

T-323-13

Sentencia T-323/13

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Fundamental autónomo

Le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas. Esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo. En ese sentido, la Sentencia T-760 de 2008, expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental. Ahora bien, teniendo en cuenta que la protección del derecho fundamental a la salud podría generar excepciones en la aplicación del régimen que se ha establecido en materia de seguridad social, el juez constitucional deberá observar para cada caso concreto, las circunstancias particulares del mismo.

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, EXAMENES O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

Toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Vulneración por EPS al no realizar cirugía a paciente enfermo de próstata

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Reiteración de jurisprudencia

Respecto a la carencia actual de objeto por hecho superado, la Corte ha indicado que el propósito de la acción de tutela se limita a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley. Sin embargo, cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde su razón de ser, pues en estas condiciones no existiría una orden que impartir.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Caso en que al accionante le fue realizada cirugía por médico particular

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para reembolso de gastos médicos

Respecto a la solicitud del accionante sobre la devolución del valor pagado por la cirugía de “laser verde” realizada, más el valor cancelado por copago a la EPS, la Sala no se pronunciará, dado que se trata de un proceso administrativo que deben asumir las partes y la pretensión resulta ser de índole económica, asunto frente al cual es improcedente la acción de tutela.

Referencia: expediente T-3.768.690

Acción de tutela presentada por el señor Hugo Carvajal Flórez, contra Sanitas EPS.

Derechos fundamentales invocados: A la salud y a la vida digna.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los

magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside –, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo único de tutela adoptado por el Juzgado Treinta y Uno (31) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, que denegó la acción de tutela promovida por el señor Hugo Carvajal Flórez, contra Sanitas EPS.

De manera preliminar debe anotarse que mediante auto del 15 de febrero de 2013, la Sala de Selección Número Dos seleccionó la presente tutela para que sea estudiada y analizada la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1 SOLICITUD

El señor Hugo Carvajal Flórez presentó solicitud de tutela contra Sanitas EPS, invocando la protección de su derecho fundamental a la salud, y a la vida digna, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al negarse a realizar el tratamiento integral para la diabetes, necesario para que se le practique una cirugía de prostatectomía que requiere con urgencia, pese a que fueron ordenados por su médico tratante, adscrito a la EPS.

##### 1.1.1 Hechos y razones de la acción de tutela.

1.1.1.1 El señor Hugo Carvajal Flórez cuenta con 71 años de edad, y desde hace 15 años padece de hipertensión arterial y diabetes mellitus, las cuales habían sido tratadas con medicamentos, y generalmente controlados por médicos generales y no por los especialistas en el tema.

1.1.1.2 Dice que desde hace más de un año presentó inflamación abdominal, estreñimiento, dolores e imposibilidad de miccionar, diagnosticándole hipertrofia prostática, razón por la cual, el 12 de enero de 2012 le implantaron una sonda, la cual debía cambiar en forma periódica según prescripción médica.

1.1.1.3 Manifiesta que ante ello, el médico especialista en urología adscrito a Sanitas EPS, le ordenó la práctica de una cirugía de prostatectomía, para lo cual, fue remitido a evaluación con la especialista en anestesiología, quien a su vez, conceptuó que la cirugía resultaba inviable debido a los niveles descontrolados de glicemia, lo que suponía un riesgo grave para su vida, por cuanto la diabetes en altos niveles genera problemas de coagulación.

1.1.1.4 Argumenta que a raíz de lo anterior, el tratamiento para la próstata se tornó inexistente, limitándose solo al cambio periódico de sonda, por lo que ha solicitado en reiteradas ocasiones cita con el especialista en urología, la cual ha sido imposible de conseguir.

1.1.1.5 Ante la imposibilidad de que la EPS le autorizara el procedimiento descrito, consultó a un médico especialista externo de la Unidad de Urología de la Fundación Santafé, quien le explicó las distintas alternativas de cirugía que ofrecen ventajas para pacientes en condiciones de riesgo por diabetes, hipertensión arterial, problemas renales y cardíacos, como la de “extracción de próstata por láser verde - láser holmio”. Dijo además, que la intervención con láser reduce al máximo el sangrado y, por lo tanto, los riesgos derivados de los problemas de coagulación; indicó que para ello era necesario un examen denominado cistoscopia y tomar un medicamento llamado duodart de forma ininterrumpida hasta realizar la cirugía para evitar complicaciones asociadas al tejido inflamado de la próstata.

1.1.1.6 Asegura que presentó un derecho de petición a Sanitas EPS el 20 de septiembre de 2012, solicitando: 1. Valoración por urología para determinar las alternativas quirúrgicas; 2. Cita con el especialista para el control de la diabetes; 3. Tratamiento integral para la diabetes; 4. Protección al derecho fundamental al diagnóstico mediante la realización del examen de cistoscopia; y, 5. Tener en cuenta la historia clínica y el dictamen del médico especialista externo.

1.1.1.8 Concluye que requiere urgentemente la práctica de cirugía de prostatectomía, por cuanto su salud se deteriora cada día más, sumado a que el uso por mucho tiempo de sonda, además de afectar su vida en condiciones digna, genera procesos infecciosos y bacterianos. Agrega que en una ocasión fue remitido de urgencia a la clínica

por fuertes dolores y la imposibilidad de evacuar, debido a que la sonda fue mal implantada.

1.1.1.9 En consecuencia, el accionante solicita que se le amparen sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y al diagnóstico, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, por lo tanto, solicita que se ordene a Sanitas EPS la protección al derecho fundamental al diagnóstico mediante la realización del examen de cistoscopia, para que sea valorado por urología a fin de determinar las alternativas quirúrgicas, teniendo en cuenta el dictamen del médico especialista externo; así mismo, se le brinde tratamiento integral con sus respectivos controles para la diabetes a través de los médicos especialistas en el tema.

## 1.2 TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Juzgado Treinta y Uno (31) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, admitió la tutela el 10 de diciembre de 2012, y corrió traslado a Sanitas EPS, para que especifique el tratamiento que se le viene suministrando al accionante para el manejo de la patología de diabetes mellitus; de igual forma, requirió a los doctores María Catalina Soto Niño, Alejandro Aparicio y Gonzalo Romero, para que indiquen los tratamientos que se le practican al demandante respecto de su patología de hipertrofia prostática, así como las razones por las cuales no le fue realizada la cirugía de extracción de próstata.

1.2.1 El doctor Alejandro Aparicio respondió mediante oficio del 13 de diciembre de 2012, que el paciente fue valorado el 19 de abril de 2012, cuyo diagnóstico fue de "Uropatía Obstructiva secundaria a obstrucción prostática con compromiso de la función renal asociado a retención de urinaria, por lo tanto el paciente ha sido manejado con sonda para proteger la función renal, se descartó carcinoma de próstata mediante biopsia y se encontró próstata de gran tamaño."

Igualmente, informó que para el manejo de hiperplasia prostática del paciente se recomendó "Prostatectomía abierta" y se le explicaron los riesgos y las complicaciones que se podrían generar; así mismo, se expidieron las órdenes correspondientes para la cirugía y valoración preanestésica. Sostuvo que al ser valorado por el anestesiólogo, se encontró descompensación de su diabetes, y se ordenó cita por endocrinología.

Concluyó que no se tuvo más noticias del paciente, y que a raíz de la interposición de la acción de tutela, se le asignó cita prioritaria con el médico endocrino para el día 19 de diciembre de 2012, a las 18:00 horas.

1.2.2 Mediante escrito del 13 de diciembre de 2012, Sanitas EPS manifestó que el señor Hugo Carvajal Flórez, se encuentra afiliado a esa entidad en calidad de beneficiario de la señora Helena Carvajal Santoyo, y solicitó que se le cubrieran los gastos para la realización de la cirugía denominada “extracción de próstata por láser verde - láser holmio”. Aclaró, que dicho procedimiento fue prescrito por un especialista en urología que no hace parte del equipo médico de Sanitas EPS, sino a una IPS no adscrita a la misma, cual es la Fundación Santa Fe de Bogotá.

Señaló que el paciente fue valorado por los especialistas adscritos a Sanitas EPS, quienes prescribieron el procedimiento quirúrgico denominado Prostatectomía Transvesical, y de conformidad, se expidieron las órdenes correspondientes.

Agregó que para la EPS no resulta procedente el cubrimiento económico de un tratamiento por fuera de su red de prestadores del servicio, de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 29 de 2011, en razón a que todas las IPS adscritas se encuentran habilitadas por parte de la Secretaría Distrital de Salud y cumplen con los requisitos de ley, sumado a que cuenta con los profesionales idóneos, y capacidades técnicas y científicas para velar por la salud de los usuarios en forma correcta y segura.

Concluye solicitando que se deniegue la acción de tutela impetrada contra Sanitas EPS, por el señor Hugo Carvajal Flórez.

1.2.3 Los doctores María Catalina Soto Niño y Gonzalo Romero, no se pronunciaron al respecto.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.3.1 Copia de la cédula de ciudadanía del señor Hugo Carvajal Flórez, donde consta que nació el 2 de junio de 1941, es decir cuenta con 72 años de edad (folio 15).

1.3.2 Copia de la afiliación a la E.P.S. Sanitas, del señor Hugo Carvajal Flórez, donde

consta que se encuentra afiliado desde el 20 de enero de 2012 (folio 15).

1.3.3 Copias de cuadros y controles de glicemia del señor Hugo Carvajal Flórez, (folios 65 al 68).

1.3.4 Copia de consulta por urgencia de la Fundación Cardio Infantil de Bogotá, de fecha 27 de enero de 2012 (folios 63 y 64).

1.3.5 Copia de los resultados de exámenes de laboratorio del señor Hugo Carvajal Flórez, realizados por la Clínica Colsanitas, de fecha 23 de febrero de 2012 (folios 61 y 62).

1.3.6 Copia de los resultados de Idime sobre ecografía renal y de vías urinarias realizadas al señor Hugo Carvajal Flórez, el día 1º de abril de 2012 (folios 59 y 60).

1.3.7 Copia del resultado de Idime sobre un tac abdominopélvico realizado al señor Hugo Carvajal Flórez, el día 1º de abril de 2012 (folio 58).

1.3.8 Copia del resultado de electrocardiograma realizado al señor Hugo Carvajal Flórez (folio 56 y 57).

1.3.9 Copia de la Ecografía Transrectal de Próstata con Biopsia realizada al señor Hugo Carvajal Flórez el día 22 de marzo de 2012 (folios 52 y 53).

1.3.10 Copia de los resultados de la biopsia de fecha 3 de abril de 2012 (folios 50 y 51).

1.3.11 Copia de resultados de laboratorio realizados al señor Hugo Carvajal Flórez, de fecha 9 de abril de 2012 (folios 48 y 49).

1.3.12 Copias de la radiografías renal y urinarias de fecha 16 de abril de 2012 (folios 45, 46 y 47).

1.3.13 Copia de resultados de laboratorio realizados al señor Hugo Carvajal Flórez, de fecha 2 de junio de 2012 (folios 43 y 44).

1.3.14 Copia de las autorizaciones de servicios expedidas por Sanitas E.P.S. donde se autoriza la cirugía al señor Hugo Carvajal Flórez, y el valor del copago que debe

cancelar, así como los exámenes de laboratorio y la valoración preanestesia de fecha 12 de junio de 2012 (folios 38, 39 y 40).

1.3.15 Copia de la consignación realizada a Sanitas E.P.S. por el señor Hugo Carvajal Flórez, de fecha del 7 de mayo de 2012 por un valor de \$504.700.oo, correspondiente al valor del copago del servicio quirúrgico de prostatectomía transvesical (folios 41 y 42).

1.3.16 Copia de la Historia Clínica del señor Hugo Carvajal Flórez, expedida el 14 de junio de 2012 (folios 36 y 37).

1.3.17 Copia de la valoración preanestesia realizada al señor Hugo Carvajal Flórez, el día 19 de junio de 2012 (folios 34 y 35).

1.3.18 Copia de los exámenes de laboratorio realizados al señor Hugo Carvajal Flórez, de fecha 13 de julio de 2012 (folios 31, 32 y 33).

1.3.19 Copia de la orden del plan de manejo para controlar los niveles de glicemia, del 16 de agosto de 2012, donde se recomienda subir la dosis de Glagina a 20 UI en la noche y Cristalina 6UI SC antes del desayuno y almuerzo (folio 30).

1.3.20 Copia de la consulta externa del 10 de septiembre de 2012, que realizó el señor Hugo Carvajal Flórez al doctor Mauricio Plata, médico Urólogo de la Fundación Santa Fe de Bogotá, donde le diagnosticó "UROPATÍA OBSTRUCTIVA" y deja constancia de que el paciente quiere "INTERVENCIÓN TASAS DE ÉXITO COMPLICACIONES RIESGOS BENEFICIOS QUIERE PENSAR EN CIRUGÍALASER COMO OPCIÓN" y se le ordena cistoscopia para definir la viabilidad del procedimiento (folio 29).

1.3.21 Copia del resultado de la cistoscopia del el día 4 de octubre de 2012, donde demuestra el crecimiento prostático para más de 3 campos endoscópicos, para lo cual se planteó opciones de prostatectomía abierta, y con laser requiriendo dos fibras para su realización. En el informe consta que se le explicó de ellas al paciente, quien estuvo de acuerdo con la segunda alternativa (folios 27 y 28).

1.3.22 Copia de la solicitud realizada por el señor Hugo Carvajal Flórez a Sanitas E.P.S., el día 20 de septiembre de 2012, en la cual pone en conocimiento los

resultados que arrojó la consulta con el doctor Mauricio Plata, y las alternativas quirúrgicas recomendadas. Por lo tanto, consideró que la EPS debía tener en cuenta las recomendaciones del especialista externo, y requirió la valoración inmediata por urología, a fin de que se consideraran las alternativas de la cirugía de “laser verde o laser holmio” (folios 69, 70 y 71).

1.3.23 Copia de la respuesta de Sanitas E.P.S. de fecha del 30 de octubre de 2012, donde se le informa al señor Hugo Carvajal Flórez que le fue autorizada la valoración por la especialidad de endocrinología, más no se pronuncia sobre la solicitud de alternativas de la cirugía de “laser verde o laser holmio” (folio 72).

1.3.24 Copia de la orden y autorización de servicios por urología expedida por Sanitas E.P.S. de fecha del 13 de noviembre de 2012 (folios 24, 25 y 26).

#### 1.4 DECISIONES JUDICIALES.

1.4.1 El Juzgado Treinta y Uno (31) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, mediante fallo del 19 de diciembre de 2012, negó el amparo solicitado, al considerar que en ningún momento Sanitas E.P.S. ha estudiado una alternativa de cirugía de “laser verde o laser holmio”, y por el contrario, no se le negó el servicio de cirugía de prostatectomía abierta, la cual fue suspendida por los niveles de glicemia que presentaba, requiriendo de un tratamiento previo para su control. Igualmente, consideró que al juez constitucional no le es dable ordenar un tratamiento o procedimiento que deba adelantarse para la recuperación del paciente, dado que eso le corresponde determinarlo a los médicos especialistas, como realmente se hizo. Y concluyó, que no se observó vulneración alguna por parte de Sanitas E.P.S.

No se observa apelación al fallo de sentencia.

## 2 ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1 Por vía telefónica el Despacho se comunicó con el señor Hugo Carvajal Flórez, quien al ser preguntado, si Sanitas E.P.S. le practicó la cirugía que le fuera ordenada el día 12 de junio de 2012, la cual fue suspendida debido a los niveles de glicemia que presentaba por lo que requería de tratamiento previo para su control, respondió que la cirugía de “laser

verde o laser holmio” le fue realizada a su costa por el doctor Mauricio Plata, médico urólogo de la Fundación Santa Fe de Bogotá el día 19 de febrero de 2013, como consta en los documentos que se anexan remitidos por fax el 16 de mayo de 2013 (folios del 6 al 26).

2.2 Igualmente remitió un escrito a este Despacho vía fax el día 16 de mayo de 2013, donde el accionante hace un recuento de los hechos, y reitera que Sanitas E.P.S., fue negligente y vulneró sus derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana, al aplazar el procedimiento quirúrgico de prostatectomía abierta, por los altos niveles de glicemia, para lo cual requería de un tratamiento con el especialista, el cual no se efectuó como tal, sino que fue realizado por médicos generales, por lo que a su consideración, el tratamiento para la próstata se tornó inexistente, dado que se limitaron al cambio periódico de la sonda. Agregó que solicitó en reiteradas ocasiones cita con el especialista en urología, la cual nunca se consiguió.

También asegura en su escrito, que los médicos que le realizaban el cambio de sonda le informaron que no existían tratamientos alternativos de cirugía para los pacientes con problemas de hipertensión y de glicemia. Por ello, consultó al especialista en Urología de la Fundación Santa Fe de Bogotá, quien le informó de la alternativa de “laser verde o laser holmio” por lo que de inmediato solicitó a Sanitas E.P.S. para que considerara esa opción quirúrgica.

Dice que ante la falta de pronunciamiento de Sanitas E.P.S., procedió, con la ayuda de sus hijos, a financiar la cirugía que se le practicó con éxito en el mes de febrero de 2013, motivo por el cual solicita:

1.- Se le ordene a Sanitas E.P.S. la devolución del valor pagado por la cirugía de “laser verde” realizada por el doctor Mauricio Plata en la Fundación Santa Fe de Bogotá, más el valor cancelado por copago a la EPS el día 7 de mayo de 2012, por un valor de \$504.700.00.

2.- Se ordene a Sanitas E.P.S. para que en lo sucesivo se le garantice la atención integral en salud, con los controles periódicos con especialistas, de acuerdo con su cuadro de salud actual HTA diabetes y problemas renales, así como la orden de brindar atención a las secuelas de su enfermedad prolongada de prostatectomía, a la incontinencia urinaria y a las

infecciones que le aquejan.

3.- Se le suministre por parte de Sanitas E.P.S. los medicamentos recetados para su recuperación ordenados por el especialista externo, entre los cuales se encuentran Duodart 0,5 mg., Detrusitol 4 mg., y Macrofantina.

4.- Entre los documentos que anexa como prueba, se encuentran: 1. Constancia de la cirugía realizada por el doctor Mauricio Plata; 2. Concepto de la evolución del paciente y las prescripciones médicas; y, 3. Las facturas del servicio de cirugía y demás, cancelados a la Fundación Santa Fe de Bogotá.

### 3 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### 3.1 COMPETENCIA.

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela.

#### 3.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a la Sala establecer si Sanitas E.P.S., vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana del señor Hugo Carvajal Flórez, al: (i) aplazarle en forma indefinida la operación de prostatectomía abierta, ordenada por su médico tratante, la cual fue suspendida por los altos niveles de glicemia, que requerían un tratamiento previo el cual era realizado por médicos generales; y (ii) desconocer la solicitud de diagnóstico mediante el examen de cistoscopia prescrito por un especialista externo a la EPS, para establecer la viabilidad de la cirugía por láser verde.

Dado que los problemas jurídicos que se plantean ya han sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, esta Sala de Revisión reiterará lo dispuesto por la jurisprudencia sobre la materia.

Para analizar y resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará los precedentes constitucionales agrupándolos de la siguiente forma: primero, el carácter fundamental del derecho a la salud; segundo, el derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad; tercero, la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar

el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud - POS; cuarto, carencia actual de objeto por hecho superado; por último, se analizará el caso concreto.

### 3.2.1 El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[1]

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”[2]

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta[3].

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como “... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”.

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[4].

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo

49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[5], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[6]

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la Jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En esta línea tenemos, por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993[7] y T-395 de 1998[8]. En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose presa, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

“Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cobija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial

de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.”

En la sentencia T-395 de 1998, la Corte aun sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, cuando al tratar una solicitud que se hiciera al ISS, acerca de un tratamiento en el exterior, se pronunció de la siguiente forma:

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en si mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”, en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo establece la sentencia T- 1081 de 2001[9], cuando dispuso:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007[10], amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que:

“la fundamentalidad de los derechos no depende - ni puede depender - de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. [11]

Por último, en la Sentencia T-760 de 2008, la jurisprudencia de esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” [12]

En este contexto se concluye, que estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.” [13]

### 3.2.2 Derecho fundamental autónomo a la salud de las personas de la tercera edad.

La Constitución Política señala expresamente en su artículo 13, el deber del Estado de implementar medidas encaminadas a garantizar la efectividad del derecho a la igualdad material. Atendiendo lo anterior, esta Corporación ha considerado a las personas de la tercera edad como un grupo merecedor de una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad.

Al respecto, la Corte ha manifestado:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran[14]”.(Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

Esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo[15]. En ese sentido, la Sentencia T-760 de 2008[16], expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la protección del derecho fundamental a la salud podría generar excepciones en la aplicación del régimen que se ha establecido en materia de seguridad social, el juez constitucional deberá observar para cada caso concreto, las circunstancias particulares del mismo.

3.2.3 La procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS.

Como ya lo habíamos señalado, la Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

El Plan Obligatorio vigente está conformado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, y actualizada mediante el Acuerdo 008 de 2009[17].

De otra parte, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece que “las Entidades Promotoras de Salud -EPS- en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” Esto comprende, entre otros, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y de la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Lo anterior quiere decir, que a partir de esta ley, la responsabilidad de las EPS es la de asegurar la prestación de los servicios de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio[18], (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.[19]

Como quiera que el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, señalando que es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.[20]

De esa forma la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, relacionado con la procedencia de los medicamentos y procedimientos no POS, que se encuentren expresamente dentro de las normas y los reglamentos antes citados.

Sin embargo, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha ordenado procedimientos por fuera del POS. Es el ejemplo de la Sentencia SU-480 de 1997[21], que estudió varios casos

de enfermos de VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena ante la negativa de suministrarles inhibidores de proteasa en la calidad y cantidad requeridos, con el fin de mejorar su calidad de vida. En ella la Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social eran de carácter prestacional, y sólo fundamentales en conexidad con el derecho a la vida. Añadió que “En el caso en el que dicho medicamento no esté contemplado en el listado oficial, pero esté de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale, aunque no esté en el listado (...) poner la paciente a realizar trámites administrativos y procedimientos judiciales para acceder al medicamento implica agravarle su estado de salud y por ende, poner en riesgo su vida”[22].

Posteriormente, la jurisprudencia constitucional consideró el derecho a la salud como fundamental, en los casos en que estaban involucrados sujetos de especial protección como, personas de la tercera edad, personas en condiciones de discapacidad y niños.

Es el caso de la Sentencia 1081 de 2001[23], con ocasión de la acción de tutela adelantada por un señor de 70 años al que su médico le había ordenado cirugía de catarata en el ojo derecho y la EPS se negó a suministrarle el lente intraocular y los medicamentos prescritos debido a que no estaban contemplados en el POS. En ella sostuvo, que “el derecho a la salud en los adultos mayores es un derecho fundamental y autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”.

Igualmente, la Sentencia T-069 de 2005[24] estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticada sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, por lo que le fue ordenada la utilización permanente de audífonos, para lo cual el actor solicitó a la entidad de salud el suministro de los elementos. Sanitas EPS emitió respuesta negativa indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos.

Siguiendo la misma línea de protección, en esa ocasión la Corte afirmó, que:

“la negativa de las entidades de salud en suministrar tratamientos, elementos y medicamento excluidos del POS a menores de edad, configura una vulneración a derechos

fundamentales esenciales, más aún cuando se trata de menores de edad que se encuentran en condición de discapacidad. En esa situación, se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección; “por una parte, por ser un menor de edad, cuyo derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela; y por la otra, por sufrir de una discapacidad, lo que lo hace sujeto de que el Estado, directamente o a través de los medios correspondientes, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta”[25].

Luego, en la Sentencia T-1331 de 2005,[26] se analizó el caso de una tutela interpuesta por el esposo de una señora de la tercera edad que sufría de hipertensión arterial, a quien el médico tratante le formuló determinados medicamentos que la EPS negó por cuanto no fueron prescritos por un médico adscrito a esa entidad. En ella, la Corte concedió el amparo de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, al considerar que debido a las características de especial vulnerabilidad de la agenciada por tratarse de un adulto mayor, el derecho a la salud es fundamental y autónomo el cual podía ser amparado por vía de tutela.

Ahora bien, la Corte en la citada sentencia se pronunció sobre el requisito según el cual los medicamentos deben estar formulados por el médico tratante adscrito a la EPS, y en donde el accionante alegó que debieron acudir a un médico particular, toda vez que en la red ofrecida por la EPS, no había la especialidad que requería la agenciada. Como quiera que la EPS no la desvirtuara, el Alto Tribunal Constitucional la dio por acreditada, y señaló que la falta de contratos con médicos especialistas no es justificación para que se omita la prestación de los servicios que requiere el paciente.

Es preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del plan obligatorio de salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico.

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante[27]”.

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la Sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de “necesidad” del paciente.

Posteriormente la Corte[28] aclaró, que requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, “requerir con necesidad”. En ella, precisó el concepto de “requerir”[29] y el de “necesidad”. Respecto al primero señaló que se concretaba en que “a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la

prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.[30]"

Este criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008[31], adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió cuando precisó que:

"toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona."[32]

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[33]

Igualmente ha indicado que "una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad."[34]

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del

derecho a la salud.[35]

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

En ese orden de ideas se puede concluir, que no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva y que se excluya la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta lo anterior, en principio, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrar los procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos que se requieran, siempre y cuando éstos sean vitales para preservar la salud y la vida en condiciones dignas de las personas.

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[36]

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.[37]

En ese orden de ideas se concluye, que toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera, y que no es posible que se aplique de manera restrictiva la reglamentación, y se excluya la práctica de procedimientos o intervenciones, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación restrictiva tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

### 3.3 CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO. Reiteración de jurisprudencia.

La naturaleza de la acción de tutela estriba en garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales. De modo que, cuando la amenaza a los derechos fundamentales de quien invoca su protección cesa, ya sea porque la situación que propiciaba dicha amenaza desapareció o fue superada, esta Corporación ha considerado que la acción de tutela pierde su razón de ser como mecanismo de protección judicial, en la medida en que cualquier decisión que el juez de tutela pueda adoptar frente al caso concreto carecerá de fundamento fáctico. De suerte que la Corte ha entendido que una decisión judicial bajo estas condiciones resulta inocua y contraria al objetivo constitucionalmente previsto para la acción de tutela[38]. En sentencia T-308 de 2003[39] se señaló al respecto:

“Esta Corporación, al interpretar el contenido y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, en forma reiterada ha señalado que el objetivo de la acción de tutela se circunscribe a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

Así las cosas, se tiene que el propósito de la tutela, como lo establece el mencionado artículo, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus acciones han amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa actual y cierta de los mismos.

Estas condiciones configuran el fenómeno denominado carencia actual de objeto, cuya característica esencial consiste en 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. Este

fenómeno puede presentarse a partir de dos sucesos que comportan consecuencias distintas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado.

Respecto a la carencia actual de objeto por hecho superado, la Corte ha indicado que el propósito de la acción de tutela se limita a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

Sin embargo, cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde su razón de ser, pues en estas condiciones no existiría una orden que impartir. [40] Así, la Sentencia T-096 de 2006[41] expuso:

“Cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.”

Frente a estas circunstancias la Corte ha entendido que:

“el hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela”[42].

En cuanto a la carencia actual de objeto por daño consumado, la Corte ha dicho que “supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela. En estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos. Igualmente, debe informar al demandante o a los familiares

de éste, sobre las acciones jurídicas de toda índole, a las que puede acudir para la reparación del daño, así como disponer la orden consistente en compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño.”[43]

Es pertinente entonces, verificar si, en el caso bajo estudio, la Corte se encuentra frente a la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado, para así establecer si existió o no vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, y si el fallo de los jueces de instancia respondió adecuadamente a los mandatos constitucionales y legales.[44]

#### 4 CASO CONCRETO

El accionante instauró una acción de tutela al considerar que se le estaban vulnerando sus derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, teniendo en cuenta que Sanitas E.P.S., le aplazó en forma indefinida la operación de prostatectomía abierta, ordenada por su médico tratante, la cual fue suspendida por dictamen del médico anesthesiólogo al encontrar altos los niveles de glicemia, y que requería con urgencia de un tratamiento previo para su estabilización. Dicho tratamiento no fue realizado por médicos especialistas a pesar de solicitarlo en reiteradas ocasiones, sino que fue atendido por médicos generales, cuyos resultados no arrojaron progreso en su salud, dado que no hicieron cambios en los medicamentos suministrados. En cuanto al manejo por urología, asegura que a partir de ese momento fue inexistente limitándose solo a la orden de cambio de sonda.

Por otro lado, consideró que se desconoció la solicitud de diagnóstico mediante el examen de cistoscopia prescrito por un médico especialista en urología, externo a la EPS, con el fin de establecer la viabilidad de que se le realizara la cirugía por láser verde, que ofrecía ventajas para pacientes en condición de riesgo por diabetes, hipertensión arterial, problemas renales y cardíacos.

##### 4.1 Existencia de un hecho superado en el caso concreto.

Antes de abordar el estudio de la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, es importante recordar que el pasado 16 de mayo del presente año, previa solicitud vía telefónica, el señor Hugo Carvajal Flórez informó a este despacho, que el día 19 de febrero de 2013, se le practicó una cirugía de “ablación prostática con laser de luz verde

sin complicación” realizada en la Fundación Santa Fe de Bogotá, por el doctor Mauricio Plata, médico especialista en urología y no adscrito a Sanitas E.P.S.

Se evidencia de las pruebas allegadas por el accionante, que el procedimiento se realizó en forma particular, y su costo fue asumido por el accionante. Así mismo, de la Historia Clínica del paciente se observa que su evolución refiere a que “Hay urgencia urinaria con incontinencia”.

No obstante, pese a la carencia de objeto por hecho superado, esta Sala seguirá adelante con el análisis del presente caso para determinar si existió una vulneración de las garantías superiores invocadas.

Para iniciar, la Corte considera que en el caso bajo estudio, hubo vulneración de los derechos fundamentales invocados por parte de Sanitas E.P.S., por cuanto:

En primer lugar, para esta Sala no son de recibo las excusas presentadas por la entidad accionada al manifestar que el accionante no se realizó la cirugía por una decisión voluntaria, dado que se evidencia dentro del expediente, que el actor solicitó en reiteradas oportunidades la cita con el especialista a fin de contar con el tratamiento indicado para la diabetes, la que le impedía acceder a la cirugía de próstata que requería con urgencia.

De esa forma, la EPS incumplió con su obligación de prestar los servicios que requería el señor Hugo Carvajal Flores, de control y seguimiento de su enfermedad en condición de riesgo por diabetes, hipertensión arterial y problemas renales, lo que ocasionó el retardo del procedimiento quirúrgico, sin tener en cuenta su condición de adulto mayor beneficiario de una protección especial constitucional.

En segundo lugar, el juez de tutela negó dentro del proceso de la acción de tutela, el amparo solicitado por el señor Hugo Carvajal Flórez, al determinar sin mayores consideraciones y sin realizar un análisis de las circunstancias particulares que rodeaban el caso, que (i) que en ningún momento Sanitas E.P.S. había considerado una alternativa de cirugía de “laser verde o laser holmio”, y por el contrario, se le autorizó el servicio de cirugía de prostatectomía abierta, la cual fue suspendida a causa de los altos niveles de glicemia, para lo cual, requería de tratamiento y control previo; (ii) consideró que no era competencia del juez constitucional ordenar un tratamiento o procedimiento para la recuperación del

paciente, dado que eso le correspondía a los médicos especialistas en determinarlo, sin tomar en consideración el estado de salud del paciente; y (iii) que no se observaba vulneración alguna por parte de la entidad accionada.

El juez de instancia no observó que se trataba de un adulto mayor, quien requería urgentemente un procedimiento quirúrgico, llamado “prostatectomía abierta” o por “laser verde” independientemente de cual hubiese sido el autorizado, el cual fue suspendido en forma indefinida por los altos niveles de glicemia que impedían la realización de la intervención. Además, no se percató en que los niveles de glicemia no mejoraban por negligencia en los controles de la entidad demandada, dado que no fueron realizados por los especialistas, y por ello, no se ordenaron otro tipo de medicamentos para mejorar su salud.

Consta en el expediente, que el señor Hugo Carvajal Flórez, venía padeciendo de hipertrofia prostática, desde enero de 2012, fecha en la cual, el especialista en urología adscrito a la EPS, le implantó una sonda, que debía ser cambiada periódicamente según la prescripción médica, para evitar procesos infecciosos y bacterianos.

Sumado a ello, es de conocimiento el deterioro y las limitaciones que se generan con el uso de éste tipo de elementos, afectando la vida del paciente en condiciones de dignidad, más cuando se trata de adultos mayores, que se espera que gocen de una protección especial del Estado, para que puedan disfrutar de una vida plena.

Visto lo anterior, para la Sala es evidente que en la presente situación se observa negligencia y descuido en el cumplimiento de las obligaciones legales por parte de Sanitas E.P.S. y, sobre todo, del deber de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por lo anterior, y pese a que se evidencia una carencia actual de objeto, se ordenará a Sanitas E.P.S. para que en lo sucesivo se le garantice al señor Hugo Carvajal Flórez, la atención integral en salud, con los controles periódicos con especialistas, de acuerdo con su cuadro actual HTA diabetes y problemas renales. Así mismo, se ordenará brindar atención a las secuelas de su enfermedad prolongada de prostatectomía, a la incontinencia urinaria y a las infecciones que le aquejan.

De igual manera, se ordenará a Sanitas E.P.S., para que realice un Comité Técnico Científico en el que se evalúe el suministro de los medicamentos Duodart 0,5 mg., Detrusitol 4 mg., y Macrofantina, ordenados por el médico especialista en Urología, y teniendo en consideración para ello que los medicamentos anteriormente formulados no resultan idóneos para su patología.

Por último, para la Sala es importante hacer un llamado de atención a Sanitas E.P.S., para que no vuelva a incurrir en conductas como las que dieron origen a la presentación de esta acción de tutela y garantice todos los servicios y el tratamiento integral de salud que requieran sus afiliados.

Ahora bien, respecto a la solicitud de accionante sobre la devolución del valor pagado por la cirugía de "laser verde" realizada por el doctor Mauricio Plata en la Fundación Santa Fe de Bogotá, más el valor cancelado por copago a la EPS el día 7 de mayo de 2012, por un valor de \$504.700.00, la Sala no se pronunciará, dado que se trata de un proceso administrativo que deben asumir las partes y la pretensión resulta ser de índole económica, asunto frente al cual es improcedente la acción de tutela.

## 5 DECISIÓN

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

### RESUELVE

PRIMERO.- Por las razones y en los términos de esta Sentencia, REVOCAR el fallo del 19 de diciembre de 2012, proferido por el Juzgado Treinta y Uno (31) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, que denegó el amparo solicitado interpuesto por el señor Hugo Carvajal Flórez contra Sanitas E.P.S.

SEGUNDO.- En su lugar DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado en la acción de tutela interpuesta por el señor Hugo Carvajal Flórez contra Sanitas E.P.S., por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO.- ORDENAR, a Sanitas E.P.S., por medio de la Secretaría General de esta Corporación, para que en lo sucesivo se le garantice al señor Hugo Carvajal Flórez, la

atención integral en salud, con los controles periódicos con especialistas, de acuerdo con su cuadro actual HTA diabetes y problemas renales, así como la orden de brindar atención a las secuelas de su enfermedad prolongada de prostatectomía, a la incontinencia urinaria y a las infecciones que le aquejan.

QUINTO.- PREVENIR a Sanitas E.P.S., para que no vuelva a incurrir en conductas como las que dieron origen a la presentación de esta acción de tutela y garantice todos los servicios y el tratamiento integral de salud que requieran sus afiliados.

SEXTO.- Por Secretaría General de ésta Corporación líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[2] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[3] Constitución Política, art. 13.

[4] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

[5] Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[6] Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[7] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[8]M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[9] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[10] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[11] Esta propuesta teórica fue inicialmente expuesta en sentencia T-573 de 2005 y posteriormente desarrollada en sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[12] Sentencia T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[13] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[14] Sentencia T-540 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[15] Sentencia T-096 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[16] Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[18] Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[19] Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

[20] Sentencia T-775 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[21] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[22] SU480 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero.

[23] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[24] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[25] Sentencias T-236 de 1998; T-1019 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[26] Humberto Antonio Sierra Porto.

[27] Sentencias SU-480 y T-640 de 1997, T-236 de 1998, SU-819 de 1999, T-1204 de 2000, T-683 de 2003, T-1331 de 2005, T-1083 de 2006 y T-760 de 2008, entre otras.

[28] Sentencia T-760 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[29] Sentencia T-1204 de 2000, se ordenó a Colmena Salud EPS realizar el servicio requerido, el cual era un examen de carga viral. "(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos."

[30] Sentencias T-760 de 2008, T-875 de 2008 y T-1024 de 2010.

[31] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[32] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[33] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[34] Sentencia T-1204 de 2000, reiterada en las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

[35] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[36] Sentencia T-1024 de 2010 MP. Humberto Sierra Porto, reiterada en las sentencias

T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

[37] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[38] Sentencia T-147 del 5 de marzo de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[39] Sentencia T-308 del 11 de abril de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil

[40] Ver sentencias T-608 de 1 de agosto de 2002, M.P. Dr. Manuel José Cepeda y T-552 de 18 de julio de 2002, M.P. Dr. Manuel José Cepeda.

[41] M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 14 de febrero de 2006.

[42] Sentencia SU-540/07 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[43] Sentencia T-060 de 2007

[44] La Corte ha señalado que en aquellos casos en los que se determine que la decisión del juez de instancia fue errada “debe procederse a revocar la providencia materia de revisión, aunque se declare la carencia actual de objeto, porque no es viable confirmar un fallo contrario al ordenamiento superior”