

Sentencia T-120/10

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Defensor del Pueblo en representación de doce ciudadanos portadores de VIH/SIDA

ACCION DE TUTELA-Procede cuando se pruebe amenaza o vulneración de derechos fundamentales sin que exista mecanismo judicial idóneo para la protección de los mismos

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Improcedencia por no existir elementos de prueba sobre la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales esgrimidos en la acción constitucional

DERECHO A LA SALUD DE HABITANTES DE LA CALLE-Orden a la Oficina Sisben para efectuar registro en el sistema y asignar EPSS

Demandante:

Cecilia Rojas Carrillo y otros.

Demandados:

Municipio de Bucaramanga-Secretaría de Desarrollo Social, Secretaría de Salud de Santander, Asmet Salud E.P.S.-S, Caprecom E.P.S.-S, Coosalud E.P.S.-S, Comfenalco E.P.S.-S y Solsalud E.P.S.-S.

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elias Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de

Bucaramanga, en el trámite de la acción de amparo constitucional promovida por Dilmar Ortiz Joya, Defensor del Pueblo de la Regional Santander, en representación de los señores Cecilia Rojas Carrillo, Abigail Peña, Francisco Fernández Díaz, Gladis del Socorro Arango Salazar, Carlos Arnulfo Taborda, Delcy Amparo Tobón López, Armando García Velásquez, Jhon Jairo Mira, Jesús Manrique Merchán, Raúl Sepúlveda Anaya, Luis Enrique Benavides Gómez y Luis Manuel Ortega, contra el Municipio de Bucaramanga-Secretaría de Desarrollo Social, la Secretaría de Salud de Santander, Asmet Salud E.P.S.-S, Caprecom E.P.S.-S, Coosalud E.P.S.-S, Comfenalco E.P.S.-S y Solsalud E.P.S.-S.

I. ANTECEDENTES

1. La Solicitud

El 09 de julio de 2009, el Defensor del Pueblo de la Regional Santander, formuló acción de tutela contra las entidades accionadas, con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de un grupo de habitantes de la calle, a quienes presuntamente les fue negado el tratamiento médico integral que requieren para atender la enfermedad de VIH y otras patologías que padecen.

2. Reseña Fáctica y Pretensiones

2.1. Los ciudadanos Cecilia Rojas Carrillo, Abigail Peña, Francisco Fernández Díaz, Gladis Del Socorro Arango Salazar, Carlos Arnulfo Taborda, Delcy Amparo Tobón López, Armando García Velásquez, Jhon Jairo Mira, Jesús Manrique Merchán, Raúl Sepúlveda Anaya, Luis Enrique Benavides Gómez y Luis Manuel Ortega son habitantes de la calle, debidamente certificados por la Secretaría de Desarrollo Municipal de Bucaramanga y se encuentran vinculados a la institución Hogar Jerusalén, entidad que les brinda asistencia integral, social y terapia ocupacional, en virtud del convenio celebrado con dicha dependencia.

2.2. Los referidos accionantes son portadores de VIH-SIDA, motivo por el cual, algunos de ellos, padecen otras patologías asociadas a esta enfermedad, tales como: insuficiencia renal crónica, trastornos digestivos, hemorroides y tuberculosis.

2.3. Específicamente, Cecilia Rojas Carrillo, Abigail Peña, Francisco Fernández Díaz, Gladis del Socorro Arango Salazar, Carlos Arnulfo Taborda, Delcy Amparo Tobón López, Armando García

Velásquez, Jhon Jairo Mira, Raúl Sepúlveda Anaya y Luis Enrique Benavides Gómez se encuentran registrados en los Niveles 1 y 2 de la base de datos del Sisbén del Municipio de Bucaramanga y, en algunos casos, se encuentran afiliados a la correspondiente Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, como se muestra en el siguiente cuadro:

Accionantes

E.P.S.-S

Sisbén

Cecilia Rojas Carrillo

Caprecom E.P.S.-S

Nivel 2

Abigail Peña

Asmet Salud E.P.S.-S

Nivel 1

Gladis Arango Salazar

Solsalud E.P.S.-S

Nivel 1

Delcy Tobón López

Solsalud E.P.S.-S

Nivel 1

Armando García Velásquez

Comfenalco E.P.S.-S

Raúl Sepúlveda Anaya

Asmet Salud E.P.S.-S

Nivel 1

Francisco Fernández Díaz

No Registra

Nivel 1

Carlos Arnulfo Taborda

No Registra

Nivel 1

Jhon Jairo Mira

No Registra

Nivel 1

2.4. Entre tanto, los señores Jesús Manrique Merchán y Luis Manuel Ortega, no se encuentran inscritos en la Base de Datos del Sisbén, ni afiliados a ninguna Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado.

2.5. De manera particular y adicional a lo anterior, en el caso del señor Armando García Velásquez, se afirma que padece de Hipermetropía Presbicia y que, por tal motivo, requiere el suministro de lentes.

2.6. Finalmente, manifiestan los accionantes, a través de quien los representa en el trámite de la presente acción de tutela, que no han recibido de manera eficaz, continua y permanente el tratamiento médico que por su grave enfermedad requieren y que es indispensable para evitar el deterioro constante de su salud. Por ello, acuden a la acción de tutela, con el ánimo de que se protejan sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, de tal suerte que se ordene a las entidades accionadas el suministro de la atención

médica integral requerida, así como la inclusión en los programas adelantados por la entidad territorial respectiva para la obtención de recursos económicos.

3. Oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela de la referencia, fue conocida, en única instancia, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga, despacho que a través de Auto del Nueve (09) de julio de dos mil nueve (2009), resolvió admitirla y correr traslado a las entidades demandadas, para efectos de ejercer su derecho a la defensa.

3.1. Municipio de Bucaramanga-Secretaría de Desarrollo Social

La Secretaria de Desarrollo Social de Bucaramanga, dio respuesta a la acción de tutela de la referencia, mediante escrito del 15 de julio de 2009, en el que solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, por considerar que la dependencia a su cargo no ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los accionantes.

Al efecto, manifiesta que una vez verificada la base de datos del programa habitante de la calle que impulsa dicha dependencia, se pudo constatar que los accionantes se encuentran certificados como habitantes de la calle y, actualmente, reciben atención médica integral a través de la Fundación Hogar Jerusalén, entidad cuyo objeto es “prestar los servicios de casa hogar para personas con VIH/SIDA o TBC en situación vulnerable, mediante programas de asistencia integral, social y terapia ocupacional del área urbana y rural del Municipio de Bucaramanga”.

Indica, que dentro de las obligaciones específicas estipuladas en el Contrato de Apoyo a la Fundación Hogar Jerusalén, se encuentran las siguientes: (i) ofrecer servicio de alimentación balanceada; (i) enfermería; (i) terapia ocupacional mediante lectura, momentos de esparcimiento y gimnasia; (iii) psicología; (iv) habitación; (v) arreglo de ropa; (vi) pastoral, y las demás inherentes al objeto del contrato.

A manera de aclaración, señala que los accionantes, por el hecho de estar vinculados a dicha fundación, son atendidos en sus patologías a través del Centro de Salud del Rosario, la Corporación Milagro y las diferentes Entidades Promotoras de Salud de la Red Pública de Santander.

En virtud de lo anterior, afirma que “la Alcaldía de Bucaramanga-Secretaría de Desarrollo Social hasta el momento no ha negado la atención a la población habitante de la calle, en especial a las personas relacionadas en la mencionada tutela. El señor Alcalde Bucaramanga ha proyectado programas de apoyo a entidades queriendo mejorar la calidad de vida de esta población, por lo tanto siempre habrá un cupo disponible para quien desee de esta forma mejorar su nivel de vida, contando con la legalización de los convenios una vez cumplidas sus etapas precontractuales, contractuales y pos contractuales por la referida entidad”.

3.2. Municipio de Bucaramanga-Oficina del Sisbén

El Municipio de Bucaramanga, mediante apoderado judicial, informó que los ciudadanos Cecilia Rojas Carrillo, Abigail Peña, Francisco Fernández Díaz, Gladis del Socorro Arango Salazar, Carlos Arnulfo Taborda, Delcy Amparo Tobón López, Armando García Velásquez, Jhon Jairo Mira, Raúl Sepúlveda Anaya y Luis Enrique Benavides Gómez se encuentran registrados y clasificados en los niveles 1 y 2 del Sisbén del Municipio de Bucaramanga.

No obstante, afirma que Luis Manuel Ortega y Jesús Manrique Merchán “no están sisbenizados y no se encuentra solicitud de sisbenización registrada en el sistema a nombre de estos señores, por ende deben proceder a hacerlo, toda vez que es prioritario para que puedan recibir los subsidios”

Por lo anterior, aduce que “la Alcaldía de Bucaramanga no ha incurrido en vulneración alguna de los derechos alegados por los accionantes”, y en razón de ello, solicita que se desestimen las pretensiones de la acción de tutela.

3.3. Secretaría de Salud de Santander

El Secretario de Salud de Santander dio respuesta al requerimiento judicial, mediante escritos separados, en los que se pronunció en relación con las circunstancias particulares de cada uno de los actores.

En el caso de los ciudadanos Cecilia Rojas Carrillo, Abigail Peña, Gladis Arango Salazar, Delcy Tobón López, Armando García Velásquez y Raúl Sepúlveda Anaya, indicó que, según los certificados de virología del Laboratorio Departamental de Salud, se trata de pacientes a quienes les fue diagnosticado el Virus de Inmunodeficiencia Humana (SIDA), cuyo

tratamiento se encuentra incluido en el Acuerdo 306 de 2005, por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

En esa medida, señaló que las personas antes mencionadas se encuentran registradas en la base de datos del Sisbén y se les ha garantizado de manera integral la prestación de los servicios de salud que requieren, a través de Caprecom E.P.S.-S, Asmet Salud E.P.S.-S, Solsalud E.P.S.-S y Comfenalco E.P.S.-S.

Adicionalmente, indicó que los actores Francisco Fernández Díaz, Carlos Arnulfo Taborda, y Jhon Jairo Mira, si bien son beneficiarios del Sisbén, hasta el momento no se les ha asignado la correspondiente E.P.S.-S. Por tanto, solicita que se responsabilice de dicha negligencia al Municipio de Bucaramanga, quien en su criterio, tiene la obligación de garantizar dicha prestación. En igual sentido se pronunció en el caso de los señores Jesús Manrique Merchán y Luis Maule Ortega, quienes no se encuentran registrados en la Base de Datos del Sisbén, ni afiliados a ninguna E.P.S.-S.

En virtud de lo expuesto, y en la medida en que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, el Secretario de Salud de Santander solicita que se deniegue el amparo invocado.

3.4. Asmet Salud E.P.S.-S

Dentro del término otorgado para el efecto, la apoderada de Asmet Salud E.P.S.-S, dio respuesta a la acción de tutela, mediante escrito del 17 de julio de 2009, en el que se pronunció acerca de la actual situación de la señora Abigail Peña.

En primer lugar, señala que “la agenciada Abigail Peña se encuentra afiliada a ASMET SALUD E.P.S.-S, desde el 21 de mayo de 2009, en calidad de Subsidios Totales y desde ese momento se le ha venido garantizando plenamente los servicios del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y las actividades de Promoción y Prevención en el primer nivel y segundo nivel de complejidad en la ESE ISABU; tercer y cuarto nivel de complejidad en el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER, todo con cargo a los recursos del subsidio de la demanda”.

Afirma, que “de acuerdo con lo estipulado en el Numeral 3 denominado ATENCIÓN DE ALTO COSTO. Numeral 3.5 CASOS DE INFECCIÓN POR VIH del Acuerdo 306 de 2005, el tratamiento que requiere la agenciada Abigail Peña se encuentra incluido en el POS del Régimen

Subsidiado”.

Puntualiza que, de acuerdo con el historial de autorizaciones de la actora, desde el momento en el que se hizo efectiva su afiliación, hasta hoy, “no se ha acercado a solicitar ningún servicio médico, bien sea por procedimientos o medicamentos”. Por tal razón, considera que no se han vulnerado sus derechos fundamentales.

3.5. Caprecom E.P.S.-S

La Directora Territorial de Caprecom E.P.S.-S, dio respuesta al requerimiento judicial, a través de escrito del 17 de julio de 2009, en el que solicitó al juez constitucional denegar el amparo invocado por la señora Cecilia Rojas Carrillo.

Indica que la accionante, desde el 1 de noviembre de 2008, está registrada en la base de datos del Régimen Subsidiado de Caprecom E.P.S.-S en el Municipio de Bucaramanga y, actualmente, se encuentra en estado activo con subsidio total.

Informa que “la señora Cecilia Rojas Carrillo es una usuaria del grupo de atención especial de Caprecom E.P.S.-S, ya que por su patología de base y las enfermedades relacionadas desde su diagnóstico en el mes de diciembre de 2008 se ha atendido de manera oportuna, primero en el Centro de Diagnóstico y Tratamiento de las Enfermedades CDI Bucaramanga hasta el mes de abril de 2009 última fecha en la cual la paciente se presentó en las oficinas de Caprecom para solicitar servicios”. Del mismo modo, señala que “se ha intentado ubicar a la paciente pero dada su condición social no ha sido posible su ubicación”.

Finalmente, informa que la entidad que representa atiende a pacientes con VIH, a través de la Corporación Milagro, con quien celebró un convenio de prestación de servicios en la modalidad de paquete integral que incluye “atención en infectología, medicina general, medicina interna, psicología, trabajo social, enfermería, laboratorio clínico especializado y suministro de medicamentos antirretrovirales”. Anexa como soporte a su escrito, copia del historial de autorización de servicios de la actora.

3.6. Coosalud E.P.S.-S

El Gerente de Coosalud E.P.S.-S, en escrito del 16 de julio de 2009, se refirió a la situación particular de la accionante Delcy Amparo Tobón Florez, indicando que “revisada la base de

datos de afiliados según beneficiarios de los Municipios, se observa que la señora Delcy Amparo Tobón Florez, no es afiliada a esta E.P.S.-S". En tal sentido, señaló que, según información suministrada por el Fosyga, "la actora presenta afiliación en Solsalud E.P.S.-S".

Por lo anterior, solicita al juez constitucional que se exima de responsabilidad a Coosalud E.P.S.-S, toda vez que la entidad que realmente está obligada a garantizar la prestación de los servicios de salud requeridos por dicha señora es Solsalud E.P.S.-S.

3.7. Solsalud E.P.S.-S

Mediante escrito del 22 de julio de 2009, la apoderada de Solsalud E.P.S., dio respuesta a la demanda de tutela, informando en síntesis que:

La señora Delcy Amparo Tobón López, de 40 años de edad, "se encuentra afiliada a Solsalud E.P.S del Régimen Subsidiado del Municipio de Bucaramanga y como tal, se le han proporcionado todos los servicios que son objeto de cobertura dentro del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado".

A la accionante se le ha brindado la atención médica requerida, a través de la Corporación Milagro IPS, entidad especializada en manejo de pacientes con VIH-SIDA, a quienes se les suministra atención ambulatoria, apoyo diagnóstico, medicamentos y tratamientos de inmunización, promoción y prevención, de acuerdo con las prescripciones de los médicos tratantes.

En relación con el tratamiento médico integral solicitado, indica que éste "no es viable, toda vez que el juez de tutela no debe impartir órdenes hacia el futuro respecto de hechos o situaciones inciertas y no acaecidas, así como tampoco está demostrado la vulneración por acción u omisión por servicios que aún no han sido ordenados y por lo tanto, no han sido solicitados o radicados ante la EPS, máxime cuando se le ha brindado por parte de la IPS (Hospital Universitario de Santander) toda la atención médica hospitalaria solicitada".

Por lo argumentos expuestos, solicita que se declare improcedente la acción de tutela instaurada.

3.8. Comfenalco E.P.S.-S

El Representante Legal de Comfenalco E.P.S.-S, mediante escrito del 17 de julio de 2009, solicitó al juez constitucional denegar el amparo deprecado por el señor Armando García Velásquez.

De manera preliminar, afirma que el accionante se encuentra afiliado a Comfenalco E.P.S.-S, desde el 29 de abril de 1999, como beneficiario del Régimen Subsidiado en el Municipio de Bucaramanga.

Indica, que se trata de un paciente con diagnóstico de VIH/SIDA, el cual se encuentra en tratamiento desde el mes de septiembre de 2008.

Aduce que al actor se le ha venido garantizando y suministrando todos los servicios médicos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado que ha requerido para tratar su enfermedad. Como sustento de dicha afirmación, anexa un informe detallado de todos los servicios garantizados al paciente.

Adicionalmente, en relación con la pretensión de suministro de lentes por defecto de refracción, manifiesta que por tratarse de un servicio NO POS “nuestra institución remitió al paciente al ente territorial, mediante orden 22229 de fecha 24 de marzo de 2009 para que esta última entidad, de conformidad con sus obligaciones suministrara la complementariedad del POS-S. Es de anotar también, que el accionante fue amplia y adecuadamente informado sobre los procedimientos que debía adelantar ante el ente territorial, para tramitar las atenciones con cargo a los recursos del subsidio a la oferta. (...) desconocemos las razones por las cuales la Secretaría de Salud Departamental de Santander no garantizó la entrega del servicio no POS que requiere el señor García Velásquez”.

5. Pruebas que obran en el expediente

Durante el trámite de la acción de tutela, las partes allegaron los siguientes documentos:

* Fotocopia simple de la resolución No. 455 del 30 de marzo de 2009 mediante la cual fue nombrado Dilmar Ortiz Joya como defensor regional de Santander (Folio 15).

* Fotocopia simple de la cédula de ciudadanía, del carné de afiliación a la correspondiente E.P.S.-S, de la historia clínica y del certificado de habitantes de la calle de cada uno de los actores (Folios 18 a 97).

II. DECISIÓN JUDICIAL DE INSTANCIA

1. Fallo único de instancia

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante providencia proferida el veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009), resolvió negar el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los accionantes, al considerar que no se probaron los supuestos de hecho que originaron la acción, toda vez que en la demanda de tutela solicitan tratamiento integral para atender las patologías que padecen, pero no se acredita la negación o suspensión de un medicamento, procedimiento o tratamiento.

Para el A-quo, de la respuesta dada por las entidades accionadas, se puede concluir que, a los agenciados no se les ha vulnerado sus derechos fundamentales. Ello, en razón a que se les ha proporcionado de manera integral la atención médica requerida, de acuerdo con el manejo establecido para tratar enfermedades de alta complejidad como es el caso del VIH/SIDA, a través de la red pública de servicios de salud.

No obstante lo anterior, el fallador advierte a las entidades demandadas que deben continuar con la atención integral a los accionantes.

Respecto a la situación de los actores, que hasta el momento no se les ha asignado una E.P.S.-S, advierte nuevamente que “una vez presentadas estas personas con la documentación exigida, sin dilación alguna, deben ser afiliados al Sisbén con la asignación de la respectiva EPS-S”.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política consagra que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con dicho mandato superior, 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”, establece lo siguiente:

“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 podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.” (Subrayado fuera del texto).

En el caso objeto de estudio, quien presenta la acción de tutela es el Defensor del Pueblo de la Regional Santander, en representación de doce ciudadanos que le solicitaron de manera expresa su intervención, en procura de obtener el amparo de sus derechos fundamentales.

De conformidad con los preceptos normativos antes mencionados, el Defensor del Pueblo de Santander se encuentra legitimado para presentar la acción de tutela.

2.2. Legitimación pasiva

El Municipio de Bucaramanga-Secretaría de Desarrollo Social y la Secretaría de Salud de Santander, como autoridades públicas, y Asmet Salud E.P.S.-S, Caprecom E.P.S.-S, Coosalud E.P.S.-S, Comfenalco E.P.S.-S y Solsalud E.P.S.-S, en calidad de entidades privadas

encargadas de la prestación del servicio público de salud, están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto, al tenor de lo dispuesto en los artículos 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les acusa de la violación de los derechos fundamentales en discusión.

3. Problema Jurídico

3.1. De acuerdo con lo expuesto en el acápite de antecedentes, se le atribuye a las entidades demandadas la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los accionantes, bajo el supuesto de no haberles proporcionado el tratamiento médico integral que requieren, como consecuencia del Virus de Inmunodeficiencia Humana (SIDA) y otras patologías que padecen.

3.2. De manera preliminar, la Sala advierte que, efectuado el estudio del caso, no existen pruebas suficientes que permitan acreditar los supuestos de hecho que originaron la presente acción de tutela.

A la misma conclusión llegó el juez de la instancia, quien declaró la improcedencia del amparo constitucional, al considerar, una vez analizado el material probatorio obrante dentro del expediente que, contrario a lo manifestado por los actores, las entidades demandadas han venido garantizando la continuidad del tratamiento médico requerido.

En efecto, no se evidencia de los elementos de juicio aportados al expediente, que a los ciudadanos Cecilia Rojas Carrillo, Abigail Peña, Francisco Fernández Díaz, Gladis Del Socorro Arango Salazar, Carlos Arnulfo Taborda, Delcy Amparo Tobón López, Armando García Velásquez, Jhon Jairo Mira, Jesús Manrique Merchán, Raúl Sepúlveda Anaya, Luis Enrique Benavides Gómez y Luis Manuel Ortega, se le estén violando los derechos fundamentales alegados por el hecho de no prestarse de forma adecuada los servicios de salud que requieren.

3.3. Desde esta perspectiva, el problema jurídico que le corresponde resolver a esta Sala de Revisión consiste en determinar si, en efecto, las entidades accionadas quebrantaron los derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida digna de los accionantes, habitantes de la calle y portadores de VIH/SIDA, al no suministrárseles el tratamiento médico integral que requieren para atender dicha patología, o si, por el contrario, el amparo de

tutela debe negarse, teniendo en cuenta que la vulneración alegada no se encuentra debidamente acreditada.

3.4. Para efectos de resolver la cuestión planteada, la Sala considera pertinente señalar que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, a través del cual, toda persona puede reclamar ante el juez competente la “protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.¹ (Negrilla fuera de texto)

De los preceptos mencionados se puede concluir que, para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares.

Así las cosas, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, “la acción de tutela procede, cuando se pruebe que se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de una persona por parte de autoridades públicas, y adicionalmente no existe un mecanismo judicial de protección de los mismos, idóneo para tal efecto”.²

Siguiendo esta línea interpretativa, la jurisprudencia constitucional, de conformidad con lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, ha definido la salud bajo una doble connotación jurídica, es decir, como un servicio público a cargo del Estado y como un derecho en cabeza de todas las personas. De esta manera, para que proceda su amparo, a través del ejercicio de la acción de tutela, es presupuesto indispensable que exista la negativa a suministrar un medicamento, procedimiento o tratamiento, prescrito por el médico tratante, por parte de la entidad obligada a garantizar su prestación, que haga manifiesta la vulneración de este derecho.

Del mismo modo, en relación con el principio de integralidad en la prestación del servicio de

salud, la Sala estima conveniente precisar que, cuando se alegue su vulneración, también se debe partir del supuesto de que exista la negación de un servicio médico que suponga la interrupción de las acciones tendientes a la recuperación de la salud y, en consecuencia, la afectación de este derecho fundamental.

Sobre el particular, la Corte ha señalado que el Principio de Integralidad, “consiste en todo medicamento, tratamiento, procedimiento, intervención, insumo, examen diagnóstico y, en general, todo servicio necesario para enfrentar las contingencias que afectan la salud de las personas, para lo cual, su prestación debe ser garantizada en conjunto, es decir, sin lugar a fraccionamientos, de acuerdo con las prescripciones del médico tratante”³,

4. Caso Concreto

4.1. No está verdaderamente acreditada la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales alegados

Los accionantes, mediante la representación del Defensor del Pueblo-Regional Santander acudieron al mecanismo de tutela, con el propósito de solicitarle al juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, que, según afirman, vienen siendo vulnerados por las entidades accionadas, al no brindarles el tratamiento médico integral requerido para combatir los efectos negativos del VIH/SIDA y otras patologías que padecen, que afectan gravemente su vida y su salud.

Efectuado el estudio del caso, la Sala encuentra, prima facie, que no se probó en debida forma el supuesto fáctico expuesto, toda vez que los cargos de la demanda se plantearon de manera abstracta, sin delimitar en cada caso en particular las razones de la vulneración. En otras palabras, los actores adujeron la transgresión de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, por la falta del tratamiento médico integral para atender las enfermedades que los aquejan, pero no manifestaron cuál era el tratamiento prescrito y en qué medida, el mismo, venía siendo desconocido por parte de las entidades accionadas.

Por el contrario, del material probatorio aportado por los propios accionantes⁴ y de las respuestas emitidas por las entidades demandadas en el trámite de tutela, se evidencia que éstos han recibido la atención médica integral requerida para tratar las enfermedades que padecen, a pesar de su condición social, bien sea a través de la respectiva E.P.S.-S a la cual

se encuentran afiliados, o a través de la Red Pública de Salud del Departamento de Santander y del Municipio de Bucaramanga.

En el caso de los señores Cecilia Rojas Carrillo, Abigail Peña, Gladis del Socorro Arango Salazar, Delcy Amparo Tobón López, Armando García Velásquez y Raúl Sepúlveda Anaya, está suficientemente acreditado que las entidades Asmet Salud E.P.S.-S, Caprecom E.P.S.-S, Coosalud E.P.S.-S, Comfenalco E.P.S.-S y Solsalud E.P.S.-S, les han suministrado todos los servicios médicos y asistenciales que han requerido para atender los quebrantos de salud que padecen.

Del mismo modo, en tratándose de los accionantes Francisco Fernández Díaz, Carlos Arnulfo Taborda, Jhon Jairo Mira, Luis Manuel Ortega y Jesús Manrique Merchán, si bien ostentan la calidad de participantes vinculados, como quiera que actualmente no se ha definido su ingreso al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, han recibido toda la atención médica requerida, a través del Hospital Universitario de Santander y la Fundación Milagro, que hacen parte de la Red Pública de Salud del Departamento de Santander y del Municipio de Bucaramanga.

Es importante resaltar que, la Sala no desconoce la especial protección constitucional de que son titulares las personas que, como los accionantes, se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad o padecen de una enfermedad ruinosa o catastrófica que pone en grave riesgo la vida, en cuyo caso, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la salud se erige en fundamental autónomo y, como tal, susceptible de protección, de manera directa, a través del ejercicio de la acción de tutela.

En consecuencia, para la Corte el amparo invocado por los accionantes debe negarse, toda vez que, de los elementos fácticos y probatorios que sirvieron de sustento para instaurar la acción, no se evidencia la vulneración cierta de los derechos fundamentales en discusión.

4.2. Respecto a la controversia generada por la falta de vinculación al Sistema de Seguridad Social en Salud de algunos accionantes

Llama la atención de la Sala el hecho de que, particularmente, los agenciados Francisco Fernández Díaz, Carlos Arnulfo Taborda y Jhon Jairo Mira, si bien reciben la atención médica requerida y en esa medida no se les ha vulnerado su derecho fundamental a la salud, a la

fecha no se encuentren afiliados a ninguna Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, máxime cuando se encuentran registrados en la Base de Datos del Sisbén.

Del mismo modo, se destaca la situación de Luis Manuel Ortega y Jesús Manrique Merchán, quienes no aparecen incluidos en los listados del Sisbén, ni afiliados a ninguna E.P.S.-S y, por tal razón, sólo cuentan con la atención médica integral que les brinda la Fundación Milagro, entidad que, como ya fue mencionado en acápite anteriores, en virtud del convenio celebrado con la Secretaría de Desarrollo Social de Bucaramanga, se encarga de garantizarles la prestación del servicio público de salud.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala ordenará, en el primero de los casos, que en el menor tiempo posible se inicien las acciones tendientes a la afiliación de Francisco Fernández Díaz, Carlos Arnulfo Taborda y Jhon Jairo Mira a una Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, que garantice la protección efectiva sus derechos fundamentales. Ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 715 de 2005, que trata sobre la competencia de los Municipios para el aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En el segundo de los casos, advertirá que una vez los señores Luis Manuel Ortega y Jesús Manrique Merchán acudan a la entidad competente para solicitar su inclusión en el Sisbén, se inicien las gestiones conducentes a que esto se haga efectivo, así como su afiliación a la correspondiente E.P.S.-S.

4.3. Respecto a la situación particular del señor Armando García Velásquez, en relación con el suministro de lentes por defecto de refracción

Sobre el particular, conviene precisar que si bien es cierto no obra dentro del expediente de tutela orden médica que determine la necesidad de suministrarle al actor los lentes por defecto de refracción que requiere, también lo es que, en el escrito del 24 de marzo de 2009, mediante el cual Comfenalco E.P.S.-S remite la solicitud del señor García Velásquez a la Secretaría de Salud de Santander, se indica claramente que “el usuario tiene en su poder la historia clínica que soporta la solicitud (...)”, es decir que en relación con dicho servicio sí existe prescripción del médico tratante, aunque la misma no haya sido aportada por el accionante al proceso.

En esa medida le corresponde a la Corte, en primer lugar, establecer si la ayuda visual que requiere el accionante para el tratamiento de la hipermetropía presbicia que padece se encuentra o no incluida en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, para luego analizar, según el caso, la procedencia del amparo invocado, a partir de la verificación del cumplimiento de las reglas fijadas por la Corte Constitucional para la inaplicación de las normas sobre exclusiones del POS.

Así las cosas, se tiene que, actualmente, el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado se encuentra regulado en el Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009 “por el cual se aclaran y actualizan íntegramente los Planes Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”, expedido por la Comisión de Regulación en Salud -CRES-. En dicho documento, se dispuso de un conjunto de actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos, cuya prestación debe ser garantizada a los afiliados a dichos regímenes, para la promoción, prevención y recuperación de la salud. Ello, de conformidad con las normas que lo modifican, adicionan o complementan.

Ahora bien, efectuado el estudio del contenido del referido acuerdo, la Sala advierte que en materia de ayudas visuales el POS-S incluye el suministro de montura por un valor equivalente al 10% del salario mínimo legal mensual vigente y de lentes cada vez que lo sugiera el médico tratante, para aquellas personas menores de 20 años, y mayores de 60 años.

En efecto, el artículo 61 del Acuerdo 08 de 2009 precisa lo siguiente:

“5. Ortesis, prótesis, y dispositivos biomédicos. En materia de ayudas visuales el POS-S incluye para los menores de 20 años y mayores de 60 años, el suministro de la montura hasta por un valor equivalente al 10% del salario mínimo legal mensual vigente, y suministro de lentes cada vez que por razones médicas sea necesario su cambio.” (Negrilla fuera de texto)

En el presente asunto, se encuentra suficientemente acreditado que el señor Armando García Velásquez cuenta con 47 años de edad, razón por la cual, de conformidad con la norma en cita, en principio, no tendría derecho a obtener el servicio solicitado, toda vez que en su caso se trata de una exclusión del POS-S.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha señalado de manera profusa los requisitos para inaplicar, en circunstancias especiales donde la vulneración de los derechos fundamentales es palmaria, las normas que regulan las limitaciones y exclusiones de los Planes Obligatorios de Salud, en los siguientes términos:

“(i) Si la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere.

(ii) Si se trata de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

(iii) Si el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie. Al respecto, es importante resaltar, que los beneficiarios del Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud, son personas que no cuentan con los recursos económicos necesarios para efectuar aportes al Sistema, por lo que, en razón a esta especial circunstancia, la jurisprudencia constitucional estableció una presunción de veracidad de incapacidad económica en estos casos⁶.

(iv) Si el servicio médico ha sido ordenado por un galeno adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”⁷

Así las cosas, a partir de la confrontación de las reglas precedentes con las circunstancias particulares del actor, encuentra la Sala que la acción de tutela es procedente, por las siguientes razones:

i. Se trata de un servicio necesario e indispensable para corregir y mejorar la salud visual del accionante y así tener una mejor calidad de vida, como quiera que la hipermetropía presbicia es una enfermedad que con el paso del tiempo disminuye cada vez más la agudeza visual.

i. El médico tratante no ha sugerido que los lentes por defecto de refracción puedan ser

sustituidos por otro de los servicios contemplados dentro del POS-S y que tenga el mismo grado de efectividad.

i. El accionante es un habitante de la calle, circunstancia que por sí misma pone de manifiesta la imposibilidad de sufragar el costo del servicio requerido, ante la escasez de los recursos económicos necesarios para dicho efecto.

i. La entidad accionada no ha manifestado que los lentes por defecto de refracción hayan sido prescritos por médico no adscrito a la misma, por lo que se entiende que éstos fueron ordenados por el galeno tratante, perteneciente a la red pública de servicios de salud de Comfenalco E.P.S-S.

5. Decisión que debe adoptar la Corte en el presente asunto

Teniendo en cuenta que en este caso no se cumplen los requisitos para que proceda la protección del derecho fundamental a la salud, a través del ejercicio de la acción de tutela, esto es, la existencia de una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, esta Sala de Revisión confirmará el fallo proferido por el Juez único de instancia que denegó el amparo constitucional de los derechos fundamentales de los accionantes, respecto del tratamiento médico integral para el VIH/SIDA que padecen.

En relación con la situación particular de Francisco Fernández Díaz, Carlos Arnulfo Taborda y Jhon Jairo Mira, la Corte ordenará al Municipio de Bucaramanga, que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, disponga de todos los medios necesarios para hacer efectiva su afiliación a una Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, que le permita, de manera más eficiente, continuar con el tratamiento prescrito por el médico tratante.

Ahora bien, en el caso de los ciudadanos Luis Manuel Ortega y Jesús Manrique Merchán, como quiera que no se encuentran registrados en la base de datos del Sisbén, ni se les ha asignado una E.P.S.-S y, teniendo en cuenta que por su condición de habitantes de la calle no tienen arraigo en un lugar determinado, se advertirá al Municipio de Bucaramanga-Oficina

Sisbén que debe efectuar el registro de estas personas en dicho Sistema, una vez lo soliciten y aporten la documentación requerida para tal efecto, al tiempo que debe asignarles la correspondiente E.P.S.-S.

Finalmente, respecto a la situación particular del señor Armando García Velásquez, en relación con el suministro de lentes por defecto de refracción, en la medida en que se ha demostrado el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para autorizar, por vía de tutela, la prestación de dicho servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, esta Sala de Revisión concederá el amparo de los derechos fundamentales del accionante. En consecuencia, se ordenará a COMFENALCO E.P.S-S que proceda a autorizar el suministro de los lentes por defecto de refracción que requiere, previa valoración por parte del médico tratante, toda vez que durante el lapso transcurrido entre la presentación de la acción de tutela y el fallo de esta Corte pudo haber variado el índice de agudeza visual del actor y, por consiguiente, la prescripción médica que actualmente posee no tendría ningún efecto positivo.

Así mismo, se encuentra acreditado que Comfenalco E.P.S.-S omitió el deber que le asiste de tramitar, ante el Comité Técnico Científico, la solicitud de los servicios requeridos por el actor, debiendo éste recurrir a la acción de tutela.

En este punto, es importante precisar que en virtud de la regla de recobro parcial fijada en el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, la cual fue objeto de una declaratoria de exequibilidad condicionada por la Corte en la Sentencia C-463 del 14 de mayo de 20088, siempre que una Entidad Promotora de Salud, de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes, sea obligada mediante acción de tutela a suministrar cualquier servicio de salud prescrito por el médico tratante, no incluido en el respectivo Plan Obligatorio de Salud, surge la obligación para el FOSYGA de rembolsar sólo el 50 % del costo que de éstos se derive.

Así las cosas, teniendo en cuenta que Comfenalco E.P.S.-S se obligó, por vía de tutela, a suministrar el servicio de salud solicitado por el accionante no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, la Sala advertirá que dicha entidad tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, FOSYGA, únicamente por el 50% del valor de los mismos.

En otras palabras, los gastos en lo que incurra Comfenalco E.P.S.-S para el cumplimiento de

lo ordenado en esta providencia será cubierto en partes iguales entre ésta y la entidad territorial respectiva.

Por lo anterior, se confirmará el fallo proferido por el juez único de instancia, pero solo parcialmente, para darle cabida a las decisiones adicionales que en esta revisión se adoptan.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga, que denegó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los accionantes, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. ADVERTIR al Municipio de Bucaramanga-Secretaría de Desarrollo Social, la Secretaría de Salud de Santander, Asmet Salud E.P.S.-S, Caprecom E.P.S.-S, Coosalud E.P.S.-S, Comfenalco E.P.S.-S y Solsalud E.P.S.-S. que deben continuar garantizando a los accionantes el suministro del tratamiento médico que requieren como conssecuencia del VIH/SIDA que padecen, de manera integral y sin lugar a fraccionamientos o interrupciones.

Tercero. ORDENAR al Alcalde Municipal de Bucaramanga, o quien haga sus veces que, en el término improrrogable de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, disponga de todos los medios necesarios para hacer efectiva la afiliación de los señores Francisco Fernández Díaz, Carlos Arnulfo Taborda y Jhon Jairo Mira a una Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado.

Cuarto. ADVERTIR al Municipio de Bucaramanga-Oficina Sisbén que, en el evento en el que los ciudadanos Luis Manuel Ortega y Jesús Manrique Merchán soliciten su afiliación al Sisbén y alleguen, para tal efecto, la documentación requerida, debe iniciar las acciones conducentes a que su inscripción se haga efectiva, de forma inmediata, así como la correspondiente asignación de una E.P.S.-S.

Sexto. ADVERTIR a Comfenalco E.P.S.-S que podrá repetir contra la Secretaría de Salud de Santander, por los gastos en los que incurra para el cumplimiento de lo ordenado en esta providencia, únicamente por el 50% del valor del mismo, de conformidad con los lineamientos trazados en la sentencia C-463 de 2008.

Séptimo. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en 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.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado Ponente

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Constitución Política de Colombia, Artículo 86.

2 Ver Sentencia T-313 del 7 de abril de 2008, M.P Rodrigo Escobar Gil.

3 Ver Sentencia T-880 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

4 En los folios 18 a 97 del expediente de tutela, se puede observar claramente fotocopias simples de las historias clínicas de los accionantes donde constan todos los servicios de salud que se les han brindado con ocasión de su padecimiento.

5 Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros

6 Ver Sentencia T- 908 del 17 de septiembre de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 Ver Sentencia T-880 del 30 de noviembre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

8 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.