

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Presupuestos

DERECHOS CIVILES Y POLITICOS O DE PRIMERA GENERACION Y DERECHOS SOCIALES DE CARACTER PRESTACIONAL O DE SEGUNDA GENERACION-Diferencia doctrinal adoptada inicialmente por la Corte Constitucional

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional - incluida la jurisprudencia de esta Corte -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros reconocidos en su calidad de derechos fundamentales susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, vistos como derechos de orden prestacional requeridos, por tanto, de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento. Desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió, sin embargo, que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental, postura que se denominó "la tesis de la conexidad". En pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional. En este sentido, todos los derechos constitucionales fundamentales - con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional, y por ello su implementación práctica siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria. En este orden de ideas, despojar a los derechos prestacionales - como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resulta no sólo confuso sino contradictorio, pues si se adopta esta tesis de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias

derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos ya mencionados, que hacen parte del bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Constitución. De acuerdo con la línea jurisprudencial expuesta y que reitera la Sala en la presente sentencia, 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. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria. Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de pañales

Referencia: expediente T-2.839.541

Acción de tutela instaurada por Herlinda Sandoval de Olarte como agente oficiosa de Miguel Antonio Olarte contra la Nueva EPS.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C diez (10) de marzo de dos mil once (2011).

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 proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta en instancia única, en la acción de tutela instaurada por Herlinda Sandoval de Olarte como agente oficiosa de Miguel Antonio Olarte contra la Nueva EPS.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con las solicitudes de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, los accionantes sustentan su pretensión en los siguientes:

Hechos

1.- Miguel Antonio Olarte, de 60 años de edad, se encuentra afiliado como beneficiario a la Nueva EPS (Folio 3, cuaderno 2)

2.- Al agenciado le fue diagnosticada la enfermedad de parkinson de rigidez, padecimiento que ha limitado su capacidad de locomoción, impidiendo la realización de sus necesidades fisiológicas por si mismo, por lo que requiere el uso permanente de pañales desechables para mantener su higiene personal. (Folio 5 y 6, cuaderno 2)

3.- La agente oficiosa no cuenta con los recursos económicos necesarios para asumir directamente el costo de los pañales. (Folio 7, cuaderno 2)

Solicitud de Tutela

4.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Herlinda Sandoval de Olarte como agente oficiosa de Miguel Antonio Olarte solicitó la protección del derecho fundamental a la salud del agenciado, violado, en su opinión, por parte de la demandada al no suministrarle los pañales que, según ella, él necesita.

Respuesta de la entidad demandada

6.- La parte accionada por medio de escrito del 2 de septiembre de 2010 respondió la acción de tutela de la referencia y solicitó declarar improcedente el recurso de amparo.

7.- Señaló que al ser los pañales desechables un elemento excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS) es necesario que exista una orden del medico tratante que lo prescriba. No obstante, en este evento “[n]o hay evidencia de que este insumo haya sido formulado u ordenado por algún medico adscrito a la red de prestadores de la esp [sic]” (Folio 28, cuaderno 2).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de Única instancia

8.- El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta denegó el amparo solicitado por cuanto consideró que no existía ninguna infracción al derecho fundamental a la salud.

Sostuvo que “no obra dentro del expediente tutelar orden expedida por el medico tratante, en la cual solicite a la entidad accionada el suministro de los pañales anteriormente mencionados, razón por la cual no se configura una de las excepciones establecidas por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional para el suministro de medicamentos que se encuentran excluidos dentro del POS por vía de tutela [sic]” (Folio 36, cuaderno 2).

Trámite en sede de revisión.

9.- El magistrado sustanciador, por medio de auto del 9 de febrero de 2011, ordenó a la Nueva EPS que, informara de manera detallada y justificada sobre: (i) ¿Cuál es el estado de salud actual del señor Miguel Antonio Olarte, indicando con claridad las dolencias que padece y en qué consisten?; (ii) ¿Cuáles de las afecciones que padece el señor Miguel Antonio Olarte le han ocasionado dificultades para realizar sus necesidades básicas?; y, finalmente (iii) ¿si es necesario el uso permanente de pañales desechables?

A pesar de ser notificado del auto en cuestión, esta entidad no se pronunció sobre el amparo que se tramitaba ante esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si la Nueva EPS vulneró el derecho fundamental a la salud de Miguel Antonio Olarte al no brindarle los pañales que él solicita, para mantener su higiene personal.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) El derecho fundamental a la salud; (ii) el acceso a los servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud; y finalmente procederá al análisis del (vi) caso concreto.

3. Cuestión preliminar. La agencia oficiosa -Reiteración de Jurisprudencia-.

Esta figura se encuentra en el artículo 86 Constitucional que define la tutela como un mecanismo con el cual 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.”¹

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 esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud². (Negrillas fuera del texto)

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 este sujeto 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.

Se ha precisado a través de esta vía, en relación particular con la agencia oficiosa, que se predica exclusivamente de los eventos en los cuales el titular del derecho se encuentra imposibilitado para ejercer su propia defensa y opta, en ejercicio de su autonomía individual, mas no por disposición legal, por delegar su promoción a una persona distinta a un apoderado judicial. Las particularidades de la figura han sido destacadas así: “(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”. 3

4. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación -derecho constitucional y servicio público⁴-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁵.

Señala el artículo 49 de la Constitución Nacional que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y

control.”

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud⁶. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que

‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen

“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.”

“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.” (Subrayas fuera de texto)⁷.”

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de esta Corte -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros reconocidos en su calidad de derechos fundamentales susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, vistos como derechos de orden prestacional requeridos, por tanto, de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento.

Desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió, sin embargo, que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y el derecho fundamental a la vida u otro

derecho fundamental, postura que se denominó “la tesis de la conexidad”.

En pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva⁸. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional. En este sentido, todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente – poseen un matiz prestacional, y por ello su implementación práctica siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria.

En este orden de ideas, despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales resulta no sólo confuso sino contradictorio, pues si se adopta esta tesis de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad.

Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos ya mencionados, que hacen parte del bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Constitución.

De acuerdo con la línea jurisprudencial expuesta y que reitera la Sala en la presente sentencia, 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. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria. Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas

oportunidades ni disponen de los medios indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz.

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto estas carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse prima facie por vía de tutela. Su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos.

Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de procedibilidad de la tutela consistente en la conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos - unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental.

5. El acceso a los servicios médicos y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, el caso del suministro de pañales desechables. Reiteración de jurisprudencia.

Conforme lo establece la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos sobre la

materia, todas las personas tienen derecho a que se garantice el acceso a los servicios que requieran para conservar su salud, cuando se encuentre gravemente comprometida la vida digna e integridad personal.

Precisamente y para garantizar el acceso a los servicios de salud, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece el Plan obligatorio de salud⁹ que tiene por finalidad la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Esta Corte ha señalado que la exclusión de algunos medicamentos, procedimientos y servicios del Plan Obligatorio de Salud se justifica en buena medida por las limitaciones presupuestales existentes en el contexto colombiano, las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales, por lo que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en cualquiera de los planes de salud, cuando:

(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo¹⁰.

En este sentido, en sentencia T-760 de 2008 esta Corporación, indico:

“En adelante, para simplificar, se dirá 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 [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, ‘(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la

protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere’.”

Los pañales desechables, al ser insumos que se encuentran excluidos del POS, deben cumplir con los requisitos expuestos anteriormente. No obstante, existe jurisprudencia de esta Corporación que ha obviado uno de estos requisitos: la orden del médico tratante.

La justificación que ha dado la jurisprudencia para tomar la referida decisión es que la negación de este producto afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables.

Así en sentencia T- 437 de 2010, la Sala Séptima de Revisión determinó que existía una infracción al derecho a la salud y a la vida digna por parte de la Nueva EPS, por cuanto esta última entidad negó el suministro de pañales desechables a José de Jesús Posada por no tener orden del médico tratante.

En esta oportunidad, este Alto Tribunal, con el objetivo de garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de la petente, ordenó a la Nueva E.P.S, suministrar en forma periódica los pañales desechables requeridos por el actor.

Del mismo modo, en sentencia T-202 de 2008, el juez constitucional consideró que Coomeva EPS había vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Tamayo de Rendón, al negarle el suministro de pañales desechables, que no están en el POS ni habían sido formulados por un médico adscrito a dicha EPS. En este caso, al igual que el anterior, se ordenó el suministro mensual de paquetes de pañales desechables a Yolanda Helena Tamayo de Rendón.

Igualmente, en sentencia T- 899 de 2002 se protegió el 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 esta 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 dignas.

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, entra la Corte a resolver el asunto puesto a consideración.

6. El caso concreto

En el presente asunto, Herlinda Sandoval de Olarte como agente oficiosa de Miguel Antonio Olarte considera vulnerado el derecho fundamental a la salud del agenciado por parte de la Nueva EPS, dado que esta entidad se negó a suministrarle los pañales él necesita, para mantener su higiene personal.

En primer término se declarará la legitimidad de la accionante para promover el amparo como agente oficiosa de su esposo, hombre de 61 años de edad que sufre de parkinson de rigidez, padecimiento que ha limitado su capacidad de locomoción, motivo por el cual su cónyuge incoa la tutela a su nombre, hipótesis que cumple con la exigencia del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, que son: (i) la imposibilidad del titular del derecho para promover su propia defensa y (ii) la manifestación que en este sentido haga quien le representa.

En segundo término, la Sala entrará a resolver el problema jurídico planteado en el caso concreto.

Tal y como quedo expuesto en las consideraciones de esta sentencia, para ordenar un procedimiento medico o un medicamento que no se encuentra en el POS, es necesario que el juez constitucional verifique el cumplimiento de los requisitos expuestos por la jurisprudencia de esta Corporación:

(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo¹¹.

Así las cosas, la Sala entrará a determinar si el asunto objeto de revisión se cumple con los

mencionados criterios.

En este caso, se encuentra probado, que, en primer lugar, el actor padece de parkinson de rigidez; enfermedad que ha limitado su capacidad de locomoción, impidiendo la realización por si mismo de sus necesidades fisiológicas.

En segundo lugar, este insumo no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio.

En tercer lugar, la agente oficiosa, quien ha asumido el cuidado del señor Miguel Antonio Olarte, no cuenta con los recursos económicos necesarios para asumir directamente el costo de los pañales.

Respecto a este requisito, esta Corporación ha señalado ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor o su agente (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario.

Esta Sala de Revisión, ante la ausencia de pronunciamiento sobre este tópico por parte la entidad accionada, tendrá como cierta la manifestación realizada por la agente de no con recursos económicos para sufragar el costo del insumo.

Finalmente, en relación con el último de los requisitos, que se refiere a que el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo, de acuerdo con lo señalado en el aparte anterior de esta providencia, este puede ser obviado por el juez constitucional, cuando: (i) se compruebe una clara afectación a la vida digna de la persona que sufre el padecimiento y (ii) exista una conexión directa entre la dolencia, lo pedido en sede de tutela.

En el caso concreto, la omisión de la Nueva EPS en otorgar los pañales a al agenciado, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.

Al respecto, no se precisan profundas reflexiones para comprobar la vulneración, dado que el no poder desarrollar por si mismo una actividad que, es una necesidad inalterable, pues nunca se logrará hacerla desaparecer y que hace parte de los aspectos más íntimos y

privados del ser humano genera una clara afrenta a la calidad de vida de cualquier persona.

Por otro lado, la dificultad en la locomoción que le impide a Miguel Antonio Olarte realizar, por si mismo, sus necesidades fisiológicas, permite inferir razonablemente que necesita de este insumo, por lo que existe una conexión directa entre la dolencia, lo pedido en sede de tutela.

Aunado a lo anterior, importante resaltar que por auto del auto del 9 de febrero de 2011 se ordenó a la Nueva EPS que informara sobre el estado de salud actual del señor Miguel Antonio Olarte, y si era necesario el uso permanente de pañales desechables por parte de éste. Petición que no recibió respuesta, lo que permite hacer uso de la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, el cual autoriza tener como ciertos las afirmaciones hechas por el demandante.

Así las cosas, esta Sala obviará el último de los requisitos reseñados, por cuanto, como quedó demostrado existe una clara afrenta a la vida en condiciones dignas del agenciado, que requiere, por su condición física, los pañales desechables y, adicionalmente, hay una conexión directa entre la dolencia y lo pedido en sede de tutela.

Como corolario de las consideraciones precedentes, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta y en consecuencia ordenará el suministro mensual de paquetes pañales desechables a Miguel Antonio Olarte durante el tiempo que sea necesario.

VI. DECISION

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.- CONCEDER la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta por los motivos expuestos

en esta sentencia.

Segundo.- ORDENAR a la NUEVA EPS, que en el término de 24 horas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre mensualmente a Miguel Antonio Olarte los paquetes pañales desechables que requiere durante el tiempo que sea necesario.

Tercero.-Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

2 Artículo 10° del Decreto 2591 de 1991.

3 Sentencia T-531 de 2002.

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

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

6 El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.”

7 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).

8 Ver las sentencias T-016-07 y T-1041-06 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

9 El Decreto Reglamentario 806 de 1998 (Art. 3º), establece como planes de beneficios en salud (i) el plan de atención básica en salud (PAB), (ii) plan obligatorio de salud del régimen contributivo (POS), (iii) plan obligatorio de salud del régimen subsidiado (POSS), (iv) atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos y (v) atención inicial de urgencias.

10 Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008

11 Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008