

Sentencia T-440-09

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por cuanto el demandante ya recibió la atención médica requerida

Referencia: expediente T-2227376

Acción de Tutela instaurada por Víctor Rafael Villadiego Mendoza en contra de la Nueva EPS

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil nueve (2009)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de 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 adoptado por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Cartagena (Bolívar) el 4 de febrero de 2009, en el proceso de tutela promovido por el señor Víctor Rafael Villadiego Mendoza contra la Nueva EPS.

1. ANTECEDENTES

La Personera Delegada para los Derechos Humanos y Acciones de Tutela de la Personería Distrital de Cartagena por medio de escrito presentado el día 23 de diciembre de 2008, instaura acción de tutela a favor del señor Víctor Rafael Villadiego Mendoza para que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social. Basa su solicitud en los siguientes

1. HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Indica el accionante que es cotizante de la Nueva EPS.

1. Afirma que cuando la Nueva EPS era el Seguro Social le realizaron un trasplante de córnea en su ojo izquierdo. Por 5 años no había presentado ningún inconveniente hasta el mes de julio de 2008 cuando comenzó a ver opaco y nublado, por cuanto considera, el ojo está rechazando la córnea.

1. Debido a estas molestias acudió a la Nueva EPS, donde le diagnosticaron infección ocular y le formularon un antibiótico. A pesar de esto y por considerar que no se trataba de una infección, asistió por su cuenta a una clínica oftalmológica donde los médicos diagnosticaron “rechazo de córnea en ojo izquierdo” y ordenaron un tratamiento con el cual empezó a mejorar la vista.

1. Señala que fue nuevamente a la Nueva EPS y pidió lo remitieran a la clínica oftalmológica de Cartagena donde se encontraban los médicos que lo operaron y trataron, pues cree, recibirá de ellos un tratamiento adecuado “ellos saben como esta mi problema, ellos llevan mi caso hace 7 años”. La EPS niega su petición indicándole que tienen sus médicos de planta.

1. Dada la respuesta de la entidad accionada el peticionario insiste en su decir respecto del manejo de su enfermedad “no me mandaron nada, no me ayudan y estoy perdiendo la vista porque no estoy recibiendo el tratamiento adecuado”.

1. De acuerdo con lo indicado, el peticionario solicita se ordene a la Nueva EPS autorizar en un término perentorio el tratamiento del ojo izquierdo, al igual que las cirugías, los medicamentos y los exámenes que requiriere.

1. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

El apoderado de la Nueva EPS sucursal Cartagena intervino en el trámite de instancia para solicitar al juez de tutela declare la improcedencia del amparo, dada la inexistencia de la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el actor, pues la Nueva EPS desde el momento mismo de la contingencia ha garantizado en favor del peticionario el acceso a los servicios médicos propios de su patología.

Para el efecto, precisó que efectivamente el accionante se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de esa EPS en calidad de cotizante pensionado siendo su estado actual de afiliación “Activo”.

Considera pertinente informar que el Instituto de Seguros Sociales EPS, ha asumido la asistencia médica solicitada por el señor Víctor Villadiego Mendoza desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios requeridos con ocasión de su patología, siempre dentro de la órbita prestacional, y en el marco de la normatividad que para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha impartido el Estado Colombiano.

Señala que, no obstante el hecho conforme al cual la entidad accionada le ha venido garantizando al peticionario todos los servicios por él requeridos, con relación al procedimiento en el ojo izquierdo no es posible disponer orden de tratamiento integral debido a que se basaría sobre hechos no probados, constituyendo por ende meros inciertos, máxime cuando no existe prescripción médica específica de exámenes o de medicamentos determinados por un médico tratante adscrito a esa entidad.

1. DECISIÓN JUDICIAL

FALLO ÚNICO DE INSTANCIA: JUZGADO OCTAVO PENAL MUNICIPAL DE CARTAGENA

En sentencia fechada el 4 de febrero de 2009, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Cartagena, denegó el amparo constitucional solicitado fundamentando su decisión de la siguiente manera:

El juez de instancia reseñó recurriendo a diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional los requisitos jurisprudenciales establecidos para conceder la tutela cuando la cirugía-medicamentos-procedimientos se encuentran fuera del POS. Para el presente caso, determinó que el tratamiento requerido por el peticionario fue prescrito por un médico no perteneciente a la red de prestadores de servicios de Nueva EPS, incumpliendo de esta forma con uno de los requisitos exigidos.

Además, el juez encontró probada la buena fe de la entidad prestadora de salud toda vez que la EPS anexó a la respuesta al derecho de petición elevado por el accionante, y con el fin de mantener la continuidad y el aseguramiento en la prestación del servicio público de salud en el Sistema General de Seguridad Social, la lista de la red hospitalaria con la que actualmente cuentan.

El a quo consideró que en el presente caso no se cumplen los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional, por lo tanto resolvió no tutelar los derechos invocados y exhortó al demandante a acudir ante los médicos especialistas adscritos a Nueva EPS.

En el trámite de la acción de amparo fueron aportadas, las siguientes pruebas documentales:

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía y del comprobante de pago a pensionados del ISS (folio 6).

1. Queja del peticionario presentada ante la Personería Distrital de Cartagena (folio 5).

1. Fotocopia del resumen de la historia clínica dada por la Clínica Oftalmológica de Cartagena con sello de la Dra. Rosario Pizza área córnea y enfermedades externas (folio 8).

1. Fotocopia del derecho de petición realizado al gerente de la Nueva EPS por parte del peticionario (folio 9).

1. Fotocopia de fórmulas médicas prescritas por la Dra. Rosario Pizza médico de la Clínica Oftalmológica de Cartagena (folios 10, 11 y 12).

1. Fotocopia de la respuesta dada por la Nueva EPS al derecho de petición elevado por el accionante (folios 13 a 18).

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, es competente para revisar el fallo de instancia proferido en el trámite de este proceso.

1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El problema jurídico

De acuerdo con la exposición fáctica realizada en precedencia, el problema jurídico que esta Sala debe resolver consiste en determinar si la EPS accionada vulneró los derechos fundamentales del accionante al negarse a entregar medicamentos y a brindar tratamiento oftalmológico integral que, de conformidad con lo dispuesto por un médico particular, requiere el actor para preservar su salud visual. Para ese efecto, se estudiarán los siguientes temas:

1. Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

2. Requisitos jurisprudenciales para ordenar tratamientos médicos incluidos en el POS con personal no adscrito a la EPS.

1. Reiteración de jurisprudencia. Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional inicialmente definió y diferenció los derechos susceptibles de protección mediante la acción de tutela y los derechos de contenido prestacional, distinguiéndose entre éstos últimos el derecho a la salud. Respecto del alcance del derecho a la salud, consideró que para ser amparado por vía de tutela, debía existir un nexo inescindible con otros derechos como el derecho a la vida, la integridad personal y la dignidad humana. Se protegía igualmente como derecho fundamental autónomo en razón de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución tratándose de los niños, y el ámbito básico cuando el solicitante era un sujeto de especial protección.

No obstante, en reciente pronunciamiento la Corte reconoció el derecho a la salud como un derecho fundamental de carácter autónomo, dejando en claro que dicha fundamentalidad no implica el amparo de todos los aspectos cobijados por ése derecho, dado que los derechos por no ser absolutos encuentran un límite en los criterios jurisprudenciales de razonabilidad y proporcionalidad.

En efecto, la Sentencia T-016 de 2007¹, establece el criterio jurisprudencial relativo al carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, así como que de dicha fundamentalidad tampoco se puede derivar la manera como estos derechos se hacen efectivos en la realidad “De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende -ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin.”

El apoyo normativo para desarrollar el anterior criterio acertadamente lo encuentra la Corte en instrumentos internacionales de distinto orden,² entre ellos, lo estipulado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación No. 14, que establece³:

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”.

En el mismo sentido, la Constitución de 1991, contempla estos criterios cuando en el artículo 49, estipula:

“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.”

Enfatizando la protección constitucional del derecho a la salud como derecho fundamental, la Sentencia T-200 de 2007⁴, menciona las dimensiones de amparo de este derecho: (i) en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio⁵. (ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada *prima facie* por vía de tutela⁶. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido –que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos.

Lo así indicado nos lleva a concluir que si se presentare renuencia en los órganos competentes del orden político y administrativo, para implementar en la práctica medidas orientadas a realizar el derecho a la salud y éste resultare amenazado o vulnerado, los jueces podrán hacer efectiva su protección por vía de tutela⁷. Así mismo la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la

negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS, puede acudir directamente a la tutela para lograr su protección.⁸

4.2.3. Requisitos jurisprudenciales para ordenar tratamientos médicos incluidos en el POS con personal no adscrito a la EPS.

Los reiterados precedentes jurisprudenciales de ésta Corporación han considerado que cuando se demuestran las siguientes circunstancias como “conditio sine qua non” dentro del caso concreto, procede la tutela: “1) Que el paciente esté afiliado a la empresa prestadora de salud de la que reclama la atención. 2) Que la falta de medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace derechos constitucionales de carácter fundamental, como el derecho a la vida. 3) Que se trate de un medicamento, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre que ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. 4) Que el tratamiento o el procedimiento haya sido ordenado por el profesional de la empresa prestadora de salud en la que está afiliado el paciente. 5) Que esté demostrado que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud⁹

”. Subrayas fuera del texto.

Debe entenderse que cuando un ciudadano acude a la tutela como mecanismo de defensa judicial, ante la negativa de una empresa promotora de salud en la prestación del servicio médico asistencial requerido, por considerar se esta afectando sus derechos fundamentales, el juez de tutela en aras de salvaguardar los derechos reclamados deberá verificar la razón que sustenta la negativa de la EPS.

1. CASO CONCRETO

De acuerdo con el problema jurídico identificado por el juez de instancia, para el caso concreto debe establecerse si la EPS accionada vulneró los derechos fundamentales del accionante al negarse a entregar medicamentos y a brindar tratamiento oftalmológico integral que, de conformidad con lo dispuesto por un médico particular, requiere para preservar su salud visual.

Sin embargo, en el curso del proceso, el tutelante allegó, vía fax, dos hojas¹⁰, una de aprobación de servicios y otra de fórmula médica, ordenadas por la Nueva EPS las cuales permiten a esta Sala concluir que los hechos que motivaron la presente acción han sido superados, toda vez que las ordenes médicas y de aprobación de servicios, impartidas al señor Víctor Rafael Villadiego Mendoza para proteger su salud visual, provienen ahora de médicos adscritos a la red de la Nueva EPS.

Esta Corporación viene enfatizando, que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, la tutela pierde su razón de ser, pues en estas condiciones no existiría una orden que impartir.¹¹ Así, la Sentencia T-096 de 2006¹² expuso:

“(C)uando 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.”

Como en el presente caso el accionado comunicó vía fax que en efecto ya había recibido la atención requerida de parte de los médicos adscritos a la Nueva EPS, se presenta una carencia actual de objeto¹³

y se configura un hecho superado, como quiera que la situación que originó la presente acción de tutela ya desapareció.

En consecuencia la Sala Sexta de Revisión declarará la existencia de un hecho superado, por las razones expuestas en esta providencia.

1. DECISIÓN

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

PRIMERO: Declarar la existencia de un hecho superado en la acción de tutela interpuesta por el Señor Víctor Rafael Villadiego Mendoza en contra de la Nueva EPS.

SEGUNDO: LÍBRESE por Secretaría la comunicación 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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 M.P.Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, 22 de enero de 2007.

2 Entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de

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

4 M.P.Dr. Humberto Sierra Porto, 15 de marzo de 2007.

5 Sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995, MP.Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

6 Sentencia T-557 de 18 de julio de 2006, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

7 Ver sentencia T-763 de 25 de septiembre de 2007, M.P.Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

8 Ver sentencia T-016 de 22 de enero de 2007, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

9 Jurisprudencia de la Corporación acerca del tema; T-1066 de 7 de diciembre de 2006, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, T-464 de 9 de junio de 2006, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, T-774 de 25 de julio de 2005, M.P. DR. Jaime Araujo Rentería, T-736 de 5 de agosto de 2004, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, T-065 de 2 de febrero de 2004, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, T-133 de 22 de febrero de 2007, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

10 Folios 35 y 36.

11 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.

12 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 14 de febrero de 2006.

13 Sentencia SU-540 de 17 de julio de 2007, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis: “(...)Entonces, de conformidad con las anteriores referencias jurisprudenciales, la Sala concluye que la configuración de un hecho superado hace innecesario el pronunciamiento del juez, en la medida que se logran satisfacer los requerimientos del tutelante antes de ese pronunciamiento, pero no ocurre lo mismo con la configuración de un daño consumado, comoquiera que éste supone la afectación definitiva de los derechos del tutelante y, en consecuencia, se impone la necesidad de pronunciarse de fondo, como ya lo tiene definido la jurisprudencia constitucional sobre la materia, por la proyección que puede presentarse hacia el futuro y la posibilidad de establecer correctivos.(...)” (Subrayado fuera de texto)