberes en cabeza de las autoridades públicas y de los particulares quienes en sus actuaciones han de proceder de modo que se considere de manera especial a estas personas y se les respeten sus derechos constitucionales fundamentales.”

En tal contexto y a partir de la información allegada por el médico tratante de la menor, existe certidumbre de que el estado de salud de la niña presenta serias dificultades, razón por la cual el suministro del insumo solicitado (pañales desechables) lo que busca en últimas es la protección del derecho fundamental a la vida en condiciones de dignidad.²⁸”

Por su parte, en la Sentencia T-975 de 2008 la Corte Constitucional ordenó el suministro de pañales desechables a una menor que sufría de incontinencia, al considerar que tal padecimiento es un hecho notorio que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro de los insumos que se han requerido a la entidad de salud. En esa oportunidad, señaló:

“(…) el Seguro Social EPS desconoció los derechos fundamentales de la menor María Alejandra Vásquez Montoya al negarle el suministro de los PAÑALES DESECHABLES para el manejo de su problema de INCONTINENCIA no obstante que, la niña reunía todos los requisitos establecidos por esta Corte para el suministro del artículo no incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Añádase a lo anterior, el hecho de que se trata de una menor de edad, en estado de debilidad manifiesta por razón del hecho notorio de su INCONTINENCIA y, que de no manejarse correctamente su padecimiento puede afectarle gravemente su integridad física y personal y el desarrollo de su vida en condiciones dignas.”

En la sentencia T-574 de 2010 la Corte indicó, que en razón a las circunstancias particulares del caso, bien porque se trate de personas que se encuentren en debilidad manifiesta o ya porque afronten enfermedades ruinosas o catastróficas, “el hecho de que las pretensiones de la actora no coincidan con la orden de un médico tratante o del Comité Técnico Científico, no es óbice para que estas le sean negadas.”

9.- El criterio de la necesidad del servicio adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. Así, en la Sentencia T-760 de 2008, la Corte ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional: los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (art. 44, CP) y también ha reconocido la protección especial que merecen, por ejemplo, las mujeres embarazadas²⁹ las personas de la tercera edad³⁰ y las personas con alguna discapacidad.³¹

El derecho a la salud, se insiste, goza de fundamentalidad autónoma, lo que no implica, sin embargo, su amparabilidad absoluta en lo atinente a la posibilidad de disfrutar a plenitud la

totalidad de los servicios que, en algún momento, sean ordenados por el médico tratante. Como se dijo, la autorización de los servicios médicos está limitada, originalmente, a las coberturas dispuestas en el plan obligatorio de beneficios correspondiente. Sin embargo, es posible que algunos servicios excluidos del plan de beneficios obligatorios sean concedidos so pretexto de su requerimiento y necesidad para el logro de la salud del paciente, siempre que se logre acreditar el lleno de los requisitos previstos para la autorización de un procedimiento excluido del POS, especialmente, la vulneración del derecho a la salud que, se reitera, debe concebirse como bienestar físico, psíquico y social.

Principio de integralidad.

10.- Otro de los elementos esenciales para garantizar la efectividad del derecho a la salud es el de la calidad, respecto de la cual se ha sostenido que los establecimientos, bienes y servicios de salud no sólo han de ser aceptables, mirados desde un enfoque cultural, sino "...también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas."32

Consecuente con lo anterior, puede afirmarse entonces que un componente determinante de la calidad en la prestación del servicio público de salud es el principio de integridad (o principio de integralidad), el cual ha sido destacado de manera importante por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las regulaciones en materia de salud y la jurisprudencia constitucional colombianas. Para la Corte Constitucional, el principio de integralidad es uno de los criterios aplicados para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico.

La integralidad se relaciona, de un lado, con el concepto mismo de salud en el sentido de exigir la satisfacción de todas las dimensiones que le integran, en particular, el cubrimiento de necesidades preventivas, educativas, fisiológicas, psicológicas, sociales, entre otras.³³ Y de otra parte, se relaciona con la obligación de asegurar todas las prestaciones relacionadas

con la patología que aqueja a un mismo paciente. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que se necesite para conjurar la situación particular de un paciente.³⁴

Por su parte, la Ley 100 de 1993 reconoce a este principio un lugar en la enunciación de los que deben guiar el sistema y le define como “la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población.” Igualmente, es consagrado en el numeral 3° del artículo 153 al disponer: “el sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. De manera armónica, el literal c) del artículo 156 dispone que “todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

En términos prácticos, esto implica que se avale la autorización de las prestaciones que, de forma conjunta, sean ordenadas por un profesional de la salud en relación con una misma condición médica. ³⁶ Así las cosas, “cumplidos los presupuestos de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, ante la existencia de un criterio determinante de la condición de salud de una persona, consistente en que se requiere un conjunto de prestaciones en materia de salud en relación con dicha condición, siempre que sea el médico tratante quien lo determine, es deber del juez o jueza de tutela reconocer la atención integral en salud.”³⁷

En un primer momento, serán autorizadas todas las prestaciones cobijadas dentro del respectivo plan obligatorio de beneficios; sin embargo, dentro de los criterios exceptivos perfilados por la jurisprudencia de esta Corporación se encuentra el hecho de que se trate de: (i) sujetos de especial protección constitucional³⁸ (menores, adultos mayores, población víctima del desplazamiento forzada, grupos étnicamente minoritarios, entre otros) y (ii) personas que presenten enfermedades catastróficas³⁹ (sida, cáncer, entre otras). Frente a estos casos, que constituyen hipótesis enunciativas⁴⁰, resulta clara la viabilidad de la atención integral en salud con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas

estén excluidas del plan obligatorio respectivo.

Ahora bien, es importante precisar que cuando las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud reconocen insumos o medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS- pero su prestación no es garantizada oportunamente, desconocen, irrespetan y amenazan gravemente el derecho fundamental a la salud del paciente, pues dicha conducta puede generar efectos tales que puedan someter al paciente a un intenso dolor o impedirle acceder en el momento preciso a un servicio de salud para recuperarse o, producir un deterioro considerable en su salud. Por ello, esta Corporación ha dispuesto que la prestación de los servicios debe ser oportuna, eficiente y de calidad a fin de garantizar la efectiva e integral prestación del servicio y respetar el derecho a la salud del usuario.⁴¹

Por otro lado, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela, la cual bajo ningún supuesto puede recaer sobre cosas futuras.

En este orden de ideas, debe precisarse que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.

En la sentencia T-760 de 2008, la Corte afirmó sobre el particular lo siguiente:

“Es importante subrayar que el principio de integralidad no significa que el interesado pueda pedir que se le suministren todos los servicios de salud que desee o estime aconsejables. Es el médico tratante adscrito a la correspondiente EPS el que determina lo que el paciente

requiere. De lo contrario el principio de integralidad se convertiría en una especie de cheque en blanco, en lugar de ser un criterio para asegurar que al usuario le presten el servicio de salud ordenado por el médico tratante de manera completa sin que tenga que acudir a otra acción de tutela para pedir una parte del mismo servicio de salud ya autorizado.”

La falta de atención respecto de este punto, puede derivar en que los jueces de tutela incurran en dictar órdenes indeterminadas, contrarias al ordenamiento jurídico cuyo cumplimiento pueda resultar problemático a la hora disponer las acciones necesarias para brindar la atención a los afiliados y beneficiarios, por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud.⁴²

Del caso en concreto.

La señora Luz Alba Ortiz en representación de su madre Carmen Belén Ortiz, de 82 años de edad, afiliada al nivel 2 del Sisben, adscrita al régimen subsidiado, quien “Presenta una Paraplejía y como consecuencia de ello y su avanzada edad no controla esfínteres”, interpuso la presente acción de tutela pues considera que los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna e integridad personal de esta han sido vulnerados por parte de Famisalud Comfanorte EPS-S de Cúcuta y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, al negarle la atención integral y el suministro de pañales, una silla de ruedas, terapias y servicio de transporte para practicarlas, además de otros insumos, tales como sonda de nelaton, guantes estériles, Isodine, colchoneta y cojín antiescaras, argumentando encontrarse excluidos del POS-S y además por no existir orden del médico tratante que los prescriba. El Juez de conocimiento, declaró improcedente el amparo solicitado ante la falta de prescripción de los elementos reclamados por parte del médico tratante adscrito a la EPS.

Según las pruebas que reposan en el expediente, se tiene establecido que la accionante padece parapléjia lo que la imposibilita para caminar (fl. 1 Cd.- Ppla), según diagnóstico del médico tratante. Adicionalmente, de acuerdo con lo expuesto por la accionante en su escrito de demanda y en la declaración juramentada rendida ante el juzgado de conocimiento, su progenitora es una mujer anciana que debido a la enfermedad que la aqueja, no controla esfínteres y debe sufrir grandes padecimientos “por la posición en que dura todo el día es insoportable para ella, por cuanto le produce laceraciones en la piel y me toca estarle echando cremas para no dejarle que le produzca escaras, el isodine y los guantes los

necesito para poderle hacer el aseo personal y el isodine para las laceraciones que le dan a raíz de la posición en que dura todo el día. Esto lo estoy pidiendo porque mi madre no tiene calidad de vida, está sufriendo mucho”.

De la misma forma, la Sala evidencia que la accionante, quien sostiene en su demanda que no cuenta con los recursos económicos suficientes para atender los requerimientos necesarios para el cuidado de su progenitora, se encuentra clasificada en el nivel 2 del SISBÉN, lo que permite presumir que no cuenta con recursos económicos para cubrir el valor de los elementos e insumos requeridos, presunción y afirmaciones que no fue desvirtuada ni controvertida por las entidades accionadas.

De conformidad con lo anterior, es evidente que los pañales, la silla, el cojín, la colchoneta y los insumos y demás elementos necesarios para el aseo, no obstante encontrarse por fuera del POS del régimen subsidiado, se reclaman por la accionante para tratar de aliviar las afecciones en la salud de su progenitora y proporcionarle una vida digna. Así, tal como se expuso en los considerandos de esta providencia, para la Sala es clara la necesidad de tales elementos e insumos, en tanto que se trata de un sujeto en estado de debilidad manifiesta que pertenece a la tercera edad (tiene 82 años de edad) y se encuentra discapacitada a causa de la parapléjia, por tanto merece especial protección por parte del Estado. Además, es evidente para la Corte que los requiere para mejorar su calidad de vida, sobrellevar con dignidad su enfermedad y tan penoso estado de postración, así como evitar que su salud se siga deteriorando cada vez más a causa de las laceraciones en su piel. Por ello, es claro que la negativa de la EPS-S y del Instituto Departamental de Salud para suministrar los elementos requeridos con necesidad por la accionante vulnera sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

Ahora bien, dado que se trata de una persona discapacitada y por tanto sujeto de especial protección constitucional, en precarias condiciones de salud, sin ingresos suficientes para solventar sus necesidades, quien pertenece al nivel 2 del Sisben, en el presente caso se reúnen las condiciones que ha establecido esta Corporación para garantizar una atención integral en materia de salud a la paciente, con la prestación de los servicios médicos que permitan de modo efectivo la recuperación de su salud o las dolencias propias de la enfermedad que la afecta, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico o que estos se

encuentren o no incluidos en el POS-S.

Es de anotar que si bien, las pretensiones requeridas por la accionante no se sustentan en la orden del médico que la viene tratando, como se explicó en las consideraciones de la presente sentencia, la falta de orden médica no es obstáculo para conceder la tutela, ni tampoco se considera una razón constitucionalmente suficiente para negar el servicio de salud, puesto que se trata de garantizar a las personas en debilidad manifiesta las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia⁴³. De manera que tratándose de personas con disminución de su capacidad física o psíquica que requieran el suministro de unos procedimientos, medicamentos, elementos o insumos de los cuales dependa alcanzar unas condiciones de vida digna, la protección del derecho a la salud se impone.

En las sentencias T-899 de 2002, T-202 de 2008, T-975 de 2008, T-053 de 2009, T-352, T-437 y T-574 de 2010, entre otras, la Corte ha ordenado el suministro de tales elementos por tratarse de personas en debilidad manifiesta ante el hecho notorio y evidente de la incontinencia urinaria o la imposibilidad para valerse por si mismo propias de la avanzada edad o de quienes se encuentran afectados por patologías relacionadas con la próstata, la cadera, disfunción o parálisis cerebral, cuadrapléjia o hemipléjia o cuando la persona afronta una enfermedad ruinosa o catastrófica, siempre que los peticionarios no cuenten con los recursos económicos para sufragarlos. En dichas oportunidades, se ha considerado que su provisión “más que obedecer a un tratamiento médico, tienen por finalidad dar un estado salubre y de bienestar de la persona que los requiere”⁴⁴, se constituyen en medios para garantizar la integridad personal y la vida digna de quien los necesita.

No obstante lo anterior, en el presente asunto dadas las especiales condiciones de salud en que se encuentra la accionante, el tratamiento integral que requiere la paciente para la atención de su patología, no se agota con los elementos e insumos que ha solicitado, sino que comprende además todos los insumos, elementos y servicios que se relacionen con su patología, por tanto deberán ser suministrados en la cantidad y condiciones que determine el médico tratante.

Por último, teniendo en cuenta que la accionante pertenece al régimen subsidiado, el costo de las prestaciones que se encuentran excluidas del POS-S, deberán ser asumidas por el ente

territorial. En la Sentencia T-760 de 2008, la Corte afirmó lo siguiente sobre el particular:

“Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.

Indica el artículo 43 de esa norma: “Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (...) 43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. || 43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental”.

Por lo expuesto, esta Sala revocará la decisión tomada por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cúcuta y en su lugar ordenará a la EPS-S Famisalud Comfanorte EPS-S el suministro de pañales, silla de ruedas, colchoneta y cojín antiescaras, terapias físicas y transporte, sondas de nelatón y guantes estériles, y demás insumos, elementos y servicios médicos que requiera la accionante para el tratamiento integral de su patología, por el tiempo, cantidad y condiciones que para el efecto establezca el médico tratante.

III. 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 el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Octavo Civil Municipal

de Cúcuta, el día 10 de agosto de 2010 dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Luz Alba Ortiz como agente oficiosa de su progenitora y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos a la salud y vida digna de la señora Carmen Belén Ortiz.

Segundo: ORDENAR al Director Administrativo de la Famisalud Confanorte EPS-S, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice a la señora Carmen Belén Ortiz el suministro de pañales, silla de ruedas, colchoneta y cojín antiescaras, terapias físicas y transporte, sondas de nelatón y guantes estériles, y demás insumos, elementos y servicios médicos que requiera la accionante para el tratamiento integral de su patología, por el tiempo, cantidad y condiciones que para el efecto establezca el médico tratante.

Tercero. LIBRENSE por la Secretaría General de esta Corporación las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNERTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Referencia: Expediente T-2791435

Acción de tutela presentada por Luz Alba Ortiz, como agente oficioso de Carmen Belén Ortiz contra el Famisalud Comfanorte EPS y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

Magistrado Ponente:

Humberto Antonio Sierra Porto

Comparto la decisión y las órdenes adoptadas por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional en la sentencia T-1024 de 2010. Sin embargo, considero pertinente hacer dos aclaraciones, la primera respecto a la carencia de objeto y la segunda con relación a la regla de recobro parcial de servicios de salud.

1. En primer lugar, considero preciso señalar que la declaración de carencia actual de objeto afecta la decisión judicial acerca de cuáles órdenes debe adoptar el juez de tutela en el caso concreto, no la decisión judicial acerca de si la entidad o persona acusada violó o no el derecho invocado. En efecto, cuando una entidad ha violado el derecho a la salud de una persona, el cumplimiento a destiempo de sus obligaciones no cambia el hecho de que la violación se produjo. Si una entidad de salud corrige su error, enmienda su actuación pero no altera lo ocurrido. En otras palabras, corregir lo hecho, o dejado de hacer, no implica que la entidad regrese en el tiempo y pueda enmendar sus acciones del pasado. Por tanto, es preciso que cuando se verifique en los hechos del caso una violación a un derecho, sea reconocida y declarada. Así pues, declarar la carencia actual de objeto, puede implicar que no es necesario impartir órdenes para corregir la situación, pero de ninguna manera puede implicar que el juez de tutela deje de declarar que la entidad en cuestión violó el derecho de la persona.

2. En segundo lugar, es preciso aclarar mediante la Ley 1122 de 2007 (artículo 14, literal j) el Congreso de la República incluyó dentro del sistema general de seguridad social en salud la 'regla de recobro parcial'. En la norma en cuestión el legislador reiteró la competencia del

Comité Técnico Científico para considerar medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, en aquellos casos de enfermedad de alto costo, advirtiendo que 'si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga'. Teniendo en cuenta que el derecho a la salud de toda persona es fundamental y que dentro de éste se contemplan la garantía de poder acceder a los servicios de salud que se requieran, en especial, con necesidad, la Corte Constitucional decidió declarar constitucional esta norma legal, "en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes".⁴⁵ Al respecto en la sentencia T-159 de 2009 la Corte resolvió confirmar parcialmente la sentencia de instancia, que había resuelto tutelar los derechos a la integridad personal y a la salud de la accionante, "advirtiendo que en virtud de la regla de recobro parcial, la EPS tiene la posibilidad de repetir contra el Estado, a través del FOSYGA, por los gastos sufragados en cumplimiento de esta decisión, pero sólo por el cincuenta por ciento (50%), de conformidad con el artículo 14 literal j de la Ley 1122 de 2007 y la sentencia C-463 de 2008. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS."⁴⁶

3. En los casos de personas afiliadas al régimen subsidiado del sistema de salud, como ocurre en el proceso de la referencia, los cobros por servicios que se requieran y no se encuentren incluidos en el Plan respectivo, deben ser cancelados en principio, por las entidades territoriales. No obstante, en virtud de el principio de igualdad y lo dispuesto en las sentencias C-463 y T-760 de 2008, la protección al derecho que supone la existencia del cobro parcial debe ser al menos considerada por las entidades encargadas de pagar dichos servicios.

4. Por las anteriores razones puede concluirse (i) que cuando ha ocurrido la violación de un derecho, ésta debe ser declarada en la parte resolutoria de una sentencia, por ser lo que en efecto sucedió, así exista carencia actual de objeto y (ii) que si el derecho violado es la salud, tal declaración asegura que en el caso de que existan servicios que den lugar a

recobros, éstos estarán sometidos a la 'regla de recobro parcial' por parte del Fosyga, tal como lo es su deber constitucional y legal.

Fecha ut supra,

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-1024/10

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Octava de Revisión, me permito sustentar el salvamento parcial de voto anunciado en el asunto de la referencia.

Acompaño la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la señora Carmen Belén Ortiz y las órdenes dictadas por la Corte para su efectiva salvaguarda. Sin embargo, me aparto de la sentencia T-1024 de 2010 en lo relativo a la ausencia de una orden expresa dirigida a la EPS-S en el sentido de advertir que debe concurrir en el pago del 50% de los gastos generados por la atención médica dispuesta en esta sentencia a favor de la actora.

En efecto, el artículo 14, literal j de la Ley 1122 de 2007 estableció una regla de recobro parcial en aquellos casos en que el Comité Técnico Científico de la EPS no estudie oportunamente las solicitudes de medicamentos y procedimientos ordenados por el médico tratante de los pacientes afiliados al sistema general de seguridad social en salud. Esta norma fue objeto de análisis abstracto de constitucionalidad por parte de la Corte, la cual la declaró ajustada a la Carta de forma condicional mediante sentencia C-463 de 2008, "en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico

tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes”. (Negrilla añadida).

Atendiendo a estas razones, me veo obligado a salvar parcialmente el voto en la presente providencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-1135 de 2007, T-863 de 2003, T-947 de 2006, T-459 y T-507 de 2007, T-995 y T-1072 de 2008.

2 Sentencia T-531 de 2002.

3 Artículo 2° de la Constitución Política.

4 Artículo 49 de la Constitución Política.

5 De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 100 de 1993, “el Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.” (Negrillas por fuera del texto original)

6 Artículo 2º de la Ley 100 de 1993.

7 Esta propuesta teórica fue inicialmente expuesta en la sentencia T-573 de 2005 y posteriormente desarrollada en la sentencia T-016 de 2007.

9 Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

10 Artículo 24, numeral 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño

11 Punto 9 de la Observación.

12 En el punto 31 de la Observación se precisa que “la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12.”

13 *Ibíd.*

14 Fundamento Jurídico 4.4.1. de la Sentencia

15 Recientemente la CRES expidió el Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009 “Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios desalud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.”

16 Ver, entre otras, la sentencia T-760 de 2008. En esta providencia se señaló que para poder negar un servicio bajo el argumento de que no se trata de uno prescrito por médico adscrito a la entidad respectiva, debe corroborarse que:“(i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente. Así pues, “en estos casos, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión, y si no desvirtúa el concepto del médico externo, entonces atender y cumplir lo que éste prescribió.”

17 Ello concuerda con lo dicho en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

18 Fundamento Jurídico N° 4.4.3.2.2. de la sentencia. Para la concreción de estas reglas se volvió lo dicho en sentencias como la T-1204 de 2000 reiterada posteriormente en fallos como las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

19 En la sentencia T-683 de 2003, fueron sintetizadas las subreglas aplicables a la determinación de la incapacidad económica, las cuales han sido reiteradas con posterioridad.

20 Los artículos 187 y 188 de la Ley 100 de 1993 determinan que las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios. En la sentencia T-811 de 2006, la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la Ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que “las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación.”

21 Ver sentencia T-841 de 2004.

22 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001 y T-344 de 2002.

23 Cfr. Sentencia SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Se pueden consultar entre otras, las sentencias T-480 y T-666 de 1997 y T-179 de 2000.

24 Sentencia T-926 de 2004 reiterada en sentencias T-1311 de 2005 y T-464A de 2006.

25 Ver, entre otras, las sentencias T-956 y T-1092 de 2004, T-304, T-835 y T-1149 de 2005, T-1041/06.

26 Ver sentencias T-1219 de 2003 y T-202 de 2008.

27 Ver Sentencia T-988 de 2007. En esa oportunidad el Tribunal Constitucional concluyó: “(...) El Estado ni las autoridades públicas pueden negarse a brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas discapacitadas compensar sus limitaciones para obtener una real integración a la sociedad. Este deber de protección no solo radica en cabeza de las y de los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a todas las autoridades públicas sin excepción, incluso a los particulares que –como las Empresas Promotoras de Salud- prestan el servicio público de salud.”

28 La jurisprudencia constitucional ha considerado que el ámbito de protección del principio de la dignidad humana, radica en “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no

patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones.” Cfr. T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

29 La mujer, ‘durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada’ (art. 43, CP). Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-730 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-807 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-477 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-960 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett) T-530 de 2005 y T-838 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

30 T-808 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-908 de 2004 y T-005 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-687 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1228 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-764 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).

31 T-396 de 1996 y T-1671 de 2000 (MP Fabio Morón Díaz), T-625 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-1070 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

32 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

33 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007 y la T-1177 de 2008.

34 Sentencia T-1177 de 2008.

35 Ley 100 de 1993, artículo 156 literal c)

36 Al respecto, entre otras, las sentencias T-581 de 2007 y T-398 de 2008.

37 Sentencia T-1177 de 2008.

38 Ver Sentencia T-459 de 2007.

40 Esta enunciación no debe ser entendida de forma excluyente pues, de existir criterios razonables, se debe ordenar la autorización de todas las prestaciones ordenadas por el

médico tratante en relación con la enfermedad que aqueja a un paciente. Sobre este supuesto se ha ordenado la atención integral en esta sede, por ejemplo, en casos como los resueltos mediante sentencias T-160 y T-459 de 2007 en los que se trataba personas en condiciones de extrema pobreza y precariedad, sin que se tratara de sujetos pertenecientes a los grupos categorizados como de especial protección constitucional o que padecieran una enfermedad catastrófica.

41 Sentencia T- 760 de 2008.

42 Ver sentencias T-398 de 2008 y T-053 de 2009.

43 Sentencia T-099 de 1999

44 Sentencia T-552 de 2010

45 Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería). La Corte Constitucional consideró en esta ocasión que el Legislador había incurrido en una omisión constitucional al dejar por fuera de la protección establecida en el literal (j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, a personas que tenían tanto o más derecho a que se les protegiera. Por ejemplo, aquellas personas con el mismo tipo de enfermedades de alto costo, pero que se encontraban en el régimen subsidiado; personas que sufrían enfermedades de alto costo, pero no requería un medicamento sino un procedimiento distinto; niños y niñas que no padezcan enfermedades de alto costo y cuyo derecho, explícitamente, debe prevalecer. No obstante, en virtud del principio de 'conservación del derecho' la Corte no declaró la inexecutable de la norma acusada, sino que la condicionó en los términos que fueron señalados. Para ver un análisis sobre esta regla de recobro parcial, ver la sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

46 Corte Constitucional, sentencia T-159 de 2009 (MP. Clara Elena Reales Gutiérrez).