

T-199-13

Sentencia T-199/13

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento de la persona en nombre de quien se interpuso la tutela

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento del actor durante el trámite de la acción de tutela

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales

DERECHOS FUNDAMENTALES-Protección de la dimensión objetiva

La Sala destacará en la presente sentencia la dimensión objetiva de los derechos constitucionales fundamentales, en general, y subrayará, en particular, el estrecho nexo que existe entre la efectividad del derecho constitucional a la salud así como entre la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales de los adultos mayores y la necesidad de que el Estado - y los particulares comprometidos con la debida realización de tales derechos - desplieguen un conjunto de actuaciones, tareas o actividades orientadas a garantizar las condiciones de posibilidad para que estos derechos gocen de plena protección. En protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales conculcados en este caso a la señora y con el fin de prevenir que situaciones semejantes puedan volver a presentarse debido a la indiferencia de las entidades involucradas con la prestación del servicio de salud, se impartirán órdenes de alcance general que trascienden el asunto concreto que dio lugar a la presente providencia.

PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

Este Tribunal ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial en cuanto a la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a la salud es de raigambre fundamental, de manera que corresponde al Estado, así como a los particulares involucrados en la prestación del servicio público de salud, desplegar un

conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho. la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia del amparo por vía de tutela del derecho fundamental a la salud cuando se verifica alguno de los siguientes supuestos: "(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios." Por lo tanto, la realización del derecho fundamental a la salud exige que todas las entidades que participan de la prestación del servicio en el marco del sistema de seguridad social en salud, deban procurar de manera formal y material el óptimo cumplimiento de las tareas y actuaciones que le hubieren sido confiadas, en procura del efectivo de los derechos de los usuarios.

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Protección reforzada por ser sujeto de especial protección constitucional

Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47) la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión (como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores) son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales.

GARANTIA DE ACCESIBILIDAD ECONOMICA EN SALUD Y PRINCIPIO DE GASTOS SOPORTABLES-Condiciones económicas de los usuarios para evitar que los más pobres del

sistema de salud les sean impuestas cargas económicas desproporcionadas

El principio de accesibilidad económica (asequibilidad) consagrado en la Observación general No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el criterio de él derivado y conocido como gastos soportables, han sido incorporados de forma amplia en la jurisprudencia de este Tribunal, e imponen la consideración de las condiciones económicas de los tutelantes, con el fin de evitar que a los usuarios más pobres del sistema de salud les sean impuestas cargas económicas desproporcionadas, que no puedan ser satisfechas por ellos o que comprometan los gastos relacionados con el disfrute de otras garantías constitucionales o necesidades vitales.

PRECEDENTE JUDICIAL-Valor normativo como fuente formal del derecho/PRECEDENTE VERTICAL-Aplicación

La exigencia de aplicar ante un caso concreto el sentido de las decisiones que previamente ha adoptado la misma corporación judicial en relación con casos análogos se ha convertido en una condición necesaria para la optimización del ordenamiento jurídico, en particular con miras a procurar, en cuanto sea posible, su unidad y coherencia, así como la de uno de sus materiales más importantes: la jurisprudencia, criterio auxiliar de la interpretación judicial por mandato del artículo 230 constitucional. Así mismo, tal exigencia representa un imperativo si se tiene en cuenta la necesidad de asegurar que las actuaciones del Estado, y en este caso particular, las actuaciones de la administración de justicia, respeten el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política. Como ha advertido esta Corporación, el principio de igualdad comprende dos garantías fundamentales: (i) la igualdad ante la ley y (ii) la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades.

PRECEDENTE JUDICIAL DICTADO POR LAS ALTAS CORTES-Obligación de las autoridades públicas

El precedente judicial de las Altas Cortes debe ser seguido por los jueces y tribunales en sus decisiones relacionadas con asuntos análogos previamente decididos por ellas, que este Tribunal ha precisado las consecuencias que acarrea su desconocimiento. En efecto, la adopción de una decisión judicial con abierto desconocimiento del precedente de las Altas Cortes, salvo que se justifique la decisión de apartarse de la ratio de la sentencia anterior y

se demuestre con suficiencia que la interpretación brindada aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales, (i) afecta derechos fundamentales de los destinatarios de las normas, (ii) puede conllevar a una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura el delito de prevaricato por acción; y, (iii) constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra la decisión adoptada con desconocimiento del precedente. Por todo lo anterior, con miras a asegurar el respeto de los derechos fundamentales, del principio de igualdad y de seguridad, con el fin de preservar el seguimiento al precedente jurisprudencial como criterio de control de la actividad de los jueces y tribunales, así como de procurar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, y en particular de la jurisprudencia, encuentra esta Sala necesario decidir el presente asunto a la luz de la doctrina dictada por esta misma Corporación en casos análogos decididos en el pasado.

PRECEDENTE JUDICIAL-Correcta utilización

Respecto de la correcta utilización del precedente esta Corporación ha manifestado lo siguiente: "El precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión ha de fallarse de acuerdo con el(los) caso(s) decidido(s) en el pasado únicamente cuando los hechos relevantes característicos del caso actual son semejantes a los supuestos de hecho presentes en el caso decidido con antelación; cuando la consecuencia jurídica que se aplicó para la resolución del caso anterior puede equipararse a la que se exige en el presente caso y si la regla fijada por la jurisprudencia se mantiene y no ha cambiado o no se ha evolucionado en una jurisprudencia distinta o más específica que traiga como consecuencia la modificación de algún supuesto de hecho para efectos de su aplicación". En consecuencia, se hace necesario verificar (i) la existencia de una semejanza entre los hechos relevantes característicos de los dos casos, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada en el caso anterior resulta adecuada para el presente caso, y (iii) si la regla fijada en el pronunciamiento anterior ha cambiado o evolucionado o si por el contrario se mantiene como la doctrina sostenida por esta Corporación judicial en la materia.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Vulneración de EPS por cambio en el suministro de oxígeno en pipetas por un generador de oxígeno que opera con energía eléctrica, incrementando el servicio de energía eléctrica

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Vulneración por EPS por decisión de reemplazar el suministro de oxígeno en pipetas por un generador de oxígeno que opera con energía eléctrica, sin contar con la precaria situación económica

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de oxígeno domiciliario en pipetas y no en máquina generadora por razones económicas, precedente fijado en sentencia T-538/04

Para esta Sala no sólo los hechos relevantes que dieron lugar a la sentencia T-538 de 2004 y los invocados por el agente como fundamento del recurso de amparo en este caso son semejantes, sino también el problema jurídico de fondo es idéntico, la consecuencia jurídica aplicada en tal decisión se impone como la más razonable en el presente asunto y la doctrina dictada por la Corte en el pronunciamiento mencionado no ha sido modificada. A lo anterior, podría contestarse que existen algunas diferencias entre los supuestos fácticos de la T-538 de 2004 y los examinados en este caso, pero considera esta Sala que tales diferencias no son relevantes, vale decir, no tienen la entidad como para que se haga necesario distinguir los dos casos y llegar a una conclusión doctrinal diversa a la consignada en la decisión de 2004.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Hipótesis respecto del momento en que el supuesto de hecho que da origen al proceso de tutela cesa, desaparece o se supera

Este Tribunal ha distinguido dos hipótesis respecto del momento en que el supuesto de hecho que da origen al proceso de tutela cesa, desaparece o se supera (i) antes de iniciarse el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo, situación de la cual tuvieron conocimiento tales jueces, por manera que se vieron obligados a declarar la carencia actual de objeto; (ii) estando en curso el proceso de revisión ante la Corte Constitucional. En el primer evento, como se precisó con anterioridad en esta providencia, la Sala de Revisión no puede exigir de los jueces de instancia un proceder diferente a declarar la carencia actual de objeto y su decisión ha de orientarse, en consecuencia, a confirmar el fallo revisado que se hubiere emitido en tales términos, "quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia." En este caso resulta entonces comprensible el actuar

del juez de instancia que, teniendo conocimiento del cambio en los supuestos de hecho que motivan el recurso de amparo, decide declarar la carencia actual de objeto. El segundo de los supuestos se presenta cuando la respectiva Sala de Revisión de la Corte Constitucional es quien advierte que los hechos que han dado lugar al proceso de tutela han cesado, desaparecido o han sido superados, por cuanto dicha situación no tuvo ocurrencia durante el trámite de instancia o no fue puesta en conocimiento de los jueces de tutela. Bajo este supuesto, si la Corte encuentra que los jueces de instancia han debido conceder el amparo solicitado y no lo hicieron, entonces corresponde a este Tribunal revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Alcance del precedente fijado en sentencia T-538 de 2004, en cuanto al cambio de suministro de oxígeno en pipetas por generador de oxígeno que funciona con energía eléctrica

El precedente jurisprudencial aplicable al asunto materia de examen se encuentra en la sentencia T-538 de 2004, pronunciamiento que contiene la doctrina constitucional vigente en la materia y que, en aras de preservar en todo lo posible la unidad y coherencia del ordenamiento, y de asegurar la vigencia del principio de igualdad y de seguridad jurídica, deberá orientar la decisión del presente asunto. Por todo lo anterior, para la Sala resulta pertinente en este caso revocar el fallo objeto de revisión y conceder el amparo del derecho a la salud de la agenciada, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna debido a la carencia actual de objeto.

Referencia: expediente T-3.732.325

Acción de tutela instaurada por Raúl Torres Gutiérrez, como agente oficioso de Alba Marina Torres de Ortiz, contra COMFAMA EPS, ESE Metrosalud y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

ALEXEI JULIO ESTRADA

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil trece (2013)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Alexei Julio Estrada, quien la preside, en

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, Antioquia, en única instancia, en la acción de tutela instaurada por Raúl Torres Gutiérrez, como agente oficioso de Alba Marina Torres de Ortiz, contra COMFAMA EPS, la ESE Metrosalud y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

El proceso en referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Doce, mediante Auto proferido el doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El ciudadano Raúl Torres Gutiérrez, actuando como agente oficioso de su hermana Alba Marina Torres de Ortiz de 71 años de edad, interpuso acción de tutela en contra de COMFAMA EPS, la ESE Metrosalud y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la integridad física, en conexidad con el derecho a la dignidad humana, el mínimo vital, el derecho de las personas con debilidad manifiesta por razón de su salud y las personas de la tercera edad que gozan de especial protección constitucional. Para el agente oficioso la decisión que conculca las garantías fundamentales hace relación con el cambio en la modalidad de suministro del oxígeno que requiere su hermana debido a las deficiencias cardíacas que padece, pues la provisión de oxígeno en pipetas fue remplazado por un concentrador que funciona con energía eléctrica. Los hechos que dieron lugar a la acción de tutela son los siguientes:

Señala el peticionario Raúl Torres Gutiérrez que su hermana Alba Marina Torres de Ortiz, de 71 años de edad, padece de deficiencia cardíaca estado D, razón por la cual el médico tratante le prescribió oxígeno domiciliario.

Hasta el mes de agosto de 2012, la provisión de oxígeno se efectuaba en forma de pipetas de oxígeno “sin ninguna restricción”, dado que la agenciada se encuentra afiliada al régimen subsidiado en salud.[1]

No obstante, a comienzos del mes de agosto de 2012 los familiares de la tutelante solicitaron, como de costumbre, la provisión de oxígeno en pipetas pero recibieron como respuesta que “la señora estaba gastando mucho y que por tal razón le sería enviado oxígeno para ser activado con luz eléctrica” ante lo cual sus familiares manifestaron “no tener los medios para pagar un valor más alto en los servicios públicos que incrementarían obviamente.”[2]

Mediante escrito de agosto 9 de 2012, Sol Beatriz Torres, familiar de la agenciada, presentó petición ante la EPS COMFAMA, relatando tales hechos y solicitando “el suministro de oxígeno en cilindro”. En su comunicación señala que “aún no se recibe oxígeno y la paciente está en riesgo, además la paciente no tiene medios económicos y convive con personas de la tercera edad por lo cual no tienen los recursos para sostener estos gastos adicionales (...) Estamos a la espera de su respuesta oportuna y sobre todo tengan presente que la vida de una paciente está únicamente en sus manos y como tal ustedes como empresa prestadora de servicios son los responsables de esta situación.”[3]

“Le fue enviado a la casa, el que es para conectar en la luz de electricidad y no tenemos como asumir los costos porque vivimos 6 ancianos todos de la tercera edad y la única que percibe pensión es una de ellas, con la que subsistimos todos.

Por esta razón, acudo a usted para que intervenga debido a que no tenemos forma de asumir costos ni para cancelar los dineros por concepto de pago en la clínica por hospitalización y menos aún sostener una pipeta que trabaja de manera eléctrica.

Quiero que revise y ordene que la pipeta que le envíen sea sin el extractor de luz, es decir pipeta de oxígeno que no se tenga que conectar, pues somos personas muy pobres de la tercera edad y no contamos con otro respaldo económico que el de una pensión que es un mínimo.

Solicité mediante petición el cambio de pipeta y no me respondieron. Fuimos a COMFAMA personalmente y me enviaron al INCARE donde me recibieron la solicitud en Belén, para ser

I llevada a las Vegas con un número donde no contestan prácticamente (018000941313) y en COMFAMA me mandaron para SACATIN pues de ahora en adelante a METROSALUD le corresponde lo correspondiente.”[4] (Negrilla original).

Con base en esas consideraciones, el agente oficioso solicita entonces tutelar los derechos fundamentales de su hermana, ordenando el restablecimiento del suministro de oxígeno en pipetas, debido a que no cuentan con los recursos para sufragar el incremento en el consumo del servicio de energía eléctrica que implica el uso del concentrador de oxígeno por el cual aquél fue remplazado.

2. Respuesta de las entidades accionadas

2.1. COMFAMA EPS-S

COMFAMA EPS-S, por medio de su Director administrativo segundo suplente, contestó a la tutela mencionada, informando que la afectada se encuentra afiliada a la EPS-S a través del municipio de Medellín desde el 28 de mayo de 2012. Agrega que la agenciada presenta falla cardiaca y requiere cambio de oxígeno domiciliario de concentrador por pipeta, los cuales se encuentran dentro del POS, de conformidad con el Acuerdo 29 de 2011 expedido por la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Teniendo en cuenta lo anterior, indica la accionada que autorizó los servicios mediante orden 2368408.

No obstante lo anterior, indica la accionada que la razón por la cual se viene suministrando oxígeno domiciliario de concentrador radica en que éste no se agota como el de pipeta, por lo cual se garantiza un servicio permanente, las 24 horas del día. Por el contrario, si se suministra el oxígeno en forma de pipeta, señala, éste debe cambiarse, con los inconvenientes que podría generar que se agote el oxígeno en la noche o en la madrugada, pues no habría forma de cambiar la pipeta inmediatamente. Esta situación, advierte, implicaría riesgos en la salud de la paciente. Agrega también como motivos para el cambio en la provisión del oxígeno, que las pipetas son material altamente explosivo, que su uso residencial implica un riesgo mayor que el del concentrador, dada su inestabilidad.

De esta manera, COMFAMA EPS-S solicita declarar improcedente la acción de tutela por no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante, a quien, considera, se está asegurando en la actualidad una adecuada provisión de oxígeno

permanente mediante el uso de concentrador de oxígeno que opera a través de energía eléctrica.

2.2. ESE Metrosalud

El apoderado de la ESE Metrosalud manifiesta que esa entidad no ha incluido a la señora Alba Marina Torres en el programa de oxígeno domiciliario por cuanto es la EPS COMFAMA la entidad que, según prescripción médica, le ha suministrado mensualmente este medicamento a la agenciada. Consecuentemente, señala el representante judicial de Metrosalud que no existe actuación u omisión de su poderdante que resulte vulneradora de los derechos fundamentales de la tutelante.

De otro lado, señala que el problema fundamental de la tutelante, más que la provisión de oxígeno es el mejoramiento de su precaria situación económica, mediante la exoneración del pago del servicio público domiciliario de energía, el cual le impone asumir el costo colateral del generador de oxígeno. En ese sentido, la ESE señala que la jurisprudencia constitucional reconoce como una excepción a la onerosidad de los servicios públicos domiciliarios y a la posibilidad de suspenderlos por mora en el pago de los mismos, que el usuario sea un sujeto de especial protección constitucional, como en este caso.

Conforme a lo anterior, solicita entonces el apoderado de Metrosalud que se niegue por improcedente la acción de tutela, por cuanto en ningún momento se ha negado el suministro del oxígeno domiciliario ni le ha sido suspendido el servicio a la paciente por parte de la EPS COMFAMA.

2.3. Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia

Por su parte, la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, por medio de su Secretaría, informa que la señora Alba Marina Torres de Ortiz es beneficiaria del régimen subsidiado, afiliada a COMFAMA EPS-S, SISBEN sin datos de nivel. Señala igualmente que es la EPS-S COMFAMA la entidad obligada a garantizar en los términos de la Ley 1122 de 2007, modulada por la sentencia C-463 de 2008, y sus decretos reglamentarios, con su propia red o contratada, la prestación de los servicios de salud y la entrega de medicamentos que estén incluidos o no dentro del POS-S, a las personas aseguradas en dicho régimen.

Resalta también la Secretaria de Salud que, en el examen del presente asunto, debe verificarse la inexistencia de otro medio ordinario de defensa judicial, y que es necesario verificar la presencia de una urgencia vital que ponga en riesgo inminente la vida del paciente.

3. Sentencia de única instancia

Mediante sentencia del 8 de octubre de 2012, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, Antioquia, resolvió la acción de tutela presentada por Raúl Torres Gutiérrez, actuando como agente oficioso de su hermana Alba Marina Torres de Ortiz, en el sentido de negar el amparo solicitado.

Como fundamento de su decisión, el despacho judicial mencionado manifestó:

"[C]onsidera el despacho que la entidad accionada no le ha vulnerado a la señora Alba Marina Torres de Ortiz los derechos invocados por su hermano, y por tanto la tutela en este sentido se torna improcedente, por cuanto ésta persigue la protección de derechos fundamentales violados o amenazados, y esta situación no se da en el presente caso, ya que como se anotó, a la paciente le fue suministrado el oxígeno que por esta vía reclama, así sea en concentrador que funciona con energía eléctrica.

No puede afirmarse bajo ninguna óptica que al incrementarse la cuenta de servicios públicos a la familia de la accionante se les haya producido un perjuicio irremediable, pues nótese que lo único que ésta aduce, según se desprende de los hechos de la tutela, es que solicitan el oxígeno por no tener la capacidad económica de sufragar el incremento en los servicios públicos, que a todas luces, es incierto, por cuanto para este momento no se sabe cuánto es el incremento, si efectivamente es significativo o no y en todo caso, sería un detrimento económico que a juicio de esta Judicatura no representa una vulneración a un derecho fundamental ni un perjuicio irremediable, pues el detrimento económico ha sido considerado como reparable u por lo tanto remediable. (Sentencia T-143/03, M. P. Dr. Manuel José Cepeda), razón de más para que esta acción no esté llamada a prosperar.

Estima el Despacho que Comfama EPS-S no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, pues siempre ha estado atenta a los requerimientos de aquella y una vez el médico tratante prescribió el suministro de oxígeno, inmediatamente lo autorizó y

suministró, garantizándole la atención inmediata en pro de su calidad de vida.” (Negrilla original).[5]

La decisión, así adoptada, no fue impugnada por el peticionario, razón por la cual fue enviada a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Actuaciones surtidas ante la Corte Constitucional

Mediante comunicación telefónica con el agente oficioso, señor Raúl Torres Gutiérrez, el día 22 de marzo de 2013, este despacho tuvo conocimiento de la siguiente información: (i) la agenciada, señora Alba Marina Torres de Ortiz, falleció en el mes de septiembre de 2012 debido a los problemas de salud que venía padeciendo, entre ellos, la deficiencia cardiaca. Vale decir, la señora Torres de Ortiz falleció pocas semanas después de interponer el recurso de amparo; (ii) que la señora Alba Marina Torres de Ortiz no contó con el oxígeno necesario para el tratamiento de la deficiencia cardiaca que presentaba durante algunas semanas, como quiera que la EPS-S CONFAMA lo suministró en la forma de concentrador y no de pipeta. Este tipo de provisión implicaba un incremento en el pago del servicio de energía, que la tutelante y las personas con quienes vivía, todas de la tercera edad, se encontraban en incapacidad de sufragar; (iii) que una persona vecina asumió el costo del incremento en el servicio de energía eléctrica durante los últimos días de vida de la tutelante; y (iv) manifiesta igualmente el agente oficioso que su hermana no falleció debido a la falta de oxígeno, pues éste le fue provisto a la agenciada durante sus últimos días de vida gracias a la ayuda de una vecina, sino que murió debido a los padecimientos que venía presentando de tiempo atrás.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3º, y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

En el caso bajo examen, el ciudadano Raúl Torres Gutiérrez, actuando como agente oficioso de su hermana Alba Marina Torres de Ortiz de 71 años de edad, interpuso acción de tutela en contra de COMFAMA EPS, la ESE Metrosalud y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de su agenciada a la salud, a la seguridad social y a la integridad física, en conexidad con el derecho a la dignidad humana, el mínimo vital, el derecho de las personas con debilidad manifiesta por razón de su salud y las personas de la tercera edad que gozan de especial protección constitucional. Para el agente oficioso la decisión que conculca las garantías fundamentales hace relación con el cambio en la modalidad de provisión del oxígeno que requiere su hermana, debido a las deficiencias cardiacas que padece, pues el oxígeno en pipetas fue remplazado por un concentrador que funciona con energía eléctrica. Solicita entonces el agente que se tutelen los derechos fundamentales de su hermana, ordenando el restablecimiento del suministro de oxígeno en pipetas, debido a que no cuentan con los recursos para sufragar el incremento en el consumo del servicio de energía eléctrica que implica el uso del concentrador de oxígeno por el cual aquél fue remplazado.

En su respuesta a la demanda de tutela, las accionadas Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia así como la ESE Metrosalud coinciden en señalar que corresponde a COMFAMA EPS-S la obligación de garantizar la prestación del servicio requerido por la agenciada en este asunto, en los términos de la Ley 1122 de 2007 y del Acuerdo 29 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud, el cual unificó el Plan Obligatorio de Salud (POS) de los regímenes contributivo y subsidiado en salud.

La ESE Metrosalud señala igualmente que el problema jurídico en este asunto consiste no tanto en el suministro de oxígeno, sino en el alivio de la precaria situación económica de la agenciada, mediante la exoneración en el pago del servicio público domiciliario de energía eléctrica. Al respecto, manifiesta la ESE que la jurisprudencia constitucional reconoce como una excepción a la onerosidad de los servicios públicos domiciliarios y a la posibilidad de suspenderlos por mora en el pago de los mismos, que el usuario sea un sujeto de especial protección constitucional, como en este caso.

Por su parte, COMFAMA EPS-S justificó la decisión de suministrar el oxígeno a la agenciada mediante concentrador que funciona con energía eléctrica, indicando que éste garantiza la disponibilidad permanente, las 24 horas del día, del oxígeno, por oposición a la pipeta, que

debe ser remplazada periódicamente. Señala en el mismo sentido que el concentrador de oxígeno resulta menos peligroso para su uso residencial que las pipetas.

En ese orden de ideas, corresponde a esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional determinar si las accionadas han vulnerado los derechos fundamentales de la Señora Alba Marina Torres de Ortiz, de 71 años de edad, por cuenta del cambio en el suministro de oxígeno, el cual pasó de ser provisto mediante pipetas para ser suministrado mediante concentrador que opera con energía eléctrica, cambio que implica para la agenciada y sus familiares un incremento en el pago del servicio de energía eléctrica que no se encuentran en condiciones de sufragar.

Sin embargo, se encuentra la Corte con que la agenciada falleció en el mes de septiembre de 2012, pocas semanas después de haber sido interpuesta la acción de tutela. Esta situación exige establecer como una cuestión preliminar, si en la resolución del presente asunto de tutela se configura una carencia actual de objeto, ante el desenlace fatal que tuvo la situación de la señora Alba Marina Torres de Ortiz, todo lo cual determinará el alcance de este pronunciamiento.

Con el fin de resolver el anterior problema jurídico, la Sala: (i) precisará las condiciones de configuración de la carencia actual de objeto por daño consumado, ante el fallecimiento de la tutelante; (ii) reiterará la jurisprudencia de esta Corporación acerca de la necesidad de hacer un pronunciamiento acerca de los hechos que dieron lugar a este asunto dada la necesidad de proteger el derecho a la salud en su dimensión objetiva, más allá del lamentable final que tuvo la situación de la tutelante Alba Marina Torres de Ortiz; (iii) reiterará la jurisprudencia constitucional acerca de la fundamentalidad del derecho a la salud; (iv) insistirá en la posición de este Tribunal acerca de la protección especial que debe asegurarse para los adultos mayores en relación con el derecho a la salud; (v) precisará el contenido de la accesibilidad económica como componente del derecho a la salud, a la luz de la jurisprudencia constitucional y de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos; (vi) recordará el valor normativo del precedente judicial para la decisión de casos futuros análogos, identificando la decisión previa de esta Corporación que debía de controlar la resolución del caso examinado y que debe orientar la actuaciones de las entidades que participan en el sistema de salud con el fin de prevenir situaciones como la que dio lugar a este asunto; y por último (vii) efectuará un análisis del caso concreto, a la

luz de las consideraciones precedentes.

3. Carencia actual de objeto

En este punto, encuentra la Sala necesario referirse a la improcedencia de la tutela por la carencia actual de objeto y, en esa misma línea, explicar por qué si bien es cierto en el caso concreto se verifica esta situación, la Corte puede pronunciarse y es competente para amparar la dimensión objetiva de los derechos conculcados así como para establecer las respectivas medidas de protección.

Al respecto, en diversas oportunidades esta Corporación ha manifestado que en aquellas contingencias en las cuales los supuestos de hecho que daban lugar a la eventual amenaza de violación o violación de derechos constitucionales fundamentales han cesado, desaparecen o se superan, deja de existir objeto jurídico respecto del cual el juez constitucional pueda adoptar decisión alguna, como quiera que el propósito de la acción de tutela consiste justamente en garantizar la protección cierta y efectiva del derecho. Bajo esas circunstancias entonces “la orden que profiera el juez, cuyo objetivo constitucional era la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente vulnerado o amenazado, carecerá de sentido, eficacia, inmediatez y justificación.”[6]

Así mismo, este Tribunal ha señalado que para declarar la carencia actual de objeto es preciso constatar que ésta haya tenido lugar dentro del proceso respectivo y haya podido ser conocida por la autoridad judicial. De esta manera, con miras a determinar el curso de actuación en sede de revisión por parte de la Corte Constitucional, resulta indispensable establecer el momento procesal en el que se presentó el cambio en las circunstancias fácticas del asunto bajo examen, por cuanto de ello dependerá que “no obstante se haya producido tal cesación, se exija a los jueces constitucionales de instancia pronunciamiento de fondo que deberá estar conforme al ordenamiento jurídico y el sentido dado por el intérprete constitucional frente a la situación en consideración. Por ello, tanto el juez de segunda instancia en el trámite de la tutela como la Corte Constitucional en el trámite de revisión, no obstante encontrar que el hecho haya sido superado, si al verificar el trámite precedente se establece que con base en el acervo probatorio existente a ese momento y los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales aplicables al caso, el juez ha debido conceder o negar el amparo solicitado y no lo hizo, debe procederse a revocar la providencia

materia de revisión, aunque se declare la carencia actual de objeto, porque no es jurídicamente viable confirmar un fallo contrario al ordenamiento superior.” [7]

En ese orden de ideas, este Tribunal ha distinguido dos hipótesis respecto del momento en que el supuesto de hecho que da origen al proceso de tutela cesa, desaparece o se supera (i) antes de iniciarse el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo, situación de la cual tuvieron conocimiento tales jueces, por manera que se vieron obligados a declarar la carencia actual de objeto; (ii) estando en curso el proceso de revisión ante la Corte Constitucional.

En el primer evento, la Sala de Revisión no puede exigir de los jueces de instancia un proceder diferente a declarar la carencia actual de objeto y su decisión ha de orientarse, en consecuencia, a confirmar el fallo revisado que se hubiere emitido en tales términos, “quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia.”[8] En este caso resulta entonces comprensible el actuar del juez de instancia que, teniendo conocimiento del cambio en los supuestos de hecho que motivan el recurso de amparo, decide declarar la carencia actual de objeto.

Bajo el segundo de los supuestos, cuando la respectiva Sala de Revisión de la Corte Constitucional es quien advierte que los hechos que han dado lugar al proceso de tutela han cesado, desaparecido o han sido superados (situación que no tuvo ocurrencia durante el trámite de instancia o no fue puesta en conocimiento de los jueces de tutela), pero encuentra que los jueces de instancia han debido conceder el amparo solicitado y no lo hubieren hecho, entonces la Corte revocará los fallos objeto de examen y concederá la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna[9].

4. Protección de la dimensión objetiva de derechos fundamentales

Tal y como se desprende de las actuaciones surtidas en sede de revisión ante la Corte Constitucional y conforme al relato del agente Raúl Torres Gutiérrez, la muerte de Alba Marina Torres de Ortiz, de 71 años de edad, se presentó cuando se tramitaba la primera y única instancia, razón por la cual, conforme a lo anteriormente expuesto, la Corte tendría, prima facie, que confirmar el fallo revisado en el cual se hubiere declarado la carencia

actual de objeto.

No obstante, encuentra la Corte que la situación que suscitó el cambio en las circunstancias fácticas que dieron lugar al proceso de tutela no fue puesta en conocimiento del juez de instancia, quien no declaró la carencia actual de objeto y, por el contrario, resolvió de fondo la controversia negando el amparo solicitado. Conforme a lo anterior, para la Corte el asunto examinado corresponde al segundo de los supuestos anteriormente explicados, por cuanto es este Tribunal el que ha verificado la modificación en los supuestos de hecho que dieron lugar al presente asunto de tutela, modificación que pasó inadvertida para el juez de única instancia, a quien no se puso en conocimiento del desenlace desafortunado que tuvo la situación de la señora Alba Marina Torres de Ortiz.

Así mismo, encuentra la Sala que, a partir de las pruebas y de las circunstancias que obran en el expediente, así como a la luz de la jurisprudencia constitucional, es posible deducir que en el caso sub judice se produjo un desconocimiento, protuberante, de derechos constitucionales fundamentales, en particular del derecho a la salud, con ocasión de la decisión de la EPS-S COMFAMA de modificar las condiciones de suministro del oxígeno requerido por la agenciada, tal como se señalará en el análisis del caso concreto. Por lo anterior, para la Sala resulta pertinente en este caso revocar el fallo objeto de revisión y conceder el amparo del derecho a la salud de la agenciada, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna debido a la carencia actual de objeto.

En este sentido, la Sala destacará en la presente sentencia la dimensión objetiva de los derechos constitucionales fundamentales, en general, y subrayará, en particular, el estrecho nexo que existe entre la efectividad del derecho constitucional a la salud así como entre la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales de los adultos mayores y la necesidad de que el Estado - y los particulares comprometidos con la debida realización de tales derechos - desplieguen un conjunto de actuaciones, tareas o actividades orientadas a garantizar las condiciones de posibilidad para que estos derechos gocen de plena protección.

En relación con la dimensión objetiva de los derechos fundamentales conviene recordar, en extenso, lo manifestado por esta Corporación en la sentencia T-576 de 2008, relativa a las deficiencias en la prestación del servicio de salud para un menor que producto de ellas

falleció:

“66. Cabe resaltar en este lugar que la vulneración de los derechos mencionados en cabeza de la madre ya se consumó, motivo por el cual resulta imposible dictar una medida tendiente a amparar tales derechos. De otra parte, como también lo destaca el juez Cançado Trindade[10], el sufrimiento humano no sólo se despliega en un horizonte personal. Adquiere a un mismo tiempo una dimensión social - objetiva - que no debe perderse de vista. Cada sufrimiento que se causa a una persona, por más humilde que ella sea, repercute en la comunidad comprendida como un todo. Cuando niños y niñas mueren a la puerta de entidades hospitalarias porque tales entidades, valiéndose de excusas de orden administrativo, rechazan prestarles la atención debida o los/las dejan morir, el sufrimiento que sobreviene en sus familiares adquiere también una dimensión social - objetiva - innegable. Cualquier padre, cualquier madre podría encontrarse en esa misma situación inadmisible en un Estado que se edifica sobre la base de la protección de los derechos constitucionales y le otorga un lugar preponderante al amparo de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas (artículo 44 Superior).

En suma, cada persona que forme parte del tejido social podría estar eventualmente ante la misma situación inaceptable. Cuando un niño o una niña muere porque no es atendido (a) a tiempo o porque no se le prestó un servicio de salud eficaz, eficiente, universal, integral, se desconoce una expectativa social objetiva y legítima de obtener una prestación del servicio de salud oportuna, continua y eficiente, construida sobre la base de que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas se ciñen a los postulados de buena fe, lo que se traduce, a su turno, en la obligación de no defraudar esa buena fe y garantizarle a las personas destinatarias del servicio de salud que una vez iniciado un tratamiento, éste no será suspendido y se pondrán todos los conocimientos y los medios al alcance - bien sea para restablecer la salud, cuando ello es posible, o para disminuir los dolores y padecimientos cuando el recuperación de la salud se torna imposible -.

67.- Como se expuso en precedencia, en el caso colombiano las autoridades estatales y los particulares por virtud de lo dispuesto en el artículo 2º, así como en los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 9º, 93 y 94 de la Constitución, entre otros, están obligados a garantizar el respeto por los derechos constitucionales en los términos en que lo establece la Constitución Nacional y, por la vía del artículo 93 superior, bajo las condiciones exigidas por los pactos

internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Presidente de la República. Si las autoridades públicas o los particulares - en especial quienes están encargados de la prestación de servicios públicos que comprometen la garantía de derechos constitucionales - no invierten la debida diligencia en esa garantía de protección de los derechos constitucionales, son jurídicamente responsables pues incumplieron el deber de garantes de la protección de derechos constitucionales que les asigna la Constitución Nacional. Como lo recordó la Corte Interamericana en los casos Ximenes Lopes y Albán Cornejo comentados por la Sala en párrafos precedentes,

"la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado (...) las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre[11]."

68.- En precedencia se indicó cuáles son los alcances que se derivan de la responsabilidad en cabeza del Estado y de los particulares, especialmente, de aquellos comprometidos con la prestación de servicios públicos cuando desconocen derechos constitucionales. Se dijo, además, que estos derechos constituyen la base sobre la cual se construye todo el ordenamiento jurídico, de ahí, que le corresponda al Estado garantizar la debida protección de estos derechos y en consecuencia no sólo evitar que se desconozcan sino que - una vez desconocidos - se adopten las medidas para prevenir que se vuelvan a vulnerar.

La protección de los derechos constitucionales tiene, entonces, una dimensión personal o subjetiva como una dimensión social, colectiva u objetiva. Desde el punto de vista objetivo, la responsabilidad a que da lugar la vulneración de derechos constitucionales tiene un carácter *prima facie* compensatorio y no sancionador pero se extiende más allá de la mera compensación pues busca prevenir que se vuelva a incurrir en violaciones de ese tipo. Lo anterior, en razón del sentido y alcance que le confiere el ordenamiento constitucional colombiano a los derechos constitucionales en tanto fundamentos del orden jurídico en su conjunto. El Estado actúa en calidad de garante de los derechos constitucionales. Su falta

de vigilancia así como su ausencia de preocupación respecto de la manera como las entidades hospitalarias – sean ellas públicas o privadas – prestan el servicio de salud constituye un grave desconocimiento de las obligaciones que por mandato de la Constitución radican en cabeza suya y se conectan, de una parte, con la aplicación del principio de igualdad y de solidaridad tal como lo ordenan los artículos 1º y 2º constitucionales y, de otra, por la vía contemplada en el artículo 93 superior, con el deber de velar por la garantía y el respeto de los derechos contenidos en los pactos sobre derechos humanos aprobados por Colombia.”

Conforme a lo anterior, en protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales conculcados en este caso a la señora Alba Marina Torres de Ortiz y con el fin de prevenir que situaciones semejantes puedan volver a presentarse debido a la indiferencia de las entidades involucradas con la prestación del servicio de salud, se impartirán órdenes de alcance general que trascienden el asunto concreto que dio lugar a la presente providencia.

De otro lado, respecto de la reparación de aquellas lesiones derivadas de la afectación de la dimensión subjetiva de los derechos de los familiares de la agenciada, la Sala se abstendrá de establecer en la presente sentencia lo referente a si en el caso concreto se presentó o no responsabilidad civil, penal, ética, médica o de cualquier otra índole. Estos asuntos deben ser resueltos en las instancias competentes. Como se sabe, en sede de tutela se busca evitar el desconocimiento del derecho y cuando ello no resulta posible, por cuanto el daño se ha consumado – como ocurrió en el caso bajo examen – entonces debe protegerse la dimensión objetiva de los derechos violados. No se pretende, por consiguiente, reparar el daño que como tal sufre el sujeto con ocasión del desconocimiento de sus derechos constitucionales – para efectos de lo cual existen las acciones pertinentes por la vía ordinaria -. Se pretende, más bien, evitar que estas situaciones de violación protuberante de derechos se repitan.[12]

5. La protección constitucional del derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

Este Tribunal ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial en cuanto a la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a

la salud es de raigambre fundamental[13], de manera que corresponde al Estado, así como a los particulares involucrados en la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.[14]

Así, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia del amparo por vía de tutela del derecho fundamental a la salud cuando se verifica alguno de los siguientes supuestos: "(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios."[17]

Por lo tanto, la realización del derecho fundamental a la salud exige que todas las entidades que participan de la prestación del servicio en el marco del sistema de seguridad social en salud, deban procurar de manera formal y material el óptimo cumplimiento de las tareas y actuaciones que le hubieren sido confiadas, en procura del goce efectivo de los derechos de los usuarios. En los términos de la sentencia T-760 de 2008, esta Corporación ha dejado en claro la necesidad de asegurar que las autoridades públicas con competencias en el sector salud y los particulares comprometidos en la prestación del servicio, cumplan adecuada y suficientemente con sus deberes en materia de respeto, protección y cumplimiento del derecho fundamental a la salud a la luz de la doctrina constitucional y de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Ahora bien, en relación con los servicios de salud incluidos y no incluidos en el POS, la Corte Constitucional ha definido una regla relativamente simple: dichos servicios pueden hacer parte o no del POS.[18] En efecto, según lo ha expresado la jurisprudencia de la Corporación[19] las personas tienen derecho a que se les presten los servicios -requeridos- que hacen parte del POS y la negativa de la entidad obligada supone una vulneración de su derecho fundamental a la salud:

"[N]o brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud,

o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”[20]

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación[21] ha precisado las condiciones en las cuales la vulneración al derecho a acceder a un servicio fundamental para la salud es susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela, en los siguientes términos: una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),[22] (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,[23] (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad,[24] o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.[25] En otras palabras, toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, contemplados dentro del plan de servicios del régimen que la protege.

6. La protección reforzada a la salud en sujetos de especial protección constitucional: adultos mayores. Reiteración de jurisprudencia

La consagración del principio de igualdad en el marco del Estado Social de Derecho, se expresó en el artículo 13 de la Carta Política de 1991 bajo la fórmula: “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”, se complementa así mismo, con una prohibición de discriminación al establecer que “todas las personas recibirán la misma protección y trato y gozarán de los mismos derechos, libertades, y oportunidades sin ninguna discriminación”. Lo anterior constituye la denominada dimensión negativa del derecho a la igualdad, que obliga a todas las autoridades del Estado. No obstante, la Constitución Política el mencionado artículo 13 va más allá, al establecer el deber Estatal de promover condiciones “para que la igualdad sea real y efectiva”, es decir, la obligación de disponer de “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”. De igual manera, el principio constitucional presupone un mandato de especial de protección en favor de “aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta”. Los mandatos de optimización de la igualdad terminan con un destinatario específico representado en las autoridades públicas, las cuales tienen la obligación de sancionar los

abusos o maltratos que se cometan contra las personas en condiciones de debilidad manifiesta.

Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47)[26] la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. “En consecuencia, las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica que requieran, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante”[27].

Sobre el particular se afirmó en la Sentencia T-745 de 2009: “Para el caso de las personas de la tercera edad, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad.”[28]

Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión (como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores) son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales.

7. Accesibilidad económica como componente del derecho a la salud

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, en su Observación General No. 14, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel

posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[31]), incluyó como uno de los elementos componentes del derecho humano a la salud la accesibilidad económica al señalar:

“12. El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

(...)

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

(...)

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.”[32]

Este principio ha sido incorporado ampliamente en la jurisprudencia constitucional colombiana, destacando la necesidad de asegurar que los costos de los bienes y servicios a los que está relacionada la realización del derecho a la salud no sean de tal entidad que obstaculicen el acceso a dichas prestaciones o que pongan en peligro el disfrute de otras garantías igualmente fundamentales.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-884 de 2003 esta Corporación efectuó un análisis de los elementos esenciales para la satisfacción del derecho a la salud -en desarrollo al Pacto Internacional anteriormente mencionado-, respecto de lo cual señaló:

“Dentro de los elementos esenciales para la satisfacción del derecho a la salud, la Observación reconoce cuatro niveles definidos: Disponibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad

y Calidad. Para los efectos de esta Sentencia, la Corte se detendrá en el estudio de la Accesibilidad, que es entendida por el Comité como el deber de los Estados Partes de garantizar que “los establecimientos, bienes y servicios de salud [sean] accesibles a todos sin discriminación alguna” (...)

“En el mismo sentido, la Observación General consagra cuatro ‘dimensiones superpuestas’ de la accesibilidad:

(i) La no discriminación, según la cual los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles “a los sectores más vulnerables y marginados de la población”, sin que pueda haber discriminación en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/sida), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.

(ii) La accesibilidad física, componente que obliga, de un lado, a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deban estar al alcance, desde el punto de vista geográfico, a todos los sectores de la población, en especial los que han sido tradicionalmente excluidos; y del otro, que “los sectores médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua potable y los servicios sanitarios adecuados, se [encuentren] a una distancia geográfica razonable.

(iii) La accesibilidad económica, también denominada asequibilidad, entendida como la obligación de fijar los costos del servicio de salud bajo un criterio de equidad, bien si la atención es suministrada por entidades públicas o por privadas. La asequibilidad, igualmente, “exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

(iv) El acceso a la información, consistente en el “derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”. El ejercicio de este derecho, a juicio del Comité, se realizará sin perjuicio de la protección de la confidencialidad de los datos personales relativos al estado de salud de las personas.”

Posteriormente, en la sentencia T-666 de 2004, al resolver una solicitud de amparo presentada por los padres de un menor que requería de unas vacunas no incluidas en el POS, este Tribunal manifestó acerca de la accesibilidad económica lo siguiente:

“Al respecto, los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte deben responder a las exigencias derivadas del principio de igualdad, valor que subyace al reconocimiento de los derechos sociales. Este respeto de la igualdad debe proyectarse tanto en su dimensión formal (igualdad de trato) como en su dimensión sustantiva (igualdad material y efectiva). Por ello, el criterio de incapacidad económica constituye una proyección de un criterio de accesibilidad económica equitativa: que quienes cuenten con más recursos apoyen a quienes, por carencia de recursos, no pueden acceder a los servicios básicos de salud.

En este punto, es importante anotar que la accesibilidad económica constituye un elemento esencial del derecho a la salud. En efecto, en su Observación General 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del pacto, consideró que la salud es un derecho humano fundamental (párr. 1) que en todas sus formas y a todos los niveles abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (párr. 12). Sobre el alcance de la accesibilidad, se afirma lo siguiente: ‘b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:(...)iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos’”.

En desarrollo del componente de asequibilidad (accesibilidad económica) este Tribunal, en tal pronunciamiento, también hizo referencia al principio de gastos soportables, como criterio para el examen de proporcionalidad:

“La jurisprudencia de la Corte muestra que el juez de tutela desempeña un papel protagónico al momento de establecer probatoriamente la incapacidad de pago. Al respecto, debe anotarse que en muchos de los casos resulta de particular complejidad determinar la capacidad económica para efectuar el pago. Sin ánimo de agotar la discusión y reunir todos los supuestos posibles, es factible plantear escenarios donde (i) la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es alto respectivo a esta específica capacidad o (ii) la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es razonable respecto a esta capacidad pero deviene en carga desproporcionada al romper el equilibrio de gastos familiares. El manejo de estos problemas debe ser impulsado por la jurisprudencia correspondiente en los casos concretos. Empero, a continuación se ofrecen algunos criterios que permiten destacar la importancia del principio de proporcionalidad en las cargas que asumen los afiliados al régimen contributivo del sistema.

14. Uno de dichos criterios se relaciona con el principio de gastos soportables. En el derecho internacional de los derechos humanos este principio ha tenido particular relevancia frente a la exigibilidad del derecho a la vivienda. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, consideró que si bien es cierto que la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figura el concepto de gastos soportables (párr. 8.c), así:

‘Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, commensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la

disponibilidad de esos materiales'[33].

Nótese que este criterio no se relaciona, en estricto sentido, con la afectación del mínimo vital de una persona, toda vez que permite analizar las cargas que debe asumir el afiliado al sistema. Este criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir. El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada. Por ello, a continuación se analiza el principio de proporcionalidad y su papel en la justiciabilidad del derecho a la salud por vía de tutela.

15. Atendiendo el criterio de proporcionalidad, la limitación de un derecho fundamental no puede ser exagerada en relación al interés que se pretenda proteger. En el tema que ocupa a la Sala, ello puede ocurrir cuando una aplicación irrazonable de la regla de incapacidad económica genere una afectación injustificada en el derecho fundamental de acceso a la salud a través del régimen contributivo. En este sentido, la medida solo será constitucional si los beneficios que se logran tienen un valor constitucional que excede las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. En otras palabras, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. (i) es desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y (ii) se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo. Debe resaltarse que este test tiene una intensidad estricta, razón por la cual la gestión probatoria y argumentativa del juez constitucional debe ser exhaustiva."

Con base en esas consideraciones, esta Corporación negó en tal oportunidad la tutela solicitada, al tratarse de una vacuna no incluida en el Plan Obligatorio de salud, y al comprobarse que su costo podía ser asumido por los padres del menor, en razón a su

probada capacidad de pago. Sin embargo, más allá de la conclusión a la que arribó la Corte en dicho examen conforme a las condiciones económicas de los tutelantes, resulta de la mayor importancia la incorporación, que allí se hace, del criterio de accesibilidad económica contemplado en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Asimismo, debe destacarse el uso del criterio de gastos soportables, vale decir, de la necesidad de evitar que se impongan cargas desproporcionadas a los pacientes en la prestación de los servicios de salud, que pongan en peligro el disfrute de otro tipo de garantías.

Un uso semejante de la asequibilidad, como componente del derecho a la salud, hizo este Tribunal en la sentencia T-1233 de 2004, tratándose igualmente de prestaciones y servicios no incluidos en el POS y citando la mencionada sentencia T-666 de 2004:

“En punto, al requisito de la acreditación de la incapacidad económica para que sea procedente la acción de tutela respecto a prestaciones no contempladas en el POS, la Corte ha dicho que constituye una proyección de un criterio de accesibilidad económica equitativa y un elemento esencial del derecho a la salud, pues busca realizar el principio de solidaridad en armonía con el principio de igualdad (...)

Así pues, quien no cuenta con capacidad económica tiene derecho al reconocimiento de medicamentos y tratamientos no POS por vía de tutela, siempre y cuando demuestre que también cumple con las demás exigencias que ha establecido la jurisprudencia constitucional para la procedencia del amparo constitucional en estos casos.”

Luego este Tribunal, en la sentencia T-905 de 2005, al estudiar el caso de una persona desplazada, clasificada en el nivel socioeconómico No. 1 del SISBEN, quien padecía una insuficiencia renal crónica-litiasis renal bilateral con catéter doble J de riñón izquierdo, y a quien un hospital público negó un servicio en razón a la ausencia de contratos suscritos con instituciones de salud que puedan prestar sus servicios de los niveles de atención III y IV a población vinculada al sistema de salud (no registrados ni en el régimen contributivo en salud, ni en el subsidiado), manifestó:

“Acorde a lo anterior, la realidad actual de los participantes vinculados al sistema de seguridad social en salud presenta inconvenientes para obtener la atención médica requerida, situación que se contrapone con lo expuesto en principio de accesibilidad a la

salud. Es claro que la población pobre del país constantemente se encuentra discriminada por parte de las instituciones encargadas de la prestación del servicio público de salud, en razón a la ausencia de afiliación a alguno de los regímenes, lo que constitucionalmente resulta inadmisible. De la misma forma, se encuentra limitado el acceso a la información debido a que rara vez la población vinculada tiene conocimiento de las autoridades encargadas de la atención en salud.

En conclusión, el ordenamiento jurídico colombiano, por medio de la ley 715 de 2001 entre otras, pretende garantizar el derecho a la seguridad social en salud de la población pobre, con condiciones de accesibilidad suficiente a los participantes vinculados. Los municipios y departamentos, por medio de sus autoridades, están encargados de identificar a los habitantes menos favorecidos de su jurisdicción, a fin de inscribirlos en el Sisben y, con base en los contratos que suscriba para ello, obtener su afiliación a una administradora del régimen subsidiado. Sin embargo y contrario a los preceptos constitucionales y legales, las autoridades públicas dificultan el acceso de atención en salud a la población vinculada.”

“Esta Corporación ha integrado al desarrollo constitucional del derecho a la salud, el elemento de accesibilidad y sus cuatro dimensiones.[34] Por tratarse de criterios generales sobre las condiciones mínimas en que los usuarios deben acceder al Sistema de Salud, la Corte los ha aplicado en diferentes facetas del derecho a la salud, que son protegidas por vía de tutela.[35] Específicamente, cuando un usuario requiere un servicio de salud en un municipio diferente al de residencia, el cual supone gastos de transporte, para todos los casos, y estadía en algunos de ellos, estamos frente a dos elementos esenciales del derecho a la salud: la accesibilidad física y la accesibilidad económica.

La Corte ha adoptado la accesibilidad física para significar que no en todos los casos de acceso a los servicios de salud, los usuarios van a poder acceder a ellos en su lugar de residencia. Y por lo tanto, la entidad de salud responsable, deberá remitir al usuario a una zona geográfica distinta, para, por ejemplo, acceder a un examen diagnóstico o a una cita con un especialista. Pues bien, el traslado implica costos que, en principio deben ser cubiertos por el paciente y su familia.

Pero ¿qué ocurre cuando el paciente y su familia no tienen los recursos económicos para costear dichos montos? Es aquí donde debe hacerse referencia a la garantía de

accesibilidad económica, pues el acceso a un servicio de salud en una zona geográfica diferente a la de residencia, no puede ser obstaculizado por razones de tipo económico, para aquellas personas que no tienen los recursos suficientes para sufragar los costos que implica el traslado. El contenido de la accesibilidad económica garantiza que a los usuarios más pobres del Sistema, no se les impongan cargas económicas desproporcionadas en comparación a quienes si pueden sufragar el costo del servicio."

En síntesis, el principio de accesibilidad económica (asequibilidad) consagrado en la Observación general No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el criterio de él derivado y conocido como gastos soportables, han sido incorporados de forma amplia en la jurisprudencia de este Tribunal[36], e imponen la consideración de las condiciones económicas de los tutelantes, con el fin de evitar que a los usuarios más pobres del sistema de salud les sean impuestas cargas económicas desproporcionadas, que no puedan ser satisfechas por ellos o que comprometan los gastos relacionados con el disfrute de otras garantías constitucionales o necesidades vitales.

8. Valor normativo del precedente jurisprudencial[37]

El constituyente de 1991 confió en los jueces y tribunales una tarea de suma importancia en la realización de la cláusula del Estado Social de Derecho y de los principios y valores constitucionales. Ellos, jueces y tribunales, a través de sus decisiones en la resolución de casos concretos sometidos a su consideración, promueven la eficacia del derecho y una adecuada comunicación entre el derecho y la realidad. Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación dio cuenta de este propósito:

"Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy,

con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.”[38]

En la perspectiva de asegurar la vigencia del Estado Social de Derecho y de los derechos fundamentales, esta Corporación ha encontrado que “Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias.”[39]

En efecto, la exigencia de aplicar ante un caso concreto el sentido de las decisiones que previamente ha adoptado la misma corporación judicial en relación con casos análogos se ha convertido en una condición necesaria para la optimización del ordenamiento jurídico, en particular con miras a procurar, en cuanto sea posible, su unidad y coherencia, así como la de uno de sus materiales más importantes: la jurisprudencia, criterio auxiliar de la interpretación judicial por mandato del artículo 230 constitucional[40].

Así mismo, tal exigencia representa un imperativo si se tiene en cuenta la necesidad de asegurar que las actuaciones del Estado, y en este caso particular, las actuaciones de la administración de justicia, respeten el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política. Como ha advertido esta Corporación, el principio de igualdad comprende dos garantías fundamentales: (i) la igualdad ante la ley y (ii) la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Estas dos garantías “operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como

consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley.”[41]

Otra razón para considerar la necesidad de aplicar el precedente judicial en casos futuros análogos es la importancia de procurar seguridad jurídica a los ciudadanos, destinatarios últimos de las normas constitucionales, legales y de las reglas definidas jurisprudencialmente. Esta seguridad jurídica, ha dicho esta Corporación, es “básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.”[42] De la mano del concepto de seguridad jurídica se hace necesario señalar además que el seguimiento del precedente judicial hace relación también con la confianza legítima de los ciudadanos frente a la actuación de las autoridades públicas, que involucra entre otros aspectos, “las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces será razonable, consistente y uniforme.”[43]

Por último, el deber de los jueces de decidir conforme a sus precedentes en casos análogos, cuando no existan razones suficientes y adecuadas para apartarse de ellos, también se puede justificar como un criterio intersubjetivo y racional de control de la actividad de la administración de justicia. Así, el seguimiento del precedente judicial obliga a jueces y tribunales a decidir el problema que les sea planteado en un caso concreto de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.[44]

De otro lado, en cuanto a la aplicación vertical del precedente judicial, vale decir, en relación con el respeto por parte de jueces y tribunales de menor jerarquía, de la doctrina sentada por las altas corporaciones de la administración de justicia en su tarea de unificación de la jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

“[L]a fuerza normativa de la doctrina dictada por los órganos judiciales encargados de la unificación de la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones – el Consejo de Estado en lo Contencioso Administrativo y la Corte Suprema en la jurisdicción ordinaria – emana de: (i) la autoridad que les otorga la Constitución como órganos encargados de la unificación de la jurisprudencia; (ii) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de la igualdad de trato por parte de las autoridades; (iii) del principio de la buena fe entendido como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”[45]

En el mismo sentido, esta Corporación recientemente reiteró el alcance de la sujeción de los jueces y tribunales al “imperio de la ley”, como lo establece el artículo 230 constitucional, advirtiendo que dentro de esa expresión deben entenderse incluidas las normas constitucionales y su interpretación por parte de la Corporación encargada de asegurar la integridad y supremacía de la Constitución Política.[46]

Tanto se ha considerado que el precedente judicial de las Altas Cortes debe ser seguido por los jueces y tribunales en sus decisiones relacionadas con asuntos análogos previamente decididos por ellas, que este Tribunal ha precisado las consecuencias que acarrea su desconocimiento. En efecto, la adopción de una decisión judicial con abierto desconocimiento del precedente de las Altas Cortes, salvo que se justifique la decisión de apartarse de la ratio de la sentencia anterior y se demuestre con suficiencia que la interpretación brindada aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales, (i) afecta derechos fundamentales de los destinatarios de las normas, (ii) puede conllevar a una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura el delito de prevaricato por acción; y, (iii) constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra la decisión adoptada con desconocimiento del precedente.[47]

Por todo lo anterior, con miras a asegurar el respeto de los derechos fundamentales, del principio de igualdad y de seguridad, con el fin de preservar el seguimiento al precedente jurisprudencial como criterio de control de la actividad de los jueces y tribunales, así como de procurar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, y en particular

de la jurisprudencia, encuentra esta Sala necesario decidir el presente asunto a la luz de la doctrina dictada por esta misma Corporación en casos análogos decididos en el pasado.

9. Correcta utilización del precedente judicial

La pregunta que surge entonces en este punto, más allá de las elaboraciones doctrinales acerca del valor del precedente en casos futuros análogos, hace relación con la determinación de la ratio decidendi de una sentencia que cuenta con valor precedencial y con la verificación de la analogía entre los supuestos fácticos de los casos confrontados, de tal manera que pueda concluirse que un nuevo caso, sometido a un tribunal o a un juez, es susceptible de ser resuelto con base en la doctrina dictada en una decisión previa. En otras palabras, se hace necesario precisar las condiciones concretas de aplicación del precedente y establecer en qué debe consistir la analogía entre dos casos.

Al respecto de la correcta utilización del precedente esta Corporación ha manifestado lo siguiente: “El precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión ha de fallarse de acuerdo con el(los) caso(s) decidido(s) en el pasado únicamente cuando los hechos relevantes característicos del caso actual son semejantes a los supuestos de hecho presentes en el caso decidido con antelación; cuando la consecuencia jurídica que se aplicó para la resolución del caso anterior puede equipararse a la que se exige en el presente caso y si la regla fijada por la jurisprudencia se mantiene y no ha cambiado o no se ha evolucionado en una jurisprudencia distinta o más específica que traiga como consecuencia la modificación de algún supuesto de hecho para efectos de su aplicación”[48].

En consecuencia, se hace necesario verificar (i) la existencia de una semejanza entre los hechos relevantes característicos de los dos casos, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada en el caso anterior resulta adecuada para el presente caso, y (iii) si la regla fijada en el pronunciamiento anterior ha cambiado o evolucionado o si por el contrario se mantiene como la doctrina sostenida por esta Corporación judicial en la materia.

10. Identificación de casos análogos previamente decididos por este Tribunal. Sentencia T-538 de 2004

Para esta Sala no sólo los hechos relevantes que dieron lugar a la sentencia T-538 de 2004 y los invocados por el agente como fundamento del recurso de amparo en este caso son

semejantes, sino también el problema jurídico de fondo es idéntico, la consecuencia jurídica aplicada en tal decisión se impone como la más razonable en el presente asunto y la doctrina dictada por la Corte en el pronunciamiento mencionado no ha sido modificada. A lo anterior, podría contestarse que existen algunas diferencias entre los supuestos fácticos de la T-538 de 2004 y los examinados en este caso, pero considera esta Sala que tales diferencias no son relevantes, vale decir, no tienen la entidad como para que se haga necesario distinguir los dos casos y llegar a una conclusión doctrinal diversa a la consignada en la decisión de 2004.

En cuanto a los hechos, en la sentencia T-538 de 2004 esta Corporación resumió los supuestos fácticos de ese caso de la siguiente manera:

“Señala el actor que su médico tratante le prescribió suministro continuo de oxígeno, por cuanto padece serios problemas pulmonares. Argumenta que la entidad accionada no quiere reconocer el oxígeno domiciliario permanente. Asegura que esa entidad le suministró un generador de oxígeno, que funciona con energía eléctrica, pero indica que el oxígeno producido por el generador no tiene los mismos efectos que el oxígeno de pipeta. Sostiene que en días pasados el oxígeno por generador empeoró su cuadro clínico, porque dicha máquina no alcanza a oxigenar bien sus pulmones.

En la ampliación de demanda de tutela realizada por el juzgado de primera instancia, el señor Carlos Octavio Álvarez señaló que tiene 75 años, que sufre del corazón y los pulmones. Indica que el oxígeno producido por compresor no tiene los mismos efectos que el de pipeta. Adicionalmente, indica que el compresor de oxígeno gasta mucha luz, cuestión que los ha afectado económicamente. Asegura que le informaron a la demandada sobre el asunto, pero sostiene que le contestaron que si quería el oxígeno debía acudir a la acción de tutela. Indica que Saludcoop no les volvió a brindar el oxígeno en pipetas, por lo cual sus hijos se han visto en la necesidad de conseguírselas, a un costo individual de setenta y cinco mil pesos, para una duración de un día. Al preguntársele sobre sus ocupaciones el demandado contestó lo siguiente ‘no hago nada, no soy jubilado, dependo de los hijos, tengo cuatro hijos’”.

Se trataba entonces de los siguientes supuestos de hecho (i) un adulto mayor - 75 años -; (ii) quien presentaba deficiencias cardíacas y pulmonares que hacían necesario un

suministro permanente de oxígeno, conforme a la prescripción del médico tratante; (iii) a quien se venía suministrando el oxígeno en pipetas; (iv) pero a quien, por decisión de la Entidad Promotora del Servicio de Salud ante el costo que supone el abastecimiento del oxígeno en pipetas, se modificó la modalidad de provisión de oxígeno para en adelante ser entregado mediante un generador o concentrador que funciona con energía eléctrica; (v) el tutelante manifiesta que no se encuentra en condiciones de sufragar el mayor valor en el consumo del servicio de energía eléctrica que implica el uso permanente, las 24 horas del día, del generador de oxígeno.[49]

Sobra decir que los hechos en el caso bajo examen en esta providencia son análogos a los que dieron lugar a la sentencia T-538 de 2004, y que la semejanza entre los supuestos fácticos relevantes y característicos de los dos casos es evidente. En el presente asunto (i) la señora Alba Marina Torres de Ortiz, persona de la tercera edad de 71 años; (ii) presentaba deficiencias cardíacas que hacían necesario un suministro permanente de oxígeno, conforme a la prescripción del médico tratante; (iii) a ella se venía suministrando el oxígeno en pipetas por parte de la EPS-S COMFAMA; (iv) por decisión de la EPS-S COMFAMA, ante el costo que supone el abastecimiento del oxígeno en pipetas, se modificó la modalidad de provisión de oxígeno para en adelante ser entregado mediante un generador o concentrador que funciona con energía eléctrica; (v) el agente oficioso, hermano de la señora Torres de Ortiz manifiesta que ni la agenciada, ni sus familiares, se encuentran en condiciones de sufragar el mayor valor en el consumo del servicio de energía eléctrica que implica el uso permanente, las 24 horas del día, del generador de oxígeno.

Pues bien, sentada la analogía existente entre la sentencia T-538 de 2004 como precedente judicial proferido por esta Corporación, resulta necesario entonces recordar el contenido de la doctrina dictada en esa oportunidad respecto de la materia debatida en el presente asunto. En otras palabras, resulta necesario en este punto reconstruir el sentido de la decisión adoptada por la Corte en esa ocasión. En la providencia mencionada, la Corte precisó los problemas jurídicos a resolver en los siguientes términos:

“Corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos. Primero, si existe una diferencia de calidad entre el generador de oxígeno y el oxígeno por pipetas, que afecta la salud del demandante, con lo cual es vulnerado su derecho fundamental a la salud y segundo, si la diferencia económica entre el generador de oxígeno y el oxígeno por pipetas,

afecta el principio de accesibilidad a los servicios de salud, con lo cual se afecta el derecho fundamental a la salud del accionante."

Frente al primero de los problemas jurídicos la Corte no encontró vulneración alguna al derecho fundamental a la salud del tutelante, teniendo en cuenta que de las pruebas allegadas al proceso se concluyó que no diferencia en la calidad del oxígeno suministrado mediante concentrador, en comparación con el oxígeno en pipetas:

"En el caso sub examine el actor alega que le fue prescrito el suministro continuo de oxígeno por parte de su médico tratante. Sin embargo, asegura que debido al alto consumo de pipetas de oxígeno, le fue cambiado el sistema de suministro, de tal forma que la Entidad Prestadora del Servicio de Salud al cual está afiliado, le dio un generador del gas. Señala que el oxígeno por generador no tiene los mismos efectos que el de las pipetas, por lo cual se ha sentido asfixiado.

Sobre este punto, tanto el demandado como el Instituto de Medicina Legal, señalaron que es igual la calidad del oxígeno por pipetas y por generador. De forma particular, el Instituto de Medicina Legal indica que el caso fue analizado con especialistas en la materia (medico internista y terapista respiratoria), quienes han concluido que ciertos pacientes generan una dependencia psicológica de la pipeta.

Con base en esa opinión científica, prima facie debería negarse la acción de tutela impetrada, por cuanto no se evidencia una afectación del derecho fundamental a la salud del accionante. En efecto, la EPS está brindando la atención y los tratamientos a la enfermedad del señor Carlos Álvarez Sánchez, utilizando diversos mecanismos para atender sus padecimientos. Además, existen opiniones científicas en las que se señala que el oxígeno por pipeta es igual al oxígeno por generador."

No obstante, a reglón seguido y frente al segundo de los problemas jurídicos que motivaron la sentencia T-538 de 2004, el cual valga decirlo es el mismo que da lugar al presente asunto, este Tribunal llegó a una conclusión diferente:

"Sin embargo, debe observarse que existe una diferencia de tipo económico entre el oxígeno por generador y el oxígeno por pipetas, ya que el primero resulta más oneroso para el paciente, mientras que el segundo resulta más costoso para la entidad prestadora de

salud. Si bien es cierto que la Corte ha sostenido en otras oportunidades que en virtud del principio de solidaridad, puede exigirse a los pacientes la cancelación de pagos moderadores, copagos y pagos compartidos, no puede entenderse esto como una facultad para que las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud descarguen directa o indirectamente, el costo total de un tratamiento o un medicamento incluido en el POS. Tal situación afecta el principio de accesibilidad a los tratamientos y medicamentos diseñados en el Plan Básico de Salud, por cuanto se impone un obstáculo económico injustificado a las personas, no previsto en la ley, para que él mismo indirectamente costee su tratamiento.

Como puede observarse en las pruebas que obran en el expediente, en el caso sub examine, el Señor Carlos Álvarez Sánchez es un adulto mayor (75 años de edad), que de acuerdo al testimonio rendido en la ampliación de la demanda de tutela, no es jubilado ni cuenta con ingresos adicionales, sino que por el contrario depende económicamente de sus hijos con quienes convive actualmente y se encargan de su manutención. Es, en consecuencia, una persona en una situación de debilidad manifiesta, a quien no puede imponérsele una mayor carga económica, consistente en el mantenimiento del generador de oxígeno. Para esta Sala, tal situación afecta su derecho fundamental a la salud, pues la entidad le impone indirectamente un obstáculo para que acceda a su tratamiento, librándose de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente, al trasladarle a éste la carga económica de producir el oxígeno que necesita.

A juicio de esta Sala, tal situación afecta el derecho fundamental a la salud del accionante, especialmente por vulnerar el principio de acceso efectivo a los tratamientos y medicamentos incluidos en el POS. Por las razones expuestas, la Sala amparará el derecho fundamental a la salud del señor Carlos Álvarez Sánchez. En consecuencia, se ordenará a la entidad, que suministre al paciente el oxígeno en pipetas, de acuerdo a la prescripción que ha hecho su médico tratante."

De esta manera, concluyó en esa oportunidad esta Corporación que la modificación en la provisión de oxígeno, de pipetas a concentrador, tratándose de adultos mayores con escasa capacidad económica y en condiciones de debilidad manifiesta, afecta de forma manifiesta la accesibilidad económica a los bienes y servicios a los que está relacionada la realización del derecho a la salud. Asimismo, la decisión de la EPS en tal sentido, supone un traslado de los costos relacionados con el servicio de salud de las EPS a los pacientes[50], genera

una barrera de acceso a los servicios requeridos para la adecuada atención de los padecimientos del tutelante y, en síntesis, constituye una vulneración de su derecho fundamental a la salud.

10. Análisis del caso concreto

En el caso bajo examen, el ciudadano Raúl Torres Gutiérrez, actuando como agente oficioso de su hermana Alba Marina Torres de Ortiz de 71 años de edad, interpuso acción de tutela en contra de COMFAMA EPS, la ESE Metrosalud y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la integridad física de su agenciada, en conexidad con el derecho a la dignidad humana, el mínimo vital, el derecho de las personas con debilidad manifiesta por razón de su salud y las personas de la tercera edad que gozan de especial protección constitucional. Para el agente oficioso, la decisión de las accionadas de modificar el tipo de suministro del oxígeno requerido por su hermana, debido a las deficiencias cardíacas que padece, al remplazar las pipetas por un concentrador o generador que funciona con energía eléctrica, conculca las mencionadas garantías fundamentales de la agenciada, en razón a que ni ella, ni las personas con las que vive, todas de la tercera edad, cuentan con los recursos necesarios para sufragar el incremento en el pago del servicio de energía eléctrica que implica el uso del concentrador de oxígeno.

En su respuesta a la demanda de tutela, las accionadas Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia así como la ESE Metrosalud coinciden en señalar que corresponde a COMFAMA EPS-S la obligación de garantizar la prestación del servicio requerido por la agenciada en este asunto. La ESE Metrosalud señala igualmente que el problema jurídico en este asunto consiste no tanto en el suministro de oxígeno, sino en el alivio de la precaria situación económica de la agenciada, mediante la exoneración en el pago del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Por su parte, COMFAMA EPS-S justificó la decisión de suministrar el oxígeno a la agenciada mediante concentrador que funciona con energía eléctrica, indicando que éste garantiza la disponibilidad permanente, las 24 horas del día, del oxígeno, por oposición a la pipeta, que debe ser remplazada periódicamente. Señala en el mismo sentido que el concentrador de oxígeno resulta menos peligroso para su uso residencial que las pipetas.

En ese orden de ideas, correspondería a esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional determinar si las accionadas han vulnerado los derechos fundamentales de la Señora Alba Marina Torres de Ortiz, de 71 años de edad, por cuenta del cambio en el suministro de oxígeno, el cual pasó de ser provisto mediante pipetas para ser suministrado mediante concentrador que opera con energía eléctrica, cambio que implica para la agenciada y sus familiares un incremento en el pago del servicio de energía eléctrica que no se encuentran en condiciones de sufragar.

Sin embargo, se encuentra la Corte con que la agenciada falleció en el mes de septiembre de 2012, pocas semanas después de haber sido interpuesta la acción de tutela, como lo informó a esta Corporación el agente oficioso mediante comunicación telefónica. Como se indicó previamente, esta situación exige establecer como una cuestión preliminar, si en la resolución del presente asunto de tutela se configura una carencia actual de objeto, ante el desenlace fatal que tuvo la situación de la señora Alba Marina Torres de Ortiz, así como los alcances de un pronunciamiento de la Corte Constitucional en el presente asunto.

10.1. Carencia actual de objeto y alcances del pronunciamiento de la Corte Constitucional

Al respecto conviene recordar que este Tribunal ha distinguido dos hipótesis respecto del momento en que el supuesto de hecho que da origen al proceso de tutela cesa, desaparece o se supera (i) antes de iniciarse el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo, situación de la cual tuvieron conocimiento tales jueces, por manera que se vieron obligados a declarar la carencia actual de objeto; (ii) estando en curso el proceso de revisión ante la Corte Constitucional.

En el primer evento, como se precisó con anterioridad en esta providencia, la Sala de Revisión no puede exigir de los jueces de instancia un proceder diferente a declarar la carencia actual de objeto y su decisión ha de orientarse, en consecuencia, a confirmar el fallo revisado que se hubiere emitido en tales términos, “quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia.”[51] En este caso resulta entonces comprensible el actuar del juez de instancia que, teniendo conocimiento del cambio en los supuestos de hecho que motivan el recurso de amparo, decide declarar la carencia actual de objeto.

El segundo de los supuestos se presenta cuando la respectiva Sala de Revisión de la Corte Constitucional es quien advierte que los hechos que han dado lugar al proceso de tutela han cesado, desaparecido o han sido superados, por cuanto dicha situación no tuvo ocurrencia durante el trámite de instancia o no fue puesta en conocimiento de los jueces de tutela. Bajo este supuesto, si la Corte encuentra que los jueces de instancia han debido conceder el amparo solicitado y no lo hicieron, entonces corresponde a este Tribunal revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna[52].

No obstante, encuentra la Corte que la situación que suscitó el cambio en las circunstancias fácticas que dieron lugar al proceso de tutela no fue puesta en conocimiento del juez de instancia, quien no declaró la carencia actual de objeto y, por el contrario, resolvió de fondo la controversia negando el amparo solicitado. Vale decir, en este asunto la Corte no encuentra pronunciamiento alguno del juez de instancia por el cual se hubiere declarado la carencia actual de objeto y que, en consecuencia, corresponda a esta Sala confirmar. Por lo anterior, el asunto examinado concierne al segundo de los supuestos anteriormente explicados, por cuanto es este Tribunal el que ha verificado la modificación en los supuestos de hecho que dieron lugar al presente asunto de tutela, modificación que pasó inadvertida para el juez de única instancia, a quien no se puso en conocimiento del desenlace desafortunado que tuvo la situación de la señora Alba Marina Torres de Ortiz. Tratándose entonces del segundo de los supuestos y existiendo un pronunciamiento de fondo sobre el asunto que dio lugar a la solicitud de amparo, corresponde a esta Sala confirmar o revocar dicho pronunciamiento, aunque no sea posible impartir orden alguna, pues ésta resulta inocua ante el fallecimiento de la agenciada.

10.2. Vulneración de derechos fundamentales

Ahora bien, en el fallo de instancia el Juez Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín no declaró la carencia actual de objeto, sino que concluyó que la actuación de las demandadas no conculcó garantías fundamentales de la agenciada, como quiera que el oxígeno estaba siendo suministrado mediante un generador a la señora Torres de Ortiz, sin importar que la agenciada contará o no en la práctica con los medios para utilizarlo.

Al respecto, la Sala está lejos de compartir la conclusión a la que arribó el juez de

instancia, pues, por el contrario, encuentra que a partir de las pruebas y de las circunstancias que obran en el expediente, así como a la luz de la jurisprudencia constitucional, es posible deducir que en este caso se produjo un desconocimiento, protuberante, de derechos constitucionales fundamentales.

En primer lugar, para la Sala es claro que en este asunto resultaron vulnerados los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de la agenciada Alba Marina Torres de Ortiz, garantías que, adicionalmente, son objeto de especial protección constitucional tratándose de una persona de la tercera edad, quien requería urgente asistencia para contar efectivamente con una de las condiciones más elementales, desde el punto de vista fisiológico, para la existencia y la salud del ser humano: el oxígeno. De esta manera, tres aspectos convergen para afirmar la fundamentalidad del derecho a la salud en el caso bajo examen: (i) la provisión de oxígeno se trata, como lo admiten las entidades accionadas, de un servicio incluido en el Plan Obligatorio de Salud, unificado para los regímenes contributivo y subsidiado en salud en virtud del Acuerdo 29 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud (CRES); (ii) se trataba de una persona de la tercera edad, caso en el cual el derecho a la salud cuenta, a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, con una protección reforzada; y (iii) la agenciada se encontraba en delicado estado de salud[53], el cual exigía el uso de oxígeno las 24 horas del día conforme a la prescripción médica[54]. Cuadro de salud que sin duda se vio agravado por la falta de oxígeno por cuenta de la actuación de las demandadas y que, al cabo de unas pocas semanas, se deterioró al punto de llevar al fallecimiento de la agenciada.

En segundo lugar, observa la Corte que las conductas que vulneraron tales derechos corresponden, de un lado, a la decisión de la EPS-S COMFAMA de modificar las condiciones de suministro del oxígeno requerido por la agenciada, argumentando que “la señora estaba gastando mucho”[55], razón por la cual remplazó el oxígeno en pipetas por un generador, sin importar que en la práctica la agenciada no se encontraba en condiciones de hacer efectivo uso del oxígeno así suministrado por sus precarias condiciones económicas. En este sentido, considera este Tribunal que la actuación de la EPS-S COMFAMA quebrantó los principios de buena fe y confianza legítima que depositan los ciudadanos en las instituciones comprometidas en la prestación del servicio de salud[56]. Así, tal EPS-S decidió variar, de forma inconsulta e intempestiva, sin atender las precarias condiciones económicas de la agenciada, la modalidad del suministro del oxígeno, poniendo en riesgo

no sólo la salud de la paciente sino su existencia misma en condiciones dignas, lo cual contraviene de forma manifiesta principios y valores constitucionales.

De otra lado, para la Corte también es necesario hacer notar que resultan censurables las actuaciones de las otras dos entidades demandadas, quienes, ante la apremiante situación de la señora Torres de Ortiz, simplemente adujeron, sin más, que la EPS-S era la obligada a suministrar el oxígeno. Si bien es cierto que la ESE Metrosalud y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia no estaban obligadas a suministrar ellas mismas el oxígeno al momento de ser presentada la tutela, sí estaban obligadas a procurar que la EPS-S lo suministrara, en atención a los deberes de protección que les competen como autoridades públicas que participan y están comprometidas en la prestación del servicio de salud en el lugar de residencia de la agenciada.

En tercer lugar, la Sala también considera necesario ocuparse de las razones que motivaron el cambio en la provisión de oxígeno a la agenciada. Al respecto la demandada EPS-S COMFAMA, en la contestación de la acción de tutela, aduce razones científicas, como que el generador de oxígeno implica un menor riesgo para su uso residencial que el provisto en pipetas y que aquel asegura un abastecimiento del mismo las 24 horas del día. Sin embargo, la comunicación que los familiares de la agenciada hicieron llegar a tal EPS-S el 9 de agosto de 2012, en su intento por hacer cambiar de parecer a dicha entidad, da cuenta de las verdaderas motivaciones que ocasionaron al mencionado cambio. En dicha comunicación, presentada un mes antes de la radicación de la acción de tutela, los familiares de la señora Torres de Ortiz manifiestan:

"De manera comedida solicito sea revisado el suministro de oxígeno en cilindro a la señora Alba Marina Torres de Ortiz identificada con c.c. 21398549 de Medellín, ya que esta tenía (sic) dicha asistencia por Metrosalud sin ninguna restricción, utilizando la cantidad recomendada por los médicos que llevan su tratamiento.

En días pasados se solicito (sic) dicho suministro al teléfono 6041134 recibiendo por respuesta que la señora estaba gastando mucho y que por tal razón le seria (sic) enviado oxígeno para ser activado con luz eléctrica, lo cual se argumento (sic) no tener los medios para pagar un valor más alto en los servicios públicos que incrementarían obviamente.

Se envía esta carta para solicitud de restitución por el cilindro que fue solicitado el día 4 de

agosto del año en curso.

Aún no se recibe oxígeno y la paciente está en riesgo, además la paciente no tiene medios económicos y convive con personas de la tercera edad por lo cual no tienen los recursos para sostener estos gastos adicionales.

Estamos a la espera de su respuesta oportuna y sobre todo tengan presente que la vida de una paciente está únicamente en sus manos y como tal ustedes como empresa prestadora de servicios son los responsables de esta situación.”[57]

De esta manera, tal como ocurrió en el caso que dio lugar a la sentencia T-538 de 2004, caso análogo al presente como verá a continuación, la motivación que existe detrás de la decisión de la EPS-S de modificar la provisión de oxígeno es en realidad económica y corresponde al interés de la entidad de salud de trasladar a la paciente los costos relacionados con el acceso a la provisión de oxígeno.

En cuarto lugar, de la mano de lo anterior, la conducta de la EPS-S COMFAMA desconoció uno de los elementos componentes del derecho a salud, conforme a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia constitucional, como se explicó previamente: la accesibilidad económica (asequibilidad) a los servicios y bienes a los que está relacionado el disfrute del derecho a la salud. En virtud de este componente y del principio de gastos soportables, se impone la consideración de las condiciones económicas de los tutelantes, con el fin de evitar que a los usuarios más pobres del sistema de salud les sean impuestas cargas económicas desproporcionadas, que no puedan ser satisfechas por ellos o que comprometan los gastos relacionados con el disfrute de otras garantías constitucionales.

Pues bien, en el caso bajo examen la EPS-S COMFAMA trasladó al paciente el costo de la provisión de oxígeno, al cambiar el suministro en pipetas por un generador, por resultar más conveniente económicamente a dicha entidad. Como consecuencia de esta decisión, la EPS-S demandada impuso a la agenciada y a sus familiares una carga desproporcionada, que constituía una barrera de acceso a una necesidad vital, el oxígeno requerido, y que ponía en entredicho el disfrute de otras garantías fundamentales para la señora Torres de Ortiz y las personas de la tercera edad que vivían con ella. Así lo manifestó el agente en el escrito de tutela y ya había sido señalado por los familiares de la agenciada en la

comunicación trascrita:

"Le fue enviado a la casa, el que es para conectar en la luz de electricidad y no tenemos como asumir los costos porque vivimos 6 ancianos todos de la tercera edad y la única que percibe pensión es una de ellas, con la que subsistimos todos.

Por esta razón, acudo a usted para que intervenga debido a que no tenemos forma de asumir costos ni para cancelar los dineros por concepto de pago en la clínica por hospitalización y menos aún sostener una pipeta que trabaja de manera eléctrica.

Quiero que revise y ordene que la pipeta que le envíen sea sin el extractor de luz, es decir pipeta de oxígeno que no se tenga que conectar, pues somos personas muy pobres de la tercera edad y no contamos con otro respaldo económico que el de una pensión que es un mínimo."[58] (Negrilla original).

Así, con ocasión de la decisión de la EPS-S demandada resultó desconocida la accesibilidad económica a los servicios de salud y el criterio de gastos soportables reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia de esta Corporación.

Por último, en quinto lugar, observa la Sala que existe un precedente jurisprudencial de esta misma Corporación que debe orientar las consideraciones que se hagan ante el presente asunto. En efecto, no sólo los hechos relevantes que dieron lugar a la sentencia T-538 de 2004 y los invocados por el agente como fundamento del recurso de amparo en este caso son semejantes, sino también el problema jurídico de fondo es idéntico, la consecuencia jurídica aplicada en tal decisión se impone como la más razonable en el presente asunto y la doctrina dictada por la Corte en el pronunciamiento mencionado no ha sido modificada.

La conclusión a la que llega entonces esta Sala, en este punto, es que el precedente jurisprudencial aplicable al asunto materia de examen se encuentra en la sentencia T-538 de 2004, pronunciamiento que contiene la doctrina constitucional vigente en la materia y que, en aras de preservar en todo lo posible la unidad y coherencia del ordenamiento, y de asegurar la vigencia del principio de igualdad y de seguridad jurídica, deberá orientar la decisión del presente asunto.

Por todo lo anterior, para la Sala resulta pertinente en este caso revocar el fallo objeto de revisión y conceder el amparo del derecho a la salud de la agenciada, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna debido a la carencia actual de objeto.

No obstante lo anterior, aunque no se imparten órdenes en relación con el caso concreto de la señora Alba Marina Torres de Ortiz, la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales sí exige hacer unas consideraciones generales con el fin de prevenir a las autoridades que participan, en uno u otro sentido, en la prestación de los servicios de salud, para que adopten medidas con el fin de evitar que situaciones como la que dieron lugar a esta providencia se repitan en el futuro.

10.3. Protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales

Como último asunto dentro de la resolución del presente asunto, resulta necesario destacar la dimensión objetiva de los derechos constitucionales fundamentales. Vale decir, más allá de las órdenes que puedan impartirse o no en un caso concreto, lo cual carece de sentido en el presente asunto como ya se observó, es necesario recordar que los derechos fundamentales gozan de una dimensión objetiva como criterios reguladores de la actividad del Estado y como fines últimos que explican y dan sentido a toda la organización del poder público. En otras palabras, más allá de las controversias individuales relativas a la realización de los derechos fundamentales como la que ocupa en este caso a la Sala, es necesario recordar que corresponde al Estado desplegar todo un conjunto de medidas, tareas y actuaciones – tanto en el nivel nacional como en el territorial – con el fin de garantizar la plena efectividad de estos derechos en la práctica.

En atención a lo anterior, como lo señaló esta Corporación en la sentencia T-576 de 2008, recordando el conocido voto razonado del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade en el caso de “Los niños de la calle”[59], las violaciones a los derechos fundamentales trascienden el ámbito de lo individual y adquieren una dimensión social que igualmente merece atención por parte de los administradores de justicia. Así, “el sufrimiento humano no sólo se despliega en un horizonte personal” sino que “Adquiere a un mismo tiempo una dimensión social - objetiva - que no debe perderse de vista. Cada sufrimiento que se causa a una persona, por más humilde que ella sea, repercute en la comunidad comprendida como un todo.”[60]

De esta manera, cuando, como en este caso, una persona de la tercera edad y de precarias condiciones económicas encuentra cómo las entidades encargadas de velar por una adecuada prestación de los servicios de salud responden con indiferencia a los quebrantos de salud que le apremian y ve cómo las condiciones más elementales de subsistencia digna, como es el oxígeno, se ven comprometidas por barreras económicas o administrativas, el sufrimiento de la afectada y de sus familiares adquiere una connotación social. Así, cualquier abuela, abuelo, padre, madre, hijo o hija podría llegar a encontrarse en una situación semejante, que ponga en riesgo la vida de un ser querido. Este tipo de situación resulta sin duda inadmisible en un Estado que se dice respetuoso de los derechos constitucionales, en particular de aquellos que por su condición económica, física o mental, se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, como dispone el artículo 13 constitucional.

Pues bien, en el presente asunto la dimensión objetiva de los derechos fundamentales exige, más allá del caso concreto de la señora Alba Marina Torres de Ortiz, prevenir que quienes estén en la actualidad o lleguen a estar en el futuro ante una situación semejante a la experimentada por la agenciada en este asunto, no sean igualmente víctimas de la indiferencia de entidades del sector salud.

Por esta razón, la Corte ordenará que las entidades demandadas, así como las encargadas de velar a nivel nacional por la garantía del derecho a la salud, dentro de la órbita de sus competencias, adopten todas las medidas necesarias para evitar que una situación semejante vuelva a presentarse en el futuro. Así, encuentra la Sala censurable no sólo la actitud de la EPS-S de variar las condiciones de prestación del servicio de salud en contra de la voluntad de la paciente, sino la indiferencia de las otras dos accionadas, ESE Metrosalud y Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, respecto de la situación de la agenciada. En este punto, encuentra la Sala necesario hacer entonces un llamado enfático a las accionadas y a las entidades del sector para que en lo sucesivo no vuelva a presentarse una situación semejante.

En el caso particular de la accionada COMFAMA EPS-S, esta Corporación ordenará que esta Institución adopte todas las medidas administrativas necesarias para asegurar que todos sus afiliados y afiliadas que se encuentren en las mismas condiciones de la agenciada en este asunto, Alba Marina Torres de Ortiz, vale decir, (i) ser una persona de la tercera edad;

(ii) que por deficiencias cardíacas y/o pulmonares requiera de la provisión de oxígeno; y
(iii) que su médico tratante hubiere prescrito el suministro de oxígeno de manera permanente, cuenten con la libertad de escoger entre la provisión del oxígeno en pipetas o en concentrador, en cualquier caso con cargo a los recursos de COMFAMA EPS-S. Vale decir, conforme a esta orden, una vez el médico tratante ha ordenado el suministro permanente de oxígeno, las EPS deberán informar a los pacientes y a sus familiares que cuentan con la posibilidad de elegir entre la provisión del gas en pipetas o mediante generador eléctrico, se insiste, con cargo a los recursos de la respectiva EPS.

De otro lado, esta Sala prevendrá a las demandadas ESE Metrosalud y a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, así como en general a todas las entidades del sector salud, para que en lo sucesivo, dentro del ámbito de sus competencias y en los términos de lo señalado en la parte motiva de esta providencia, cumplan plenamente con los deberes de protección y cumplimiento del derecho a la salud que les corresponden, con el fin de procurar que situaciones como la que dio lugar a la presente tutela, en el caso de la señora Alba Marina Torres de Ortiz, no se repitan en el futuro.

Por último, respecto de la reparación de aquellas lesiones derivadas de la afectación de la dimensión subjetiva de los derechos de los familiares de la agenciada, conviene precisar que la Sala se abstendrá de establecer en la presente sentencia lo referente a si en el caso concreto se presentó o no responsabilidad civil, penal, ética, médica o de cualquier otra índole. Por el contrario, advierte esta Corporación que estos asuntos deben ser resueltos en las instancias competentes. Como se sabe, en sede de tutela se busca evitar el desconocimiento del derecho y cuando ello no resulta posible, por cuanto el daño se ha consumado - como ocurrió en el caso bajo examen - entonces debe protegerse la dimensión objetiva de los derechos violados. No se pretende, por consiguiente, reparar el daño que como tal sufre el sujeto con ocasión del desconocimiento de sus derechos constitucionales - para efectos de lo cual existen las acciones pertinentes por la vía ordinaria -. Se pretende, más bien, evitar que estas situaciones de violación protuberante de derechos se repitan.[61]

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.- DECLARAR la carencia actual de objeto en el asunto de la referencia, por daño consumado.

Segundo.- REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la decisión emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, el día ocho de octubre de 2012, mediante la cual se niega la acción de tutela promovida por Raúl Torres Gutiérrez, como agente oficioso de Alba Marina Torres de Ortiz, para proceder, en su lugar, a dictar medidas de protección objetiva de los derechos constitucionales comprometidos.

Tercero.- ORDENAR a COMFAMA EPS-S que adopte todas las medidas administrativas necesarias para asegurar que todos sus afiliados y afiliadas que se encuentren en las mismas condiciones de la agenciada en este asunto, Alba Marina Torres de Ortiz, vale decir, (i) ser una persona de la tercera edad; (ii) que por deficiencias cardíacas y/o pulmonares requiera de la provisión de oxígeno; y (iii) que su médico tratante hubiere prescrito el suministro de oxígeno de manera permanente, cuenten con la libertad de escoger entre la provisión del oxígeno en pipetas o en concentrador, en cualquier caso con cargo a los recursos de COMFAMA EPS-S.

Cuarto.- PREVENIR a la ESE Metrosalud y a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, así como en general a todas las entidades del sector salud, para que en lo sucesivo, dentro del ámbito de sus competencias y en los términos de lo señalado en la parte motiva de esta providencia, cumplan plenamente con los deberes de protección y cumplimiento del derecho a la salud que les corresponden, con el fin de procurar que situaciones como la que dio lugar a la presente tutela, en el caso de la señora Alba Marina Torres de Ortiz, no se repitan en el futuro.

Quinto.- ADVERTIR al ciudadano Raúl Torres Gutiérrez, hermano de la agenciada, que puede acudir a las vías ordinarias a fin de que allí se resuelva si en el caso sub judice se presentó responsabilidad civil, médica, penal, ética o de otra índole.

Sexto.- INSTAR al Defensor del Pueblo y a la Superintendencia Nacional de Salud para que se adopten las medidas necesarias con el fin de asegurar que situaciones como la que dio lugar a la presente tutela, en el caso de la señora Alba Marina Torres de Ortiz, no se repitan en el futuro.

Séptimo.- INSTAR al Defensor del Pueblo para que efectúe el debido seguimiento del estricto cumplimiento de este fallo y remita a la Corte Constitucional un informe sobre el particular.

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

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

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS

A LA SENTENCIA T-199/13

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Imposibilidad de EPS de modificar las condiciones en que han prestado un servicio médico, insumo o medicamento mientras no haya sido autorizado por el respectivo médico tratante (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Vulneración por orden a EPS adoptar medidas administrativas necesarias para que usuarios cuenten con la libertad de escoger entre la provisión del suministro de oxígeno domiciliario en pipetas o en máquina generadora de oxígeno que funciona con energía eléctrica (Aclaración de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito aclarar mi voto en esta oportunidad, pues, aunque comparto el sentido general de la sentencia T-199 de 2013 -en cuanto declaró la carencia actual de objeto por daño consumado y revocó el fallo de instancia -, no estoy de acuerdo con las medidas que dictó la Sala en aras de proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales comprometidos en el asunto objeto de revisión.

A continuación, explico las razones que me motivan a aclarar mi voto con respecto a lo resuelto por la mayoría.

1. La sentencia T-199 de 2013 estudió la acción de tutela que promovió Raúl Torres Gutiérrez, actuando como agente oficioso de su hermana, Alba Marina Torres, con el objeto de que las entidades accionadas -Confama EPSS, ESE Metrosalud y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia - restablecieran el suministro de oxígeno en pipetas que esta requería para tratar una deficiencia cardiaca, de acuerdo con lo ordenado por su médico tratante.

2. Como fundamento de sus pretensiones, el agente oficioso relató que la señora Torres, de 71 años de edad, recibió el suministro de oxígeno en pipetas hasta agosto de 2012, cuando la EPSS demandada le informó que "estaba gastando mucho oxígeno" y que, por lo tanto, no se le enviarían más pipetas, sino oxígeno "para ser activado con luz eléctrica". Pese a que la señora Torres manifestó que no tenía cómo asumir los sobrecostos por el aumento del consumo de luz que produciría una pipeta eléctrica, la EPSS hizo caso omiso de esa solicitud y suministró oxígeno domiciliario de concentrador, que funciona con energía

eléctrica.

3. Al ser contactado en sede de revisión, el agente oficioso informó que su hermana falleció pocas semanas después de instaurar la acción de tutela, debido a los padecimientos de salud que venía presentando, y que durante sus últimos días de vida recibió oxígeno domiciliario en concentrador, gracias a que una vecina asumió el incremento en el costo del servicio de energía eléctrica.

4. Así, tras repasar la jurisprudencia constitucional sobre el carácter fundamental del derecho a la salud, la protección especial que merecen los adultos mayores y el contenido de la accesibilidad económica como componente del derecho a la salud, la sentencia T-199 de 2013 i) declaró la carencia actual de objeto por daño consumado; ii) revocó la sentencia de instancia, que había negado el amparo solicitado y, en su lugar iii) adoptó una serie de medidas destinadas a salvaguardar la dimensión objetiva de los derechos constitucionales comprometidos en este caso.

5. Como lo anticipé, acompañó la decisión de declarar la carencia actual de objeto y la revocatoria del fallo de instancia. Considero, así mismo, que la sentencia acertó al censurar el hecho de que las accionadas hayan supeditado el derecho fundamental a la salud de un sujeto de especial protección constitucional, como la señora Torres, a cargas económicas que desconocen el criterio de gastos soportables en la prestación de servicios de salud.

6. Pese a esto, estimo que las circunstancias fácticas verificadas en este asunto, concretamente, i) el que la decisión de cambiar el cilindro en pipetas por el cilindro eléctrico haya sido adoptada de manera unilateral por la EPSS accionada, sin considerar las objeciones formuladas por los familiares de la paciente; ii) el hecho de que, en sede de tutela, la EPSS hubiera justificado su conducta en la supuesta conveniencia que representaba para la señora Torres el cambio de la pipeta de oxígeno por el concentrador eléctrico y, iii) el trágico desenlace que dio lugar a que se estructurara en este caso la carencia actual de objeto, exigían un pronunciamiento contundente de la Sala acerca de la imposibilidad de que las EPSS modifiquen por su cuenta, e incluso sobre la base de “razones de conveniencia”, las condiciones en las que le han suministrado a sus afiliados determinado insumo o tratamiento.

7. En esa perspectiva, sugerí advertir sobre los graves perjuicios a los que se verían

expuestos los pacientes si las EPS contaran con la facultad de alterar unilateralmente las condiciones en las que ha prestado un servicio médico, un tratamiento, o aquellas en las que han entregado un insumo o un medicamento y prevenir a la accionada sobre la imposibilidad de asumir ese tipo de conductas en el futuro, sin contar con el aval del respectivo médico tratante, que es quien, en últimas, conoce al paciente y tiene los conocimientos científicos para determinar qué procedimiento, medicamento o insumo resulta más conveniente para tratar sus afecciones de salud.

8. La Sala, sin embargo, se limitó a advertir que la EPS-S demandada quebrantó los principios de buena fe y confianza legítima al “variar, de forma inconsulta e intempestiva, sin atender las precarias condiciones económicas de la agenciada, la modalidad del suministro del oxígeno, poniendo en riesgo no sólo la salud de la paciente sino su existencia misma en condiciones dignas (...)”, con lo cual, de nuevo, ligó la infracción iusfundamental verificada en este caso al hecho de que la paciente no contara con recursos para sufragar el aumento del consumo de luz que generaría el oxígeno de concentrador.

9. La pregunta que surge a partir de la tesis mayoritaria sería: ¿las EPS están habilitadas para modificar las condiciones en las que prestan servicios de salud cuando el cambio no implica una carga económica desproporcionada para el paciente? Considero que no. En mi concepto, el precedente constitucional que les reconoce a los medicamentos, diagnósticos, exámenes, intervenciones, cirugías e insumos ordenados por el médico tratante una fundamentabilidad concreta derivada del hecho de que hayan sido identificados por el profesional competente como las prestaciones necesarias para promover, proteger o recuperar la salud del paciente, impide que cualquier persona distinta de este profesional, es decir, del médico tratante, modifique las circunstancias en que se han reconocido dichas prestaciones.

10. Fue sobre ese supuesto, precisamente, que me opuse a que la Sala le ordenara a Confama EPSS “adoptar las medidas administrativas necesarias” para que las personas i) de la tercera edad; ii) con deficiencias cardíacas y/o pulmonares que requieran la provisión de oxígeno; y que iii) se encuentren ubicadas en los niveles uno o dos del SISBEN “cuenten con la libertad de escoger entre la provisión de oxígeno en pipetas o en concentrador”.

11. A mi juicio, el propósito que se persigue con esta orden – evitar que quienes se

encuentren en las mismas condiciones de vulnerabilidad que la accionante sufran la incertidumbre de ver sometida la prestación de su servicio de salud a las decisiones discretionales de una EPS- no se alcanza entregándoles a los pacientes la facultad de escoger entre la provisión de uno u otro insumo o medicamento, mucho menos, sobre la base de unos criterios que pueden resultar discriminatorios frente a otras personas que, al afrontar una situación semejante a la sufrida por la señora Torres, y siendo también sujetos vulnerables, no reúnan las exigencias indicadas en el fallo.

Una solución ajustada al principio de igualdad y a los valores superiores que aspira a salvaguardar la sentencia T-199 de 2013 habría propendido, más bien, por evitar que las EPS siguieran incurriendo en conductas arbitrarias como la verificada en esta ocasión, y, con ese objeto, las habría prevenido sobre la imposibilidad de modificar las condiciones en que han prestado un servicio médico mientras no hayan sido autorizadas para ello por el respectivo médico tratante.

Aunque tales sugerencias se formularon en la oportunidad respectiva, no fueron acogidas por la Sala. Por eso, presento aclaración de voto a la sentencia T-199 de 2013 en los términos expuestos.

Fecha ut supra

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Folio 6, cuaderno de instancia.

[2] Folio 6, cuaderno de instancia.

[3] Folio 6, cuaderno de instancia.

[5] Folios 28 y 29, cuaderno de instancia.

[6] Sentencia T-519 de 1992, reiterada, entre otras, en las sentencias T-100 de 1995; T-201 de 2004; T-325 de 2004; T-523 de 2006.

[7] Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 2006. Mediante esta sentencia le correspondió

a la Corte Constitucional pronunciarse sobre el caso de un señor de 79 años de edad quien en nombre propio y en el de su hija menor de edad solicitó la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida digna y a la igualdad que consideró habían sido desconocidos por la Secretaría Local del Municipio de Villavicencio al negarle el subsidio que le brinda el Ministerio de la Protección Social a los adultos mayores de 65 años que pertenecen al nivel 1 y 2 del SISBÉN. En el caso objeto de estudio, el accionante de 79 años de edad, quien pertenece al nivel 1 del SISBEN y manifiesta encontrarse en una apremiante situación económica junto con su hija – estudiante de 12 años de edad – y además incapacitado para trabajar debido a una lesión de su puño izquierdo, solicita ser incluido en el “Programa de Subsidios que otorga el Ministerio de la Protección Social a los adultos mayores de 65 años”, en el que lleva dos años inscrito sin que hasta el momento en que se interpuso la acción de tutela se le haya otorgado tal beneficio. En las consideraciones generales de la sentencia se pronunció la Corte sobre el deber de solidaridad a partir de la Constitución Nacional y más concretamente con fundamento en lo dispuesto por el último inciso del artículo 13 superior le corresponde a ejercer al Estado frente a las personas colocadas en especiales condiciones de indefensión como son aquellas que se encuentran en estado de indigencia. Con base en las pruebas solicitadas por la Corporación y allegadas al expediente, llegó a la conclusión la Corte que los hechos sobre los cuales se sustentaba la solicitud de tutela habían sido superados dentro del término que la Sala de Revisión disponía para la decisión.

[8] Sentencia T-722 de 2003.

[9] Sentencia T-722 de 2003.

[10] Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en su Voto Razonado en el caso Villagrán Morales y Otros versus Guatemala (caso de los “Niños de la Calle”, Reparaciones, 2001).

[11] Ibíd. párrafos 86-88.

[12] Acerca de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales puede verse, entre otras, las sentencias T-491 de 1998, C-053 de 2001, T-704 de 2006, T-576 de 2008.

[13] Ver, entre otras, las sentencias T-016 de 2007, T-173 de 2008, T-760 de 2008, T-820 de 2008, T-999 de 2008, T-566 de 10 y T-022 de 2011.

[14] Sentencia T-999 de 2008.

[15] Sentencia T-597 de 1993, reiterada en la sentencias T-454 de 2008, T-566 de 2010.

[16] En este mismo sentido, puede verse la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que “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. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”. ” Subrayado fuera del texto original. Cfr. Sentencia T-816 de 2008.

[17] Sentencia T-999 de 2008.

[18] Sentencia T-760 de 2008, M.P: José Manuel Cepeda Espinosa. “Al respecto dijo la Corte: en la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no”.

[19] Sentencia; T 838 de 2009.

[20] En la sentencia T-736 de 2004 la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere “(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.” En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Asimismo, en la sentencia T-538 de 2004 la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

[21] Sentencia T-760 de 2008.

[22] Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998, fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, “(...) toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista dentro del manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...”).

[23] El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-076 de 1999, y T-344 de 2002.

[24] Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992, la Corte ha considerado que el derecho a la salud es susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

[25] En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que “(...) es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)” que se necesitan. Sentencia T-736 de 2004.

[26] Sentencia T 018 de 2008 , M.P: Jaime Córdoba Triviño

[27] Sentencia T 018 de 2008, M.P: Jaime Córdoba Triviño

[28] Sentencia T 365/09, MP: Mauricio González Cuervo

[29] Sentencia T 745/09, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[30] Sentencia T 437/10, M,P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[31] La Ley 74 de 1968 incorporó a la legislación interna de Colombia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha proferido numerosos fallos en los cuales señala que los tratados internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto se pueden consultar, entre otras, la sentencia T-568 de 1999, en la cual esta Corporación catalogó a los derechos sociales como derechos humanos, con la proyección práctica de ubicarlos dentro del bloque de constitucionalidad. De otra parte, en la sentencia T-1319 de 2001, se dijo: “La Corte Constitucional considera que esos contenidos normativos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, son relevantes para resolver casos como el presente, en la medida en que (...) hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del mandato del inciso segundo del artículo 93, según el cual, los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados ‘de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’” y más adelante señaló: “En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta”. De igual manera, la sentencia C-551 de 2003, mediante la cual se revisó la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”, indicó que tratados internacionales ratificados por Colombia como los convenios de la OIT, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador, entre otros, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

[32] Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales, Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4. La Observación General 14 fue adoptada durante el 22º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A partir de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, la Corte Constitucional ha considerado que la doctrina autorizada proferida por instancias internacionales de derechos humanos (como el mencionado Comité) constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, en consecuencia, de los propios derechos constitucionales. Ver al respecto la sentencia T-1319 de 2001.

[33] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4: El

derecho a una vivienda adecuada (pár. 1 del art. 11 del Pacto), Consejo Económico y Social, Sexto período de sesiones, documento E/1991/23, 13 de diciembre de 1991.

[34] La observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, establece que los elementos de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad son elementos esenciales e interrelacionados con el derecho a la salud. En particular, y para el caso que nos ocupa, la accesibilidad supone que “[...] los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”. Así entendida, la accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas, a saber: (i) no discriminación; (ii) accesibilidad física; (iii) accesibilidad económica; y (iv) acceso a la información.

[35] Ver al respecto las sentencias T-884 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-739 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-223 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) T-905 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1228 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentaría), T-1087 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-542 de 2009 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-550 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-736 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[36] Acerca de la accesibilidad como componente del derecho a la salud también pueden verse, entre otras, las sentencias T-884 de 2003, T-217 de 2004, T-223 de 2005, T-1228 de 2005, T-542 de 2009, T-595 de 2009 y T-173 de 2012.

[37] En general, en relación con el valor normativo del precedente jurisprudencial la Corte se ha pronunciado, entre otras, a través de las siguientes sentencias: C-447 de 1997, SU-047 de 1999, C-252 de 2001, T-812 de 2006, T-1023 de 2006 y C-539 de 2011.

[38] Sentencia T-406 de 1992. En cuanto a la pérdida del valor sacramental de la ley bajo la Constitución Política de 1991 esta Corporación en la misma sentencia indicó: “Es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista

se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley" (Negrilla original).

[39] Sentencia C-447 de 1997. En relación con el deber de los jueces de seguir el precedente judicial y utilizarlo en la resolución de casos futuros análogos, a menos que justifiquen su decisión, esta Corte se ha pronunciado en las sentencias

[40] Acerca de la evolución de la jurisprudencia de esta Corte en materia de respeto al precedente judicial hasta 2001 y de la importancia del seguimiento del mismo en la perspectiva de procurar la unidad argumentativa y doctrinal por parte de los jueces, ver la sentencia C-252 de 2001.

[41] Sentencia T-1023 de 2006.

[42] Sentencia SU-047 de 1999.

[43] Sentencia T-1023 de 2006.

[44] Sentencia SU-047 de 1999.

[45] Sentencia T-1023 de 2006.

[46] "Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico". Sentencia C-539 de 2011.

[47] Sentencia C-539 de 2011 y T-656 de 2011. En esta última decisión, esta Corporación señaló: "Las autoridades judiciales pueden apartarse del precedente en algunas circunstancias en virtud de la autonomía que les reconoce la Constitución Política, empero tal alternativa siempre estará sometida a requisitos estrictos, como: i) presentar de forma explícita las razones con base en las cuales se apartan del precedente, y ii) demostrar con suficiencia que la interpretación brindada aporta un mejor desarrollo a los derechos y

principios constitucionales. Lo anterior se sustenta en que en el sistema jurídico colombiano el carácter vinculante del precedente está matizado, a diferencia de como se presenta en otros sistemas en donde el precedente es obligatorio con base en el stare decisis. Sin embargo, lo anterior no habilita a las autoridades judiciales para el ejercicio indiscriminado de su autonomía y, por ende, al desconocimiento injustificado del precedente. En esa medida, no podrán admitirse las posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente o sustenten un cambio jurisprudencial en el entendimiento particular que el juez o tribunal tenga de las normas aplicables al caso. En efecto, esta Corporación ha reconocido que las decisiones arbitrarias que desconocen de manera injustificada el contenido y alcance de una regla jurídica establecida por una alta corte, puede configurar el delito de prevaricato, ya que en esos casos el operador no solo se aparta del precedente judicial sino también del ordenamiento jurídico, pues, en los términos del artículo 230 de la Constitución, esos pronunciamientos hacen parte del concepto de ley en sentido material.”

[48] Sentencia T-812 de 2006. En el mismo sentido pueden verse las sentencias T-158 de 2006 y T-355 de 2007.

[49] Acerca del suministro de oxígeno en el marco del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado, esta Corporación se ha pronunciado, entre otras, en las sentencias T-736 de 2004, T-970 de 2008, T-1165 de 2008 y T-079 de 2009.

[50] Ya en la sentencia T-736 de 2004, la Corte encontró que constituye una violación del derecho a la salud la exigencia de pagos adicionales no previstos en la ley para la provisión de oxígeno. En tal oportunidad, una ESE solicitaba al paciente una consignación, a título de garantía, de doscientos mil pesos en efectivo, la firma de una letra de cambio por el mismo valor, y la suma de mil pesos diarios por concepto de alquiler de la bala de oxígeno. En tal oportunidad, este Tribunal concedió el amparo demandado, reiterando las consideraciones sobre la accesibilidad de los servicios de salud contenidas en la sentencia T-538 de 2004 mencionada.

[51] Sentencia T-722 de 2003.

[53] Folio 4, cuaderno de instancia.

[54] Folio 5, cuaderno de instancia.

[55] Folio 6, cuaderno de instancia.

[56] Cfr. Sentencias T-572 de 2002, T-573 de 2005, T-760 de 2008 (numeral 4.4.6.1), T-751 de 2009 y T-644 de 2010. Por ejemplo, en la sentencia T-573 de 2005 esta Corporación manifestó: ““La continuidad en la prestación del servicio público de salud se ha protegido no solo en razón de su conexión con los principios de efectividad y de eficiencia sino también por su estrecha vinculación con el principio establecido en el artículo 83 de la Constitución Nacional de acuerdo con el cual ‘Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas’. Esta buena fe constituye el fundamento sobre el cual se construye la confianza legítima, esto es, la garantía que tiene la persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez iniciado.”

[57] Folio 6, cuaderno de instancia.

[58] Folio 1, cuaderno de instancia.

[59] Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en su Voto Razonado en el caso Villagrán Morales y Otros versus Guatemala (caso de los “Niños de la Calle”, Reparaciones, 2001).

[60] Sentencia T-576 de 2008.

[61] Sentencia T-576 de 2008.