

Sentencia T-423/11

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE UN INTERNO QUE NO LO CONDUCEN A LA EPS PARA PRACTICA DE CIRUGIA

DERECHO A LA SALUD DEL INTERNO-Obligación del Estado de garantizar la prestación del servicio de salud a la población reclusa

PRINCIPIO ONUS PROBANDO INCUMBIT ACTORI/PRINCIPIO DE CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE TUTELA/JUEZ DE TUTELA-Facultad oficiosa para decretar las pruebas que considere necesarias

En sede de tutela, la regla según la cual corresponde al accionante probar todos los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo, debe aplicarse de manera flexible porque, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, éste sólo debe probar aquellos hechos que le sea posible demostrar. Cuando el demandado se encuentra en mejores condiciones para probar determinado hecho, así debe hacerlo. En todo caso, el juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos para conocer la realidad de la situación litigiosa de manera que no sólo está facultado para pedir informes a los accionados respecto de los hechos narrados en el escrito de tutela, sino que está obligado a decretar pruebas cuando persisten las dudas respecto de los hechos del caso estudiado.

PRESUNCION DE VERACIDAD EN TUTELA-Caso en que el INPEC no aportó prueba, siquiera sumaria, tendiente a desvirtuar la afirmación que al interno no le han realizado la cirugía

Si bien el INPEC manifestó al despacho del magistrado sustanciador que al hijo de la actora “ya se le realizó la cirugía que requería”, no aportó ningún elemento probatorio para sustentar esa afirmación. En igual sentido, Caprecom no probó que al agenciado se le hubiera realizado el procedimiento quirúrgico ordenado el 27 de septiembre de 2010. De hecho, según las pruebas aportadas por esa entidad, esa cirugía nunca se le realizó al paciente. De allí que la Sala concluya que al agenciado no le han practicado dicha cirugía en la medida en que, por un lado, el INPEC no aportó prueba, siquiera sumaria, tendiente a controvertir lo afirmado por la actora, a pesar de que tenía la carga de la prueba de controvertir lo manifestado en el escrito de tutela. Y por otro lado, Caprecom señaló que al hijo de la peticionaria nunca le realizaron la cirugía de osteosíntesis de metacarpianos.

Adicionalmente, la aseveración de la agente oficiosa, en el sentido de manifestar que no le han practicado a su hijo la cirugía de osteosíntesis de metacarpianos, goza de la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 porque, a pesar de que el juez de instancia ordenó a las entidades demandadas rendir informe sobre los hechos del caso concreto y de que el magistrado sustanciador hizo uso de sus poderes para solicitarles pruebas de oficio, el INPEC omitió injustificadamente enviar dichos documentos al juez. Sobre este punto es necesario aclarar que, aunque la fractura sufrida por el agenciado se produjo con anterioridad a su detención, pues éste se lesionó durante una riña callejera cuando se encontraba aún en libertad, el INPEC debe asumir la obligación de prestarle atención médica en la medida en que, conforme lo expuesto en el apartado 2.2.2 de esta sentencia, en el marco del ejercicio del poder punitivo, el Estado tiene la obligación de proteger y respetar los derechos a la salud, a la integridad personal y a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad. En este mismo sentido, la obligación de asegurarse que el agenciado reciba oportunamente la atención médica requerida, se deriva del derecho de todos los reclusos a obtener la recuperación de la salud, con independencia de si la enfermedad o la lesión se producen con anterioridad al momento de la privación de la libertad por parte del Estado.

Referencia: expediente T-2.915.465

Acción de tutela instaurada por Clara Mireya Patiño de Arboleda, actuando como agente oficiosa de su hijo Douglas Adrián Arboleda Patiño contra la Dirección Nacional Penitenciaria y Carcelaria, la EPS-S Comfama, Caprecom y la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró: Lina Malagón Penen

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las

previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela dictado por el Juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín en la acción de tutela instaurada por Clara Mireya Patiño de Arboleda, en calidad de agente oficioso de su hijo Douglas Adrián Arboleda Patiño contra la Dirección Nacional Penitenciaria y Carcelaria, la EPS-S Comfama, Caprecom y la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

La señora Clara Mireya Patiño de Arboleda, actuando como agente oficioso de su hijo Douglas Adrián Arboleda Patiño, instauró acción de tutela contra la Dirección Nacional Penitenciaria y Carcelaria (en adelante INPEC), la EPS-S Comfama (en adelante Comfama), la EPS-S Caprecom (en adelante Caprecom) y la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia (en adelante DSSA), con el objetivo de obtener la protección de los derechos fundamentales de su hijo a la salud, a la vida digna y a la igualdad, que habrían sido vulnerados como consecuencia de los siguientes:

1. 1 Hechos

1. El 26 de septiembre de 2010, el hijo de la peticionaria se involucró en una riña callejera durante la cual sufrió varias heridas. La Policía Nacional acudió al lugar de los hechos y, al percatarse de que el señor Douglas Adrián Arboleda Patiño tenía una orden de captura vigente, procedió a detenerlo.

2. Debido a las graves heridas que presentaba, la Policía Nacional procedió a llevarlo a la Unidad Hospitalaria San Javier en donde dictaminaron que, como el paciente presentaba “fracturas de 3, 4 y 5 metacarpianos de mano izquierda”¹, se requería “valoración por cirugía plástica”².

3. El día 27 de septiembre, el paciente fue remitido al Hospital Universitario San Vicente de

Paúl en donde el médico Santiago Ordóñez Arango ordenó la práctica de una cirugía denominada “osteosíntesis de metacarpianos”³. El hijo de la actora dio su consentimiento informado por escrito para que le fuera practicado dicho procedimiento⁴ y, finalmente, se solicitaron los suministros necesarios para realizar la cirugía⁵.

4. Sin embargo, según el dicho de la actora, su hijo fue trasladado el 28 de septiembre de 2010 al Centro de Reclusión de Bellavista, sin que ese procedimiento quirúrgico le fuera practicado. Adicionalmente, señala la peticionaria que, hasta la fecha, no ha recibido el tratamiento médico necesario para recuperarse de la fractura sufrida.

5. Actualmente, el actor se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Medellín.

1. 2. Intervención de las entidades demandadas

Mediante auto de 29 de octubre de 2010, el Juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, dispuso oficiar a las entidades demandadas a fin de que “rindan el informe correspondiente, en relación con la NEGATIVA en dar una respuesta clara, precisa y coherente al derecho de petición”⁶.

1. Intervención de la D.S.S.A

El Secretario Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia respondió la demanda señalando que el INPEC es la entidad responsable de “garantizar la prestación de servicios de salud a las personas privadas de la libertad”⁷, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia T-161 de 2007, según la cual, “independientemente de si la persona privada de la libertad lo ha sido por detención preventiva o como consecuencia de la imposición de una pena, tiene como derechos inalienables los de la vida, la salud y la integridad física, por los cuales debe velar el Estado, administrador de las cárceles (...), desde el momento de su ingreso hasta el instante mismo de su salida. Las directivas de los centros carcelarios deben adoptar todas las medidas y establecer las disposiciones internas indispensables con miras a garantizar a los reclusos que sus dolencias serán atendidas de manera oportuna y

adecuada”8.

En este sentido, señaló que el INPEC “presta los servicios de salud a las personas privadas de la libertad (...) por dos vías: La primera: la presta como atención básica o de primer nivel (...) al interior del establecimiento (...). La segunda: se presta con la red de apoyo de las IPS con las que se tiene contrato en el momento del requerimiento, la cual va desde primer a cuarto nivel de atención”9.

Por otra parte, respecto a la solicitud de la exoneración de copagos realizada por la actora, manifestó que la DSSA “no está obligada a sufragar por el/la accionante los copagos, toda vez que no estaría ejerciendo sus funciones conforme”10 al decreto 2357 de 1995, expedido por el Ministerio de Salud, según el cual se autoriza el cobro de los copagos.

En este mismo sentido, afirmó que la DSSA no tiene la competencia para exonerar a una persona del pago de los copagos, pues se trata de dineros que son recaudados por las IPS.

En consecuencia, solicitó al juez de tutela exonerar a la DSSA de Antioquia.

1. Intervención de Comfama

La representante legal de Comfama respondió la demanda señalando que a esa entidad “le corresponde prestar todo aquello que esté incluido en el POS - Subsidiado regulado en el acuerdo 08/09. Lo solicitado en esta acción no está incluido, por lo que la atención es competencia de los recursos de subsidio a la oferta administrados por las DSSA”11.

En efecto, el hijo de la actora, que está afiliado a la EPS-S Comfama desde el 01/04/2010, presenta “fracturas de metacarpianos mano izquierda”12 y requiere “osteosíntesis de metacarpianos”13, procedimiento que, de conformidad con el artículo 61 del Acuerdo 8 de 2009 expedido por la CRES, se encuentra expresamente excluido del POS-S.

En esta medida, señaló que el tratamiento “en concordancia con la resolución 5334 de 2008, (...) no figura peticionado a la EPS, y en los soportes anexos no se evidencia respuesta expresa de la DSSA a la solicitud del mismo o constancia de la IPS del trámite de éste ante dicha Dirección, conforme lo establece la resolución 5334 de 2008 del Ministerio de la

Protección Social, en sus artículos 2 y 3, que define que los servicios NO POS-S deberán ser prestados por las IPS solicitante, y en caso de no hacerlo – por no contar con ellos, o por no tenerlos habilitados, o por no tener contrato con la dependencia gubernamental –, será la propia [IPS] la encargada de tramitar el servicio ante la DSSA, quien a su vez está obligada a pronunciarse (autorizándolo o negándolo) y en caso de silencio, dicha IPS deberá por lo menos tener constancias de que lo tramitó. Ahora bien, en caso de que la DSSA niegue los servicios o no se pronuncie oportunamente sobre los mismos, y la IPS solicitante certifique dicho silencio administrativo con carta y sello de recibido ante la DSSA, el CTC de Comfama procederá a evaluar la solicitud de dichos servicios”¹⁴

El médico Carlos Humberto González Arenas, adscrito a la EPS-S Comfama, “con fundamento en la orden de servicio anexa con la solicitud de tutela”, informó que esas fracturas “se producen habitualmente por traumatismos indirectos al ejercerse una fuerza en el eje axial o al dar un golpe de puño, quedando con dolor difuso de la mano y localizado en el foco de fractura (one finger pain); la mano habitualmente se edematiza rápidamente (mano en empanada) y aparecen equimosis tardías en la palma y dorso. Los desplazamientos más importantes a considerar en las fracturas de los metacarpianos son la angulación y el acortamiento; la angulación habitualmente dorsal puede ser fácilmente corregida con tracción del dedo correspondiente y presión digital a nivel del foco de fractura. El acortamiento que habitualmente es mínimo puede ser muy bien tolerado dejando una función normal; en este caso debe advertirse al paciente que en la estética de su mano puede aparecer un nudillo del dedo correspondiente, al hacerse menos prominente la cabeza del metacarpiano cuando las articulaciones metacer-pofalángicas se flectan (mano empuñada). El ortopedista solicita osteosíntesis de metacarpianos”¹⁵.

Por otro lado, afirmó que como el hijo de la actora se encontraba privado de la libertad, correspondía a Caprecom, entidad “con la cual el INPEC tiene contratada la prestación en salud para la población carcelaria”¹⁶.

Por estos motivos, solicitó al juez de tutela exonerar a Comfama. Sin embargo, en caso de “imponer prestaciones NO POS - S a [esa EPS-S], se solicita recobro del 100%, pues no se puede extender al tratamiento integral el recobro del 50%, ya que el literal j del artículo 14 sólo lo dispone para el servicio NO POS que origina la tutela y no al tratamiento integral. Como la prestación del servicio NO POS - S genera el cobro de cuota de recuperación,

conforme a lo dispuesto en el Decreto 2357 de 1995 artículo 18 numeral 4, se solicita al juzgado que de manera expresa se exonere al afectado del pago de dicha cuota”17.

1. Intervención de Caprecom

La Directora Territorial Encargada de Caprecom, respondió la demanda manifestando que “se suscribió el contrato de aseguramiento No. 1172 de 22 de julio de 2009, entre [el INPEC] y CAPRECOM, cuyo objeto es `el aseguramiento al régimen subsidiado de salud de la población reclusa que se encuentra recluida en establecimientos de reclusión a cargo de el INPEC, y cuya afiliación esté a cargo del INPEC, y a los menores de 3 años que convivan con sus madres en los establecimientos de reclusión, según lo establecido en el Decreto 1141 de 1 de abril de 2009”18 y la Ley 1122 de 2007.

Por otro lado, “CAPRECOM no está en la obligación de atender las prestaciones requeridas por el personal interno dentro de los establecimientos de reclusión cuando estas no se encuentran incluidas dentro del POS - S y que por tal razón están a cargo del INPEC, LA EVALUACIÓN POR CIRUGIA PLASTICA y de ORTOPEDIA en este caso por hacer parte de los dedos de la mano. Esta entidad atiende lo que corresponde a la muñeca y demás partes del cuerpo”19.

Además, señaló que no era cierta la afirmación de la accionante según la cual entre la EPS -S Caprecom y el INPEC no había contrato, pues “mediante la Resolución No. 2082 de 28 de octubre de 2010, la Alcaldía de Medellín, garantizó la continuidad del aseguramiento en salud de los [380.000] afiliados con la EPS - S Caprecom, y por ello dispuso la contratación y la asignación TRANSITORIA a CAFESALUD a partir de noviembre de 2010, pero en nada se involucra a la POBLACIÓN DEL INPEC”20.

Por estas razones, solicitó desvincular a Caprecom de la presente acción. Como petición subsidiaria, en caso de condenar a esa entidad a prestar el servicio, pidió “se conceda el recobro del 100% de los gastos en que se incurra con cargo a la póliza de aseguramiento del INPEC suscrita con AURORA S.A.”21.

Por otra parte, mediante escrito de 19 de noviembre de 2010, la Subdirectora de Caprecom,

respondió nuevamente la acción de la referencia señalando que el hijo de la actora se encuentra privado de la libertad en el establecimiento penitenciario de Bellavista en Medellín y que, en esta medida, es beneficiario del objeto del contrato de aseguramiento No. 1172 de 2009.

Sobre este punto, informó que, según su historia clínica, el hijo de la peticionaria requiere “INTERCONSULTA MÉDICA ESPECIALIZADA AMBULATORIA O INTRAHOSPITALARIA CONSULTA EXTERNA - ORTOPEDIA, servicio que fue autorizado por CAPRECOM mediante formato NUA 2404470 de fecha 17 de noviembre de 2010, por tratarse de un servicio incluido en el POS - S que de conformidad con el contrato No. 1172 de 2009 corresponde a Caprecom”²². Sin embargo, “únicamente después de que el paciente sea valorado por el especialista será posible determinar la conducta médica a seguir y la necesidad de la cirugía de osteosíntesis”²³.

En todo caso, si el paciente llega a “requerir para el tratamiento de la patología presentada servicios que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS - S, éstos deberán ser prestados por el INPEC, de acuerdo a lo pactado en el citado contrato de aseguramiento”²⁴.

Teniendo en cuenta estos hechos, “Caprecom no ha vulnerado derecho alguno del paciente”²⁵ y, en consecuencia, debe desvincularse a esa entidad de la presente acción de tutela.

1. Intervención del INPEC

Por fuera del término legal, el INPEC informó cuál es el “procedimiento acordado (...) en tratándose de atención médica a los internos por parte de Caprecom o en su defecto por la aseguradora La Aurora S.A.”²⁶.

Así, señaló que, cuando se trata de una acción de tutela instaurada contra un establecimiento carcelario donde no existe IPS, el establecimiento carcelario se comunica con la División de Salud del INPEC “a fin de determinar si el objeto de la acción de tutela es por servicios POS-S o NO POS-S”²⁷.

Si se trata de un caso excluido del POS -S, la División de Salud del INPEC tramita ante “la póliza suscrita con (...) La Aurora S.A. el correspondiente respaldo económico”²⁸.

En cambio, si el servicio hace parte de ese plan de salud, Caprecom tramita y envía “al establecimiento carcelario, las autorizaciones correspondientes, previo diagnóstico médico de los hechos que conforman la acción de tutela”²⁹.

Por otra parte, cuando se trata de una acción de tutela instaurada contra un establecimiento carcelario donde existe IPS administrada por Caprecom, “el establecimiento carcelario [comunica] de manera inmediata los hechos de la demanda a la Dirección Territorial de Caprecom y a la Enfermera Jefe del área de sanidad administrada por Caprecom, quienes [determinan] si el servicio de la tutela es POS - S o No POS - S”³⁰.

Cuando el servicio está incluido en el plan obligatorio de salud, se solicita a “la Oficina de Autorizaciones”³¹ la autorización para su prestación.

Por el contrario, si el servicio está excluido del POS - S, el establecimiento carcelario debe solicitar “el correspondiente respaldo económico para la prestación del servicio”³² ante la División de Salud o ante la aseguradora La Aurora S.A.

1. 3. Actuaciones surtidas ante la Corte Constitucional

Mediante auto de primero (1) de abril de 2011, el magistrado sustanciador resolvió:

“Primero.- Por la Secretaría General de esta Corporación, se oficie a la señora Clara Mireya Patiño de Arboleda, ubicada en la Calle 47 E No. 98 A - 31, Apto 201, Edificio La Estación en el barrio San Javier, Medellín, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente auto, responda a este despacho las siguientes preguntas:

1. ¿Ya le practicaron a su hijo la cirugía de osteosíntesis de metacarpianos, ordenada por el médico adscrito al Hospital Universitario San Vicente de Paúl, el día 27 de septiembre de 2010?

2. ¿Cuál es el tratamiento médico que su hijo ha recibido para atender la fractura de mano que sufrió?

3. ¿Se encontraba afiliado su hijo a la EPS -S Comfama, con anterioridad a su detención por parte de la Policía Nacional o fue afiliado por el INPEC? Adjunte carné de afiliación u otro documento que pruebe su dicho.

4. ¿Por qué instauró la acción de tutela que dio origen al presente proceso actuando como agente oficioso de su hijo? Señale las razones por las cuales considera que su hijo no podía, por sí mismo, instaurarla.

Segundo.- Por la Secretaría General de esta Corporación, se oficie a Comfama, ubicada en la Carrera 45 No. 49 A - 16, Medellín, para que el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente auto, responda las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son las consecuencias de no haberle practicado al paciente Douglas Adrián Arboleda Patiño, identificado con la cédula No. 89.008.049 de Armenia, la cirugía de osteosíntesis de metacarpianos?

2. ¿Es todavía procedente y necesaria la realización de dicha cirugía, pese a que el paciente sufrió la fractura en el mes de septiembre de 2010?

3. ¿Cuál es el tratamiento médico que se le debe prescribir en la actualidad al paciente Douglas Adrián Arboleda Patiño, identificado con la cédula No. 89.008.049 de Armenia?

4. ¿Desde qué fecha se encuentra afiliado el señor Douglas Adrián Arboleda Patiño, identificado con la cédula No. 89.008.049 de Armenia, a Comfama? ¿En qué calidad se encuentra afiliado?

Tercero.- Por la Secretaría General de esta Corporación, se oficie a Caprecom, ubicada en la Carrera 69 No. 47-34, Bogotá, para que el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente auto, responda las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son las consecuencias de no haberle practicado al paciente Douglas Adrián Arboleda Patiño, identificado con la cédula No. 89.008.049 de Armenia, la cirugía de osteosíntesis de metacarpianos?
2. ¿Es todavía procedente y necesaria la realización de dicha cirugía, pese a que el paciente sufrió la fractura en el mes de septiembre de 2010?
3. ¿Cuál es el tratamiento médico que se le debe prescribir en la actualidad al paciente Douglas Adrián Arboleda Patiño, identificado con la cédula No. 89.008.049 de Armenia?
4. ¿Por qué no se le ha practicado al paciente la “INTERCONSULTA MÉDICA ESPECIALIZADA AMBULATORIA O INTRAHOSPITALARIA CONSULTA EXTERNA – ORTOPEDIA, servicio que fue autorizado por CAPRECOM mediante formato NUA 2404470 de fecha 17 de noviembre de 2010, por tratarse de un servicio incluido en el POS – S que de conformidad con el contrato No. 1172 de 2009 corresponde a Caprecom”³⁵, de conformidad con lo afirmado por Caprecom en la contestación de la demanda?

Cuarto.- Por la Secretaría General de esta Corporación, se oficie al INPEC, ubicado en la Calle 26 No. 27 – 48, Bogotá, para que el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente auto, responda las siguientes preguntas:

1. ¿En qué establecimiento carcelario se encuentra recluso el señor Douglas Adrián Arboleda Patiño, identificado con la cédula No. 89.008.049 de Armenia?
2. ¿Existe en ese establecimiento carcelario una IPS?
3. ¿Afilió el INPEC al señor Douglas Adrián Arboleda Patiño, identificado con la cédula No. 89.008.049 de Armenia, al Sistema General de Seguridad Social en Salud? De responde afirmativamente a esta pregunta, señale a que EPS – S lo afilió, en que fecha y en que calidad.
4. ¿Cuál es el tratamiento médico que ha recibido el señor Douglas Adrián Arboleda Patiño, identificado con la cédula No. 89.008.049 de Armenia, para atender la fractura de mano que sufrió en septiembre de 2010?

5. ¿Por qué no se le ha practicado al paciente la “INTERCONSULTA MÉDICA ESPECIALIZADA AMBULATORIA O INTRAHOSPITALARIA CONSULTA EXTERNA – ORTOPEEDIA, servicio que fue autorizado por CAPRECOM mediante formato NUA 2404470 de fecha 17 de noviembre de 2010, por tratarse de un servicio incluido en el POS – S que de conformidad con el contrato No. 1172 de 2009 corresponde a Caprecom”³⁶, de conformidad con lo afirmado por Caprecom en la contestación de la demanda?

“Primero.- Ordenar que por Secretaría General se oficie al señor FABIÁN MONTAÑO CASTRO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94316323, domiciliado en la Calle 91 No. 26 U – 12, Santiago de Cali, Valle del Cauca, para que, en un término de cuatro (4) días a partir de la notificación de este auto, informe a este Despacho si recibió la atención médica solicitada en la acción de tutela que interpuso el 19 de abril de 2010”³⁷.

Dentro del término legal, la actora informó a este Despacho que su hijo sufrió una “lesión de la mano izquierda [y], hasta la fecha, no se ha practicado ninguna cirugía. Solo se le hicieron tratamientos de curación de heridas, pero ninguna intervención quirúrgica”³⁸.

En este mismo sentido, señaló que hasta la fecha, “no ha sido posible llevar a cabo ningún tratamiento que permita la recuperación de la mano, encontrándose los 4 dedos de la mano sin movimiento, ni fuerza para coger nada, porque fue imposible la asistencia médica oportuna”³⁹.

Finalmente, la petente afirmó que procedió “a actuar como agente oficioso de mi hijo, a instaurar la tutela, por el precario estado de salud que atravesaba mi hijo, por la gravedad de su lesión que ameritaba la cirugía (...). Principalmente por la dificultad y falta de atención con que se trató este problema, por parte de los médicos encargados, procedí a colocar la tutela. El concepto clínico que emitieron en sanidad de la cárcel en este momento, es que la mano se perdió y que ya no hay nada que hacerle”⁴⁰.

Por su parte, Comfama sostuvo que el hijo de la actora “desde el 01 de diciembre de 2010 no es afiliado de [esa entidad] al haber pasado a Caprecom EPS del régimen subsidiado en salud a través del [INPEC], tal como consta en reporte de la base de datos única de afiliación del Ministerio de la Protección Social, en donde aparece activo en Caprecom desde el 28 de septiembre de 2010”⁴¹.

Adicionalmente, Caprecom aseguró que “autorizó mediante NUA 2430137 del 22 de noviembre de 2010, RX lateral de mano y mediante NUA 2909197 de fecha 03 de marzo de 2011, (...) expidió a favor del paciente consulta por ortopedia, servicios que se encuentran dentro del [POS]. Es de informar al despacho que tal como se observa en dichas autorizaciones, estas tienen fecha de expedición el 17 y 22 de noviembre de 2010 y 03 de marzo de 2011, remitidas en dichas oportunidades al Establecimiento Carcelario para efectos de la movilidad o conducción del interno - paciente, previa la programación de las citas médicas que corresponde realizar al INPEC”⁴².

Sobre este punto, aclaró “que posterior a las evaluaciones médicas ordenadas en las autorizaciones (NUA citados), sería posible determinar la conducta médica a seguir por el especialista tratante, competente para determinar la viabilidad o no del procedimiento quirúrgico, que además para el caso concreto (...), es un procedimiento NO POS-S, cuya competencia contractual (...) es a cargo del INPEC (Aseguradora Aurora S.A.)”⁴³.

Adicionalmente, aseguró que no podía responder a las demás preguntas formuladas por el magistrado sustanciador sin consultar la historia clínica del paciente. De allí que solicitó un término de diez (10) días hábiles “para atender plenamente [la] solicitud”.

Posteriormente, por fuera del término legal⁴⁴, Caprecom informó a este despacho que, según la historia clínica, el paciente presenta las siguientes lesiones: “fractura no unidas (sic) de 3, 4 y 5 metacarpiano; fractura de articulación de falanges proximal y media 5° dedo [y;] clínicamente compromiso de extensores flexores del 5° dedo, extensores del 4° dedo”⁴⁵.

Según el Dr. Juan Carlos Mora, adscrito a Caprecom, “la lesión de inmovilidad de los dedos cuarto y quinto de la mano izquierda, fueron de larga data y no es originada por las fracturas actuales que sufrió el interno en su mano izquierda. Debido a la ubicación de la actual lesión, no es posible que haya ocasionado las alteraciones en los tendones flexores pues estos se encuentran en la palma de la mano (...). Dado el antecedente de pérdida de la movilidad, la lesión actual (esto es fracturas de 3, 4 y 5 metacarpiano) tampoco es responsable de la lesión de los tendones extensores descrita en la nota de evolución. Es así que se puede concluir que el trauma corto contundente del 25 de septiembre de 2010 ocasionó las fracturas del tercer, cuarto y quinto metacarpianos antes mencionados, pero no las lesiones tendinosas y tampoco una probable lesión del nervio cubital que si (sic) son ampliamente

explicados por el antecedente antiguo que ocasionó la fractura del radio e inmovilidad de los dedos cuarto y quinto. Se concluye (...) que las fracturas ocasionadas por el trauma del 25 de septiembre de 2010 que no recibieron tratamiento quirúrgico dejan a la fecha una falta de unión en los huesos producto de una ausencia de cicatrización secundario a la falta de contacto de los bordes fracturados hecho que hubiese sido subsanado con el procedimiento de osteosíntesis. Así mismo se concluye que presenta una lesión compleja de la mano, pues a las secuelas que ya traía se suman las fracturas recientes cuyo manejo debe ser determinado por el especialista de mano (ortopedista o cirujano plástico)”46.

Por otra parte, sostuvo que “el procedimiento de cirugía de mano, expresamente se encuentra excluido del Acuerdo 08 de 29/12/1009: Por medio del cual se actualizan íntegramente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, así lo contempla el literal e del numeral 2 del artículo 61 (...). Significa entonces, que al no encontrarse el procedimiento quirúrgico de mano, incluido en este acuerdo (...), se trata de un procedimiento NO POS-S, cuya competencia (...) es del INPEC”47.

Finalmente, Caprecom aseveró que el “15/04/2011 se hace cita médica, con nota de remisión para ortopedia de mano III nivel” y que “el interno DOUGLAS ADRÍAN ARBOLEDA PATIÑO será valorado el 11/05/2011 a las 02:00 p.m., en la IPS SALUD PARA TODOS de la ciudad de Medellín (...). Posterior a la valoración por parte del cirujano de mano (...), el tratamiento y su manejo serán definidos por dicho especialista. La concurrencia del interno a la cita médica es de competencia del INPEC, acorde al protocolo de seguridad en los desplazamientos y movilidad de los internos”48.

Finalmente, el INPEC manifestó que el hijo de la actora “se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Medellín, se encuentra afiliado a la EPS Caprecom desde el 28 de septiembre de 2010 en calidad de beneficiario del régimen subsidiado. Es por un tratamiento ortopédico que por estar cubierto dentro del POS es responsabilidad de Caprecom. La Dra. Nelly Acevedo, coordinadora de Caprecom en este establecimiento informa que al interno ya se le realizó la cirugía que requería, a la fecha se encuentra en sesiones de fisioterapia y tiene pendiente una valoración pos quirúrgica con ortopedista programada”49.

1. 4. Decisión que se revisa

Mediante sentencia dictada el diez (10) de noviembre de 2010, el Juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, decidió “negar por falta de legitimación por activa la tutela invocada por [la actora]” debido a que “según las pruebas que obran en el proceso, se observa que ninguna enfermedad imposibilita al señor DOUGLAS ADRIAN ARBOLEDA PATIÑO, como tampoco el hecho de encontrarse privado de la libertad en un centro penitenciario y carcelario, para acudir ante el juez de tutela en reclamo de sus derechos. Por ello, en este caso no puede el Despacho pasar por alto el incumplimiento del requisito exigido por la ley para la prosperidad de la agencia oficiosa, cual es, que no se manifestó expresamente en la solicitud de tutela el porqué se actuaba en tal calidad y a nombre de una persona que no presenta impedimento alguno”⁵⁰.

Esta sentencia no fue impugnada por la peticionaria.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010), proferido por la Sala de Selección Número Uno.

1. Problema jurídico y esquema de resolución

1. La Sala estima que, para resolver el caso concreto, debe dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿vulnera el INPEC el derecho fundamental a la salud de un recluso al no conducirlo a la EPS a la que se encuentra afiliado para que le practiquen una cirugía necesaria?

1. Para responder esta pregunta, en una primera parte, la Sala procederá a reiterar las reglas sobre la agencia oficiosa para promover la defensa de los derechos de las personas enfermas (2.2.1). En una segunda parte, analizará el alcance de la obligación del Estado de satisfacer el derecho a la salud de la población reclusa (2.2.2). En una tercera parte, a partir de la reiteración jurisprudencia, se pronunciara sobre los principios de “onus probando incumbit actori” y de carga dinámica de la prueba (2.2.3). Finalmente, en una última parte, resolverá el caso concreto (2.2.4).

1. Legitimación en la causa por activa. Agencia oficiosa para promover los derechos fundamentales de las personas enfermas.

1. Según los artículos 86 de la Constitución y 10º del Decreto 2591 de 1991, para que exista legitimación en la causa por activa, la acción de tutela debe ser instaurada directamente por el titular de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados, por el representante legal del titular de esos derechos, por su apoderado judicial o por medio de agente oficioso.

1. Por otra parte, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación⁵¹, por regla general los requisitos para que opere la agencia oficiosa son los siguientes: i) por un lado, en el escrito de tutela el actor debe afirmar que actúa en calidad de agente oficioso; ii) por otro lado, el agenciado debe estar individualizado y; iii) finalmente, de los hechos del caso concreto se debe poder inferir que el titular de los derechos presuntamente amenazados o vulnerados se encuentra en imposibilidad de instaurar la acción por sí mismo.

Así, la agencia oficiosa se deriva de la imposibilidad del titular de los derechos amenazados o

vulnerados, de promover su propia defensa ante el juez de tutela como sucede, por ejemplo, en el caso de los menores de edad, de los enfermos, etc.

1. Por lo tanto, cuando se cumplen los anteriores requisitos, procede la agencia oficiosa y, en esta medida, le corresponde al juez de tutela pronunciarse de fondo sobre las pretensiones planteadas en la demanda.

1. La obligación del Estado de satisfacer el derecho a la salud de la población reclusa.
Reiteración de jurisprudencia

1. El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política⁵². De ese precepto constitucional se concluye que la salud tiene una doble connotación: es un derecho fundamental y un servicio público⁵³. En tal sentido, todas las personas tienen derecho a acceder al servicio de salud, servicio que el Estado debe organizar, dirigir, reglamentar y garantizar de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁵⁴.

1. En el caso de las personas reclusas, el Estado tiene la obligación de proteger ese derecho debido a que, por un lado, las funciones de la pena son la “prevención general, [la] retribución justa, [la] prevención especial, [la] reinserción social y [la] protección al condenado” (Artículo 4° del CP) y, por otro lado, por la existencia de una relación especial de sujeción en la que se encuentran las personas privadas de la libertad respecto del Estado.

1. Así, en el marco del ejercicio del poder punitivo, el Estado tiene la obligación de sancionar las conductas constitutivas de delitos a fin de proteger a la comunidad y a sus miembros. Para ello, tiene la facultad de restringir ciertos derechos, relacionados con la sanción

impuesta como, por ejemplo, la libertad de circulación. Sin embargo, también tiene la obligación de proteger y respetar otros derechos del condenado que no pueden ser restringidos como los derechos a la vida, a la salud, a la integridad personal, a la libertad de conciencia etc., cuyo amparo es imperioso y contribuye al fin de reinserción social que busca la pena.

1. Además, esa obligación deriva también de la relación especial de sujeción que existe entre recluso y Estado en la medida en que aquél está sometido a un régimen jurídico especial, en el cual la “administración adquiere una serie de poderes excepcionales que le permiten modular y restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los internos”⁵⁵ .

1. En este contexto, según esta Corporación, desde el momento mismo de la captura, todos los internos tienen derecho a la “prevención, conservación y recuperación de su salud”⁵⁶. De allí que, “las directivas de los centros carcelarios deben adoptar todas las medidas y establecer las disposiciones internas indispensables con miras a garantizar a los reclusos que sus dolencias serán atendidas de manera oportuna y adecuada, según las características que presenten. Es necesario que no solamente se tenga la certidumbre de exámenes regulares y generales de control y de los indispensables chequeos médicos cuando cada interno requiera sino asegurar que las prescripciones y órdenes que impartan en materia de medicinas, tratamientos, exámenes especializados y terapias tengan lugar en efecto”⁵⁷.

1. Por estos motivos, por ejemplo, en la sentencia T-535 de 1998, en la que se estudió el caso de una persona privada de la libertad en un centro carcelario que sufrió una parálisis facial, esta Corporación llamó “la atención sobre la oportunidad de la atención médica requerida (...). El cuidado de la salud, a cargo del establecimiento, en los campos médico, quirúrgico, asistencial, o el que implique tratamientos o terapias debe ser oportuno, es decir, ha de darse de tal modo que no resulte tardío respecto a la evolución de la enfermedad del paciente; aun en los casos en que la patología admita espera, si el preso sufre dolores intensos la atención médica o farmacéutica debe ser inmediata, por razones humanitarias, de

tal manera que la demora en brindarla efectivamente no se convierta en una modalidad de tortura". De manera que en ese caso, se ordenó "a las autoridades penitenciarias que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, presten a LUIS CARLOS SANCHEZ la atención médica requerida".

1. En este mismo sentido, en virtud del derecho a obtener la recuperación de la salud, la Corte ha ordenado al INPEC que ofrezca atención médica a las personas privadas de la libertad, aunque la enfermedad o la lesión se hayan producido con anterioridad a la privación de la libertad.

Por ejemplo, en la sentencia T-190 de 2010 se estudió el caso de un peticionario que "desde el día 28 de junio de 2007 se encuentra recluido en la institución penitenciaria procedente de la cárcel de Villahermosa de Cali, Valle. Manifiesta que desde su arribo al centro penitenciario fue valorado por el médico encargado, a quien informó sobre el problema ocular que lo aqueja, como consecuencia de un impacto con arma blanca a la altura de la sien. Comenta que, sin haber realizado la revisión médica respectiva, el galeno le indicó que se encontraba bien". En esa oportunidad, esta Corporación resolvió "CONCEDER la tutela solicitada por el señor Miller Arbey Serrano Torres, en el sentido de ORDENAR al INPEC, por intermedio del Director del establecimiento penitenciario y carcelario de Popayán-San Isidro, si aún no lo ha hecho, (I) se preste al señor Miller Arbey Serrano Torres, la atención requerida a través de un médico especialista -oftalmólogo-, que examine al peticionario e inicie el tratamiento necesario para la recuperación de su salud. (II) Si no se ha autorizado la valoración por especialista, se conmina a la accionada para que en un término no superior a un (1) mes, luego de la notificación de este proveído, realice los trámites tendientes a la asignación de la cita, (III) si ya existe autorización, la práctica de la valoración se realizará dentro de los (10) diez días siguientes a la notificación de esta providencia. (IV) De llegar a requerirse tratamiento, autorizar de manera inmediata el inicio del mismo y su culminación".

En igual sentido, mediante la sentencia T-606 de 1998, en la que esta Corporación analizó el caso de un recluso que, pese a que presentaba fuertes dolores de cintura ocasionados porque "presentaba un problema en la columna vertebral desde antes de su ingreso a la cárcel", no había recibido ningún tipo de atención médica, la Corte Constitucional ordenó "al

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC que, por conducto de la dirección de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, disponga la efectiva atención médica del recluso mencionado, la práctica de la radiografía de columna que requiere, la evaluación de la misma, el suministro de los medicamentos y la iniciación y culminación de las terapias que el médico especialista considere necesarios”.

1. Por otra parte, en lo que atañe a la satisfacción del derecho a la salud, el artículo 106 de la Ley 65 de 199358, establece que “todo interno en un establecimiento de reclusión debe recibir asistencia médica en la forma y condiciones previstas por el reglamento. Se podrá permitir la atención por médicos particulares en casos excepcionales y cuando el establecimiento no esté en capacidad de prestar el servicio”⁵⁹.

En este mismo sentido, el literal m) del artículo 14 de la Ley 1122 de 200760, “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, establece que “la población reclusa del país se afiliará al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional determinará los mecanismos que permitan la operatividad para que esta población reciba adecuadamente sus servicios”.

1. Por lo tanto, la obligación del Estado de garantizar la prestación del servicio de salud a la población privada de la libertad deriva del carácter fundamental de ese derecho, de los fines de la pena y de la especial sujeción en que se encuentran estas personas frente al Estado. Esa obligación se concreta en el derecho de los reclusos a obtener la prevención, conservación y recuperación de la salud mediante la prestación de los servicios de salud a que haya lugar. En este sentido, según la normatividad vigente que regula esta materia, la población reclusa debe ser afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1. Los principios de “onus probando incumbit actori” y el principio de la carga dinámica de la prueba en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

1. Para solucionar una controversia, lo primero que debe hacer el juez es determinar con claridad cuál es el asunto en conflicto, es decir, cuáles son los hechos que le dieron origen. De allí que, por regla general, a cada parte le corresponda probar los hechos que aducen como fundamento de sus pretensiones.

Estas reglas se conocen “como Onus probandi, incumbit actori y Reus, in excipiendo, fit actor, esto es, respectivamente, que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción y al demandado, cuando excepciona o se defiende, le corresponde, a su turno, probar los hechos en que se sustenta su defensa”⁶¹.

1. Sin embargo, la regla anterior en virtud de la cual quien alega debe probar los hechos en los que fundamenta su pretensión, debe ser aplicada con menor rigor en sede de tutela y “debe ser interpretada en el sentido de que la parte afectada pruebe lo que alega en la medida en que ello sea posible, pues ha de tener en consideración la especial situación de debilidad o subordinación en que se encuentre el accionante para acceder a la prueba, lo que a su vez enfatiza la obligación del juez de tutela en el marco probatorio de realizar una actividad oficiosa para el esclarecimiento de los hechos base de la acción”⁶².

1. De manera que en el trámite de la acción de tutela, se aplica el principio de la carga dinámica de la prueba según el cual “corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo”⁶³. En efecto, “la carga probatoria en el trámite de la acción de tutela, es más exigente para los demandados que para los accionantes, en virtud de la naturaleza especial de esta acción y del principio de quien puede probar tienen la carga de hacerlo. Este principio, alivia la carga de los accionantes, quienes usualmente son personas que carecen de los medios para probar todos y cada uno de los hechos por ellos relatados”⁶⁴.

1. En este mismo sentido, cuando el juez de instancia solicita a los demandados rendir el

informe de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991⁶⁵, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de ese mismo decreto⁶⁶, si éste no es rendido dentro del plazo correspondiente “se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

Por eso, cuando se solicita ese informe, “es a los demandados a quienes les corresponde (...) desvirtuar la veracidad de los hechos alegados por los accionantes, llegando al punto de que si no se pronuncian sobre éstos, se presumirán ciertos”⁶⁷.

1. A pesar de la existencia de esta presunción de veracidad y de las cargas en materia probatoria, cuando el juez de tutela tiene dudas acerca de los hechos del caso concreto, le corresponde pedir las pruebas que considere necesarias de manera oficiosa, pues “sus decisiones deben basarse en hechos plenamente demostrados, para lograr así decisiones acertadas y justas que consulten con la realidad procesal”⁶⁸.

1. En síntesis, en sede de tutela, la regla según la cual corresponde al accionante probar todos los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo, debe aplicarse de manera flexible porque, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, éste sólo debe probar aquellos hechos que le sea posible demostrar. Cuando el demandado se encuentra en mejores condiciones para probar determinado hecho, así debe hacerlo. En todo caso, el juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos para conocer la realidad de la situación litigiosa de manera que no sólo está facultado para pedir informes a los accionados respecto de los hechos narrados en el escrito de tutela, sino que está obligado a decretar pruebas cuando persisten las dudas respecto de los hechos del caso estudiado.

1. Caso concreto

1. La ciudadana Clara Mireya Patiño de Arboleda instauró acción de tutela en calidad de

agente oficioso de su hijo Douglas Adrián Arboleda Patiño, contra la Dirección Nacional Penitenciaria y Carcelaria, la EPS-S Comfama, Caprecom y la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, con el objetivo de obtener la protección del derecho fundamental a la salud de su hijo, que habría sido vulnerado por las entidades demandadas debido a que no le han practicado la cirugía denominada “osteosíntesis de metacarpianos”, ordenada por su médico tratante.

1. En primer lugar, la Sala considera que, en el presente caso, la peticionaria se encuentra legitimada en la causa para instaurar la acción de tutela con el objetivo de que se ampare el derecho a la salud de su hijo mayor de edad⁶⁹.

En efecto, conforme a lo establecido en el apartado 2.2.1 de esta providencia, se cumplen los tres requisitos para que proceda la agencia oficiosa, pues en el escrito de tutela la actora afirmó actuar como agente oficioso de su hijo Douglas Adrián Arboleda Patiño⁷⁰, de manera que el agenciado está plenamente individualizado. Además, en este caso está plenamente acreditado que el señor Arboleda Patiño se encuentra en imposibilidad física de instaurar la acción por sí mismo en la medida en que sufrió “fracturas de 3, 4 y 5 metacarpianos de mano izquierda”⁷¹ sin que a la fecha se le haya practicado la cirugía que requiere, como se demostrará más adelante.

En esta medida, el juez de instancia erró al negar el amparo solicitado por falta de legitimación por activa, al considerar que “no puede el Despacho pasar por alto el incumplimiento del requisito exigido por la ley para la prosperidad de la agencia oficiosa, cual es, que no se manifestó expresamente en la solicitud de tutela el porqué se actuaba en tal calidad y a nombre de una persona que no presenta impedimento alguno”⁷².

De manera que, con base en el artículo 228 superior, según el cual en la administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial, el juez de instancia ha debido estudiar de fondo las pretensiones de la demanda que dieron origen al presente proceso.

1. En segundo lugar, la Sala estima que en el presente caso el INPEC vulneró el derecho a la

salud del hijo de la peticionaria.

En efecto, en el expediente quedó demostrado que el día 27 de septiembre de 2010, fecha en la que el hijo de la actora ya había sido capturado por la Policía Nacional, el médico Santiago Ordóñez Arango ordenó que al agenciado se le practicara la cirugía de osteosíntesis de metacarpiano, en la medida en que presentaba “fracturas de 3, 4 y 5 metacarpianos de mano izquierda”⁷³.

Sin embargo, por los motivos que a continuación se exponen, la Sala concluye que esa cirugía nunca se llevó a cabo.

Por un lado, conforme a lo analizado en el apartado 2.2.3 de esta sentencia, en el caso concreto existe una inversión de la carga de la prueba, pues tanto la EPS Caprecom como el INPEC, se encuentran en mejores condiciones para probar que la cirugía ordenada se llevó a cabo. En efecto, para la peticionaria es muy difícil probar que a su hijo no le han realizado la cirugía, mientras que, como la EPS Caprecom tiene la historia clínica del paciente y el INPEC tiene registro de las citas médicas y de las salidas de las personas internas en las cárceles y penitenciarias que administra, estas entidades pueden demostrar con mayor facilidad cuál ha sido el tratamiento médico que ha recibido el señor Arboleda Patiño.

Por otro lado, si bien el INPEC manifestó al despacho del magistrado sustanciador que al hijo de la actora “ya se le realizó la cirugía que requería”⁷⁴, no aportó ningún elemento probatorio para sustentar esa afirmación.

De allí que la Sala concluya que al agenciado no le han practicado dicha cirugía en la medida en que, por un lado, el INPEC no aportó prueba, siquiera sumaria, tendiente a controvertir lo afirmado por la actora, a pesar de que tenía la carga de la prueba de controvertir lo manifestado en el escrito de tutela. Y por otro lado, Caprecom señaló que al hijo de la peticionaria nunca le realizaron la cirugía de osteosíntesis de metacarpianos.

Adicionalmente, la aseveración de la agente oficiosa, en el sentido de manifestar que no le han practicado a su hijo la cirugía de osteosíntesis de metacarpianos, goza de la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 porque, a pesar de que el juez de instancia ordenó a las entidades demandadas rendir informe sobre los hechos del caso concreto y de que el magistrado sustanciador hizo uso de sus poderes para solicitarles

pruebas de oficio, el INPEC omitió injustificadamente enviar dichos documentos al juez.

Sobre este punto es necesario aclarar que, aunque la fractura sufrida por el agenciado se produjo con anterioridad a su detención, pues éste se lesionó durante una riña callejera cuando se encontraba aún en libertad, el INPEC debe asumir la obligación de prestarle atención médica en la medida en que, conforme lo expuesto en el apartado 2.2.2 de esta sentencia, en el marco del ejercicio del poder punitivo, el Estado tiene la obligación de proteger y respetar los derechos a la salud, a la integridad personal y a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad. En este mismo sentido, la obligación de asegurarse que el agenciado reciba oportunamente la atención médica requerida, se deriva del derecho de todos los reclusos a obtener la recuperación de la salud, con independencia de si la enfermedad o la lesión se producen con anterioridad al momento de la privación de la libertad por parte del Estado.

En este mismo sentido, la Sala considera que se violó el derecho a la salud del agenciado debido a que, a pesar de que el hijo de la actora fue trasladado a un centro de reclusión el 28 de septiembre de 2010, el INPEC tampoco trasladó al interno a las instalaciones de Caprecom para que fuera evaluado por un ortopedista.

En efecto, esta afirmación se sustenta en el hecho de que Caprecom informó al despacho del magistrado sustanciador que “autorizó mediante NUA 2430137 del 22 de noviembre de 2010, RX lateral de mano y mediante NUA 2909197 de fecha 03 de marzo de 2011, (...) expidió a favor del paciente consulta por ortopedia, servicios que se encuentran dentro del [POS]. Es de informar al despacho que tal como se observa en dichas autorizaciones, estas tienen fecha de expedición el 17 y 22 de noviembre de 2010 y 03 de marzo de 2011, remitidas en dichas oportunidades al Establecimiento Carcelario para efectos de la movilidad o conducción del interno - paciente, previa la programación de las citas médicas que corresponde realizar al INPEC (...) Posterior a las evaluaciones médicas ordenadas en las autorizaciones (NUA citados), sería posible determinar la conducta médica a seguir por el especialista tratante, competente para determinar la viabilidad o no del procedimiento quirúrgico, que además para el caso concreto (...), es un procedimiento NO POS-S, cuya competencia contractual (...) es a cargo del INPEC (Aseguradora Aurora S.A.)”⁷⁶. Y, además, aseguró que “se desconoce la causa, razón o motivo [por el cual] el INPEC no condujo al interno a la cita médica, hecho que como hemos dicho corresponde a su competencia

funcional y legal conducirlos a la IPS a consultas médicas, conforme a los protocolos de seguridad para este tipo de población”⁷⁷.

En consecuencia, el INPEC vulneró el derecho a la salud del hijo de la actora al no haber tomado todas las medidas necesarias para que la cirugía de osteosíntesis de metacarpianos le fuera realizada y, al no trasladarlo a Caprecom para que fuera debidamente evaluado.

Por el contrario, la Sala considera que ni la EPS Comfama ni Caprecom vulneraron el derecho fundamental a la salud del agenciado debido a que, como quedó demostrado anteriormente, el señor Arboleda Patiño no está afiliado a Comfama desde el 1 de diciembre de 2010, fecha en la que fue trasladado a Caprecom.

Adicionalmente, en el expediente no obra prueba que demuestre que Caprecom se ha negado a prestarle la atención médica requerida al agenciado. De hecho, del acervo probatorio obrante en el expediente, se puede concluir que Caprecom ha cumplido con sus obligaciones constitucionales, legales y contractuales, pues autorizó al actor ser diagnosticado por un ortopedista sin que, a la fecha de la instauración de la acción de tutela, el INPEC haya facilitado el traslado del interno a dicha entidad.

Incluso, Caprecom demostró haber tenido una conducta conforme a derecho en la medida en que ha autorizado varias citas médicas para que el agenciado sea evaluado por un ortopedista y por un cirujano plástico⁷⁸.

1. Por los motivos antes expuestos, la Sala revocará la decisión de única instancia, tomada el diez (10) de noviembre de 2010 por el Juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, que decidió negar el amparo solicitado por falta de legitimación por activa.

En su lugar, tutelaré el derecho a la salud del señor Arboleda Patiño y, en consecuencia, ordenaré al INPEC que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a tomar todas las medidas necesarias ante la EPS Caprecom para que se determine cuál es el procedimiento médico que se le debe practicar al hijo de la actora.

Una vez determinado por la autoridad médica cuál es el tratamiento que se le debe dar al recluso Arboleda Patiño, el INPEC deberá tomar todas las medidas necesarias para que ese tratamiento se lleve a cabo. En esta medida, la Sala advertirá a esa entidad que se debe abstener de realizar cualquier acto u omisión que dificulte la obtención de la atención médica correspondiente. De allí que deba autorizar las salidas del actor para que éste sea atendido por su EPS-S, de conformidad con la normatividad que regule la materia, so pena de incurrir nuevamente en una violación de su derecho fundamental a la salud.

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

III. RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de diez (10) de noviembre de 2010 del Juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, que decidió negar el amparo solicitado por falta de legitimación por activa. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud del señor Douglas Adrián Arboleda Patiño.

Segundo.- ORDENAR al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Medellín y al Director del INPEC que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, procedan a tomar todas las medidas necesarias ante Caprecom para que se determine cuál es el procedimiento médico que se le debe practicar al hijo de la actora. Una vez determinado por la autoridad médica cuál es el tratamiento que se le debe dar al recluso Arboleda Patiño, el INPEC debe tomar todas las medidas necesarias para que ese tratamiento se lleve a cabo, así se trate de un tratamiento no POS-S, incluyendo los desplazamientos fuera del centro penitenciario.

Tercero.- ADVERTIR al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Medellín y al Director del INPEC que se abstengan de realizar cualquier acto u omisión que dificulte la obtención de la atención médica correspondiente. De allí que deba autorizar las salidas del actor para que éste sea atendido por su EPS-S, de conformidad con la normatividad que regule la materia, so pena de incurrir nuevamente en una violación de su derecho fundamental a la salud.

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

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 8, cuaderno 2.

2 Ibídem.

3 Folio 12, cuaderno 2.

4 Folio 13, cuaderno 2.

5 Folio 14, cuaderno 2.

6 Folio 31, cuaderno 2.

7 Folio 39, cuaderno 2.

8 Sentencia citada por la DSSA (folio 39, cuaderno 2).

9 Folio 39, cuaderno 2.

10 Folio 40, cuaderno 2.

11 Folio 42, cuaderno 2.

12 Ibídem.

13 Folio 42, cuaderno 2.

14 Folio 42, Cuaderno 2.

15 Folio 42, cuaderno 2.

16 Ibídem.

17 Ibídem.

18 Folio 45, cuaderno 2.

19 Folio 46, cuaderno 2.

20 Ibídem.

21 Folio 46, cuaderno 2.

22 Folio 77, cuaderno 2.

23 Ibídem.

24 Ibídem.

25 Ibídem.

26 Folio 74, cuaderno 2.

27 Ibídem.

28 Folio 74, cuaderno 2.

29 Ibídem.

30 Folio 75, cuaderno 2.

31 Ibídem.

32 Ibídem.

33 Ibídem.

34 Ibídem.

35 Folio 77, cuaderno 2.

36 Folio 77, cuaderno 2.

37 Folio 9, cuaderno 1.

38 Folio 33, cuaderno 1.

39 Ibídem.

40 Folio 34, cuaderno 1.

41 Folio 28, cuaderno 1.

42 Folios 21 y 22, cuaderno 2.

44 Estas pruebas fueron recibidas en el despacho del magistrado sustanciador el día 12 de mayo de 2011.

45 Folio 49, cuaderno 1.

46 Folio 49, cuaderno 1.

47 Folio 50, cuaderno 1.

48 Folio 51, cuaderno 1.

49 Folio 39, cuaderno 1.

50 Folio 58, Cuaderno 1.

51 Sobre este tema particular se puede estudiar, entre otras, la sentencia T-248 de 2010, mediante la cual esta Corporación determinó que el actor, que actuaba en calidad de agente oficioso de su hijo mayor de edad quien se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, no tenía legitimación en la causa por activa, pues de los hechos probados en el expediente, no se infería que su hijo estuviera en imposibilidad de hacer valer sus derechos fundamentales por sí mismo. También se pueden analizar las sentencias SU-706 de 1996, T-623 de 2005 y T-947 de 2006, entre muchas otras.

52 “ARTICULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

53 Al respecto, consultar, entre otras, las sentencias T-544 de 2002 y T-304 de 2005.

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

55 Sentencia T-714 de 1996 reiterada, entre otras, en las sentencias T-1168 de 2003 y T- 133 de 2006.

56 Sentencia T-583 de 1998, mediante la cual esta Corte tuteló el derecho fundamental a la salud de un recluso que empezó a padecer una extraña enfermedad, sin que en el centro penitenciario en el que se encontraba recluido, lo dejara salir para ser evaluado y atendido en un centro especializado en Cancerología. En esa oportunidad, esta Corporación ordenó “al Director de la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad que, con las necesarias medidas de seguridad aplicables al traslado de aquél fuera del centro carcelario, disponga, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, la evaluación especializada de la salud de PEDRO ENRIQUE OSMA por parte del Instituto Nacional de Cancerología y la atención médica, quirúrgica y farmacéutica que requiera con miras a su restablecimiento”.

57 *Ibíd.*

58 Código Penitenciario y Carcelario. La remisión al ordenamiento penitenciario se efectúa por disposición del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal el cual señala que “la ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia ejecutoriada, corresponde a las autoridades penitenciarias bajo la supervisión y control del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. En todo lo relacionado con la ejecución de la pena, el Ministerio público podrá intervenir e interponer los recursos que sean necesarios” (Resalta la Sala). El Código Penitenciario y Carcelario al igual que el Código Penal se regenta por el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos (Artículo 5) a fin de alcanzar la resocialización del infractor.

59 En la sentencia T-085 de 2003, mediante la cual la Corte tuteló el derecho a la salud de un accionante que estaba sujeto a prisión domiciliaria y que, a pesar de que padecía de cálculos renales, no había sido atendido por el INPEC, se estableció que este artículo no debía interpretarse de manera restrictiva. Así, aunque se tratara de un ciudadano que estaba purgando la pena en su domicilio, en virtud del beneficio de la prisión domiciliaria, si éste estaba en imposibilidad de procurarse en forma autónoma el tratamiento y los medicamentos que requería, correspondía al INPEC prestarle el servicio médico. Es decir que el artículo 106 de la Ley 65 de 1993 debía ser interpretado “en el sentido de que todo penado debe recibir asistencia médica en la forma y condiciones previstas por la Constitución, la ley y el reglamento”

60 Esta norma fue expedida para cumplir lo dispuesto en las sentencias T-606 y T-607 de 1998, mediante las cuales se decretó el estado de cosas inconstitucional en cuanto a la salud, la asistencia médica y el suministro de medicamentos a la población reclusa del país y en la cual se ordenó “al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC” que, en coordinación con los ministerios de Hacienda, Salud y de Justicia y del Derecho y con el Departamento Nacional de Planeación, inicie, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para constituir o convenir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que deberá estar operando plenamente en un término que no podrá exceder del 31 de marzo de 1999 y que cobije a la totalidad de los centros de reclusión del país, para detenidos y condenados”.

61 Sentencia T-600 de 2009, mediante la cual esta Corporación resolvió los casos de unos desplazados a los que se les había negado la inscripción en el RUPD debido a que, según Acción Social, no habían demostrado su condición de desplazados por la violencia. En esa oportunidad, la Corte señaló que, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, corresponde probar al Estado que la persona que solicita su inscripción en dicho registro no tiene la calidad de desplazado.

62 *Ibídem*.

63 Sentencia T-590 de 2009, en la que se estudió el caso de una acción de tutela contra una providencia judicial dictada en el marco de un proceso de extinción de dominio. En esa oportunidad, la Corte manifestó que como “a la acción de extinción de dominio no se extienden las garantías de la ley penal, tampoco cabe predicar la presunción de inocencia en la materia. Por ello, el régimen probatorio de la extinción de dominio admite la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba que prescribe que los hechos debe probarlos quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo. Sin embargo, esto no significa que se pueda aplicar una presunción de origen ilícito de los bienes (presunción que no existe en el ordenamiento). En tal sentido, el Estado tiene el deber de practicar las pruebas que den lugar a la declaratoria de extinción pues solo con una base probatoria suficiente puede concluirse que el dominio sobre los bienes no puede explicarse en el ejercicio de actividades lícitas”.

64 Sentencia T-596 de 2004, mediante la cual esta Corporación resolvió el caso de los padres

de un soldado profesional que desapareció de un Batallón y a los que no les daban razón de su paradero ni de su estado de salud.

65“ARTICULO 19. INFORMES. El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad.

El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

Los informes se considerarán rendidos bajo juramento”.

66“ARTICULO 20. PRESUNCION DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

67 Sentencia T-596 de 2004 antes estudiada.

68 Sentencia T-603 de 2010 antes analizada.

69 Según copia de la cédula de ciudadanía, el señor Douglas Adrián Arboleda Patiño nació el 10 de mayo de 1997, de manera que es menor de edad.

70 Así, la petente manifestó: “CLARA MIREYA PATIÑO DE ARBOLEDA, identificada como aparece al pié de mi firma, ante usted respetuosamente acudo para promover como agente oficioso de mi hijo DOUGLAS ADRIÁN ARBOLEDA PATIÑO, acción de tutela” (folio 4, cuaderno 2).

72 Folio 58, cuaderno 2.

73 Folio 8, cuaderno 2.

74 Folio 22, cuaderno 1.

75 Caprecom señaló que “las fracturas ocasionadas por el trauma del 25 de septiembre de 2010 que no recibieron tratamiento quirúrgico dejan a la fecha una falta de unión en los

huesos producto de una ausencia de cicatrización secundaria a la falta de contacto con los bordes fracturados hecho que hubiese sido subsanado con el procedimiento de osteosíntesis” (folio 49, cuaderno 1).

76 Folio 22, cuaderno 1.

77 Folio 51, cuaderno 1.

78 Así, esa entidad emitió la autorización NUA 2404470 de 17/11/2010 y programó una cita para que el agenciado sea evaluado por un cirujano plástico el día 11/05/2011 (folios 50 y 51, cuaderno 2).