

DERECHO A LA SALUD-Protección por el Estado y los particulares

En reiterada jurisprudencia de esta Corporación se ha dispuesto que el derecho a la salud es un derecho fundamental de carácter autónomo. El artículo 49 de la Constitución Nacional señala que le “corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado Social de Derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución.

ACCESO A TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional para garantizar suministro de servicios médicos no incluidos en el POS

Para garantizar el acceso a los servicios de salud, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece el plan obligatorio de salud que tiene por finalidad la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido en reiteradas oportunidades que el amparo por vía de tutela del derecho a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios. En concordancia con el criterio jurisprudencial señalado, esta Corporación ha indicado que en los casos en que una Entidad Promotora de Salud –sea del Régimen Contributivo o Subsidiado- niegue a un menor el suministro de un medicamento, procedimiento o aditamento médico con

fundamento en la exclusión de éste del Plan Obligatorio de Salud respectivo, y con ello se cause una vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad, el juez de tutela podrá bajo determinadas condiciones, disponer la inaplicación de las normas que prevén tal exclusión, y en consecuencia, ordenar la prestación médica requerida.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Reiteración de jurisprudencia

Respecto a la carencia actual de objeto por hecho superado, se da cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado. En dicho sentido, no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para Corte en sede de Revisión incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Puede hacerlo sobre todo, si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado; incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por cuanto se realizó tratamiento de hemofilia

Referencia: expediente T-2.907.041

Acción de tutela presentada por Wilson Patiño en representación de su hijo Johan Andrés Patiño Rodríguez contra la E.S.E. Hospital Universitario San José de Pereira y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle, Luis Ernesto Vargas Silva, y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto (4º) de Familia de Pereira (Risaralda) el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diez (2010) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira-Risaralda el cinco (5) de noviembre de dos mil diez (2010).

I. ANTECEDENTES.

El señor Wilson Patiño, actuando en calidad de representante legal de su hijo Johan Andrés Patiño Rodríguez, instauró acción de tutela contra la E.S.E. Hospital Universitario San José de Pereira y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de su hijo.

La situación fáctica del expediente de tutela es la siguiente:

Hechos y pretensión.

1.- El demandante y su hijo residen en Pereira y no están afiliados a ninguna Entidad Promotora de Salud, al SISBEN ni a ningún otro tipo de seguro.

2.- Sostiene que su familia esta compuesta por sus dos hijos y el accionante. De igual manera, afirma que se encuentran desplazados de la vereda Tambos del municipio de San José de Palmar, desde el año 2003, viven en la ciudad de Pereira desde hace año y medio.

3.- Relata que su hijo de 16 años está en su casa, estable pero presenta hemorragia por la nariz y vomita mucho y come muy poco. Sostiene que por tal situación lo llevó al Hospital San Jorge para determinar que sufría, presentando una patología denominada hemofilia factor VIII. Manifiesta que el tratamiento de esa enfermedad es demasiado costoso, y las condiciones económicas del accionante son difíciles, es coterero y vive prácticamente de la

caridad de la gente.

Con fundamento en lo expuesto, el accionante solicita la tutela de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados a su hijo por E.S.E. Hospital Universitario San José de Pereira y la Secretaria de Salud Departamental de Risaralda. En consecuencia, pide que las entidades demandadas (i) brinden la atención médica que requiere su hijo, para el tratamiento adecuado de la hemofilia factor VIII, (ii) el tratamiento integral para su patología, incluyendo medicamentos, procedimientos, insumos y viáticos.

3. Intervención de las entidades demandadas

3.1.- E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

La E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira, actuando por intermedio de apoderado judicial sostiene que tal como se evidencia en los documentos anexos a la acción de tutela, al menor Johan Andrés Patiño Rodríguez le fue diagnosticado Hemofilia y el médico tratante le ordenó el medicamento denominado Factor VIII.

Afirma que respecto de las pretensiones solicitadas por el accionante el Hospital no tiene ofertado en su portafolio de servicios el suministro de medicamentos ambulatorios, motivo por el cual no se encuentra en capacidad de hacer entrega del mismo. Sostiene que corresponde a la Secretaria de Salud Departamental autorizar la entrega de dicho medicamento al paciente, pues es aquella quien tiene la obligación de garantizar la prestación de servicio de salud a la población pobre y vulnerable del Departamento.

Con lo dicho solicita el apoderado de la ESE se nieguen las pretensiones incoadas por el accionante en relación con la responsabilidad que pueda tener la ESE y en su lugar se ordene a la Secretaría Departamental de Salud de Risaralda, suministrar el medicamento y el tratamiento integral requerido por el menor.

3.2.- Secretaria Departamental de Salud de Risaralda.

Sostiene la Secretaría a través de su apoderada judicial que, revisada la acción de tutela no se tiene soporte médico de los procedimientos pretendidos por el accionante, situación que imposibilita determinar cuál es la prestación en salud más conveniente para la enfermedad que padece el menor Johan Andrés. Además considera que el Departamento no ha

vulnerando el derecho a la salud del menor ya que ésta se garantiza a través de la ESE Hospital Universitario San Jorge con cargo al contrato ínter administrativo No. 001 del 04 de enero de 2010 suscrito por el Departamento y la ESE y el cual tiene por objeto garantizar los servicios integrales de salud de mediana y alta complejidad a la población pobre no asegurada.

Por lo anterior, solicita denegar por improcedente la acción de tutela impetrada por el señor Wilson Patiño. Además considera que de ser procedente solicitar a la Secretaría de Salud Municipal de Pereira agilizar el proceso de asignación de una EPS dentro del régimen subsidiado al joven Johan a fin de que le garantice la atención en salud de manera integral sin tener que acudir a tramites administrativos.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

4.1.- Primera Instancia

El Juzgado (4º) de Familia de Pereira (Risaralda), en sentencia del veinticuatro (24) de septiembre de 2010, no accedió a las pretensiones planteadas en acción de tutela al considerar que no existe prueba de la negación del servicio médico, sin embargo ordenó a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, le suministrara los medicamentos y procedimientos que eventualmente pueda requerir el menor por las siguientes razones:

“ (...)

Por lo anterior y teniendo en cuenta que el citado adolescente no se encuentra afiliado a una EPS-S, como tampoco existe en el plenario prueba de la negación del servicio médico, se denegará la tutela; sin embargo y habida cuenta de la situación económica del accionante, se requerirá a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, para que por intermedio de las entidades con las cuales tenga contratados los servicios de salud, se le suministre el tratamiento, los medicamentos y procedimientos que eventualmente pueda requerir como consecuencia de la enfermedad que padece: además el tratamiento integral para dicha patología. Así mismo como de la actividad laboral del representante legal del accionante, (coter), se evidencia que es una persona de escasos recursos económicos, y atendiendo el principio de buena fe, se ordenará igualmente que en el evento de requerir trasladarse para otra ciudad se le suministren los viáticos para ello, tanto para él como para su representado.

(...) ”

4.2.- Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda) – Sala de Decisión Civil Familia, en sentencia del cinco (05) de noviembre de 2010 confirmó el numeral primero de la parte resolutive de la providencia que negó la tutela impetrada y a su vez revocó los numerales segundo y tercero de la parte resolutive por las siguientes razones:

“ (...) En este caso, tal como lo analizó el juzgado, no se advierte que el Hospital o la secretaría hayan negado la prestación de algún servicio al adolescente Johan Andrés; todo lo que informó su padre es que se determinó que era hemofílico factor VIII, pero no que a raíz de ese padecimiento se le hubiera restringido el acceso a los beneficios que dentro de la población vinculada tiene. Es más, no se conoce de ninguna solicitud que le hubiera dirigido a una u otra entidad, y mucho menos a la Secretaría de Salud para que se le prestara la atención por su enfermedad. (...)

De ahí que el numeral primero de la parte resolutive del fallo deba ser confirmado; no así el segundo que no puede mantenerse porque, se repite, el accionante no ha informado de la negativa de ninguna de las entidades accionadas a prestarle un servicio determinado. De manera que se revocará, no obstante que ello esté por fuera del alcance de la impugnación. (...) Tampoco puede avalarse el ordinal tercero, porque, de una parte, la orden que se impartió a la Secretaría de Salud del Departamento acerca de adelantar los trámites para asignarle una EPS-S al demandante no era lo que constituía el objeto de esta acción, es decir, que no fue solicitada por la parte interesada, lo que a todas luces se convirtió en una situación novedosa y sorpresiva para los accionados que, por tanto, no tuvieron la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses en ese sentido. Y de otra, porque como bien lo sustentó la impugnante, legalmente no es de su resorte llevar a cabo el proceso de afiliación de la población pobre y vulnerable 1que determine los potenciales beneficiarios al régimen subsidiado, acorde con lo reglado por la Ley 715 de 2001, en su artículo 44, aunado (sic) a lo prescrito en tal sentido por el Acuerdo número 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Acaso ello pueda corresponder a la Secretaria de Salud Municipal, pero se repite, la petición de amparo constitucional no venía encaminada, a tal eventualidad, ni esta última entidad ha sido vinculada al trámite. (...)”

5. Pruebas que reposan en el expediente.

-. Copia del reporte emitido por saludito.risaralda.gov.co donde registra que el señor Wilson Niño identificado con c.c. 15909105 se encuentra como desplazado con su grupo familiar que consta de cinco hijos dentro de los que se encuentra el joven Johan Andrés Mosquera. (Folio 4 cuaderno principal).

-. Copia del registro civil de nacimiento emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil del joven Johan Andrés Mosquera con NUIP M8V0253081. (Folio 5 cuaderno principal).

6. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional.

Mediante auto de dieciocho (18) de marzo de dos mil once (2011) la Sala de Revisión decretó pruebas tendientes a verificar la atención en salud efectuada por las entidades demandadas Hospital Universitario San José de Pereira y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda al joven Johan Andrés Patiño Rodríguez. Dentro de los documentos allegados en el término concedido por esta Corporación se encuentra:

-. Respuesta a oficio 257 del Secretario de Salud Departamental de Risaralda informando que el joven Johan Andrés Patiño Rodríguez se encuentra afiliado al SGSSS dentro del régimen subsidiado a través de la EPS S Caprecom. Además indicó que mediante comunicación telefónica con el señor Wilson Patiño padre del menor informó que su hijo fue atendido a través de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira por la doctora Ruiz Villa Maria Beatriz oncóloga pediatra. (Fls. 17-20 cuaderno tres)

-. Copia de la información del afiliado en la base de datos única de afiliación al sistema de seguridad social del Fosyga del Ministerio de Protección Social donde consta que el joven Johan Andrés Patiño Rodríguez identificado con TI No. 1004701298 se encuentra afiliado en el régimen subsidiado desde el 16 de diciembre de 2010 en el régimen subsidiado de Caprecom EPS. (Fl. 18 cuaderno tres)

-. Respuesta a oficio OPTB -258 de la asesora jurídica del Hospital Universitario San Jorge de Pereira en la cual informa que:

“(…) El menor John Harold Patiño Rodríguez, se encuentra vinculado a la EPS-S CAPRECOM desde el 01 de noviembre de 2010. Debido al antecedente presentado por el menor John

Harold (HEMOFILIA) fue hospitalizado en esta entidad en varias oportunidades el año pasado, quien fue valorado por todos los especialistas que requerido en su debido momento de acuerdo al diagnostico presentado. Su última atención en este centro hospitalario fue el pasado 27 de enero del año en curso, quien fue valorado por la doctora María Beatriz Ruiz Villa, pediatra hemato- oncóloga quien solicitó valoración reumatoidea más C3, C4, VS6, cuadro hematico. Solicita realización de procedimiento odontológico ante focos sépticos dentarios. Solicita paraclínicos reumatológicos. Se formula Factor VIII para procedimiento odontológico más la asignación para el mes I. (...)” (Fl. 21 cuaderno dos)

-. Copia de la epicrisis emitida por el Hospital Universitario San Jorge de Pereira respecto del menor John Harold Patiño Rodríguez con número de identificación 000001004701343, de 15 años de edad. (Fls. 22 a 42 del cuaderno tres)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De conformidad con los hechos antes relatados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si el Hospital Universitario San José de Pereira y/o la Secretaria de Salud Departamental de Risaralda , han vulnerado el derecho fundamental a la salud del joven Johan Andrés Patiño Rodríguez al no prestarle los servicios médicos necesarios para la enfermedad que padece y en consecuencia negarle (i) la atención médica que requiere para el tratamiento adecuado de la hemofilia factor VIII, y (ii) el tratamiento integral para su patología, incluyendo medicamentos, procedimientos, insumos y viáticos.

3. Breves consideraciones sobre el derecho a la salud.

En reiterada jurisprudencia emitida por esta Corporación se ha dispuesto que el derecho a la salud es un derecho fundamental de carácter autónomo¹.

El artículo 49 de la Constitución Nacional señala que le “corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado Social de Derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud². El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que ‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’.³

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen que: “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.”⁴

La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos,

Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, dispuso 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.”.”⁵

Con lo dicho se infiere que la salud tiene una doble connotación como derecho constitucional y como servicio público, en este orden todas las personas tienen la garantía constitucional ejercida por el Estado de prestar el servicio de salud conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. 6.

Bien vale la pena citar aquí un poco más en extenso algunos de los argumentos expuestos en la sentencia T-307 de 2006. Es importante esta referencia por cuanto resume algunas de las intervenciones de especialistas de distintas Facultades de Medicina del País en torno al concepto integral de salud.

“La garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad. En este último caso, ya no se busca una recuperación pues esta no se puede lograr. Se trata, más bien, de atenuar, en lo posible, las dolencias físicas que ella produce y de contribuir, también en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado con la enfermedad.” (negrilla fuera de texto)

4. Los supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional para garantizar el suministro de servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Conforme lo establece la Constitución Política y la Ley 100 de 1993, todas las personas tienen derecho a que se garantice el acceso a los servicios que requieran para conservar su salud, cuando se encuentre gravemente comprometida la vida digna e integridad personal, ámbito que ha sido denominado por la legislación el ‘aseguramiento en salud’ que comprende (i) la administración del riesgo financiero, (ii) la gestión del riesgo de salud, (iii) la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, (iv) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (v) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario (Ley 1122 de 2007).⁷

Para garantizar el acceso a los servicios de salud, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece el plan obligatorio de salud⁸ que tiene por finalidad la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido en reiteradas oportunidades que el amparo por vía de tutela del derecho a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.⁹

En concordancia con el criterio jurisprudencial señalado, esta Corporación ha indicado que en los casos en que una Entidad Promotora de Salud -sea del Régimen Contributivo o Subsidiado- niegue a un menor el suministro de un medicamento, procedimiento o aditamento médico con fundamento en la exclusión de éste del Plan Obligatorio de Salud respectivo, y con ello se cause una vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad, el juez de tutela podrá bajo determinadas condiciones, disponer la inaplicación de las normas que prevén tal exclusión, y en consecuencia, ordenar la prestación médica requerida. ¹⁰

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a que o bien se trata de (i) un sujeto que merece especial protección constitucional (niños y niñas, población carcelaria, tercera edad, personas que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o bien (ii) se trata de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y de suficiente relevancia constitucional, que permitan concluir cómo la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser amparado en sede de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación.¹¹

Por lo tanto, “los jueces deberán constatar en concreto la índole de la prestación reclamada y habrán de analizar con detalle la situación en que se exige su cumplimiento pues, (...) se trata de obligaciones cuya realización implica fuertes erogaciones económicas y en países con recursos escasos no puede perderse de vista la necesidad de fijar prioridades. De ahí que el vínculo entre la no prestación del servicio exigido y la afectación de la dignidad de la persona así como la falta de capacidad de pago constituyan criterios determinantes para que proceda la protección del derecho fundamental a la salud por vía de tutela cuando se trata de prestaciones no contempladas en los planes legales y reglamentarios de salud.”¹²

Esta Corte ha señalado que la exclusión de algunos medicamentos, procedimientos y servicios del plan obligatorio de salud se justifica en buena medida por las limitaciones presupuestales existentes en el contexto Colombiano, las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales, por lo que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en cualquiera de los planes de salud, cuando (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

Señaló este Tribunal en sentencia T-760 de 2008:

“En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, ‘(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere’.”(negrilla fuera de texto)

7. Aclaraciones sobre la carencia actual de objeto

No obstante, es necesario anotar que si bien la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela, relativa a lo solicitado en la demanda de amparo, no surtiría ningún efecto; esto es, “caería en el vacío”¹³, este fenómeno puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado.

Respecto a la carencia actual de objeto por hecho superado, se da cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado. En dicho sentido, no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para Corte en sede de Revisión¹⁴ incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Puede hacerlo sobre todo, si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado; incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.¹⁵

8. Estudio del caso concreto.

De conformidad con las pruebas que reposan en el expediente de tutela se tiene probado que:

i. El joven Johan Andrés Patiño Rodríguez padece una enfermedad denominada hemofilia factor VIII, y que para la fecha de la presentación de la acción de tutela el menor no estaba vinculado a ningún régimen contributivo o subsidiado de de salud, por cuanto su padre no posee los recursos económicos necesarios para la afiliación. (ver folios 1 y 2 del cuaderno principal);

i. Se encuentra acreditado que el joven está afiliado desde el dieciséis (16) de diciembre de 2010 al régimen subsidiado de salud Caprecom EPS-S. (ver folios 18 del cuaderno dos);

i. Según indicó el Secretario Departamental de Salud de Risaralda en respuesta al auto de pruebas decretadas en sede de revisión por esta Corporación, por comunicación telefónica con el señor Wilson Patiño padre del joven Johan Andrés, fue atendido a través de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira. (ver folio 17 cuaderno dos);

Vulneración de los derechos fundamentales y superación de la vulneración durante el trámite de revisión.

Con todo lo expuesto, se encuentra que de los hechos constatados por la Sala de Revisión la EPS-S Caprecom en la actualidad se encuentra atendiendo al joven Johan Andrés Patiño Rodríguez en salud, lo que denota que la posible vulneración al derecho fundamental a la salud, y a la vida digna del joven no se encuentran amenazadas por cuanto la solicitud de la intervención a través de la acción de tutela era para la protección a fin de que brindara la atención médica que requiere su hijo, para el tratamiento adecuado de la hemofilia factor VIII, y a su vez se le suministrara un tratamiento integral para su patología, incluyendo medicamentos, procedimientos, insumos y viáticos.

De lo expuesto, la Sala de Revisión considera que respecto las pretensiones del padre del joven Johan Andrés Patiño Rodríguez se configuran como un hecho superado por cuanto se encuentra afiliado a Caprecom EPS-S y ha sido atendido por el Hospital Universitario San Jorge de Pereira por la doctora Maria Beatriz Ruiz Villa oncóloga pediatra. En este orden el accionante en el trámite de revisión de tutela informó al Secretario de Salud Departamental de Risaralda que el joven se le están prestando los servicios médicos requeridos para su enfermedad, lo que obliga a determinar la carencia actual de objeto. Sin embargo, se prevendrá a Caprecom EPS-S a efectos de que garantice el tratamiento integral para la enfermedad que padece el menor.

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 carencia actual de objeto por hecho superado en el asunto de la referencia.

Segundo.- PREVENIR a CAPRECOM EPS-S a afectos de que continúe prestando la atención integral que requiere el menor Johan Andrés Patiño Rodríguez para la enfermedad que padece.

Tercero.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencias T-760 de 2008 T-650 de 2009. En esta providencia se dijo: "...la salud es un derecho fundamental autónomo cuando se concreta en una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, entendida esta última como uno de los elementos que le da sentido al uso de la expresión 'derechos fundamentales', alcance efectuado adicionalmente

en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art. 93 C.P.)”

2 Ver sentencia T-1182 de 2008 que cita: “El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.”

3 Ibídem.

4 Ibídem.

5 Ibídem.

6 Ver sentencias C-572 de 2003, C-1489 de 2000

7 Sentencia T-650 de 2009.

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

9 Sentencia T-576 de 2008.

10 Sentencia T-256 de 2002.

11 Ibidem.

12 *Ibíd.*

13 Ver sentencia T-309 de 2006.

14 Ver sentencia T-170 de 2009 que señaló “Esto se debe a que la Corte Constitucional, como Juez de máxima jerarquía de la Jurisdicción Constitucional tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.”

15 *Ibíd.*