

REPRESENTACION DE LAS PERSONAS QUE PADECEN RETARDO MENTAL

La demanda se interpone por el padre de una persona mayor de edad, sin que esté acreditado en el expediente que él sea su representante legal, por discernimiento judicial de una guarda dentro de un proceso de interdicción judicial. Empero, su hija padece retardo mental severo, circunstancia que está acreditada probatoriamente dentro del expediente, y que hace presumir que está impedida para actuar personalmente en defensa de sus propios derechos, por lo cual su padre interpone la acción como su agente oficioso. Sin embargo, el padre no indica expresamente que actúa como agente oficioso suyo. No obstante lo anterior, en aras de salvaguardar el Derecho sustancial según lo ordena el artículo 228 de la Constitución, y teniendo en cuenta las circunstancias certificadas de incapacidad mental y de salud en que se encuentra la afectada, la Sala procederá al análisis de fondo.

ENTIDADES TERRITORIALES Y RESPONSABILIDADES QUE TIENEN EN MATERIA DE SALUD/SECRETARIAS DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES-Competencias respecto a la prestación de los servicios de salud de las entidades territoriales dentro del régimen subsidiado

Como puede verse, a los Departamentos les corresponde financiar la prestación de ciertos servicios de salud, en aquello que no quede cobijado por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado. Por lo cual, cuando un procedimiento, tratamiento o medicamento es solicitado mediante el ejercicio de la acción de tutela, y ésta no ha sido incoada en contra la entidad departamental respectiva, sino contra la A.R.S a la que se encuentra afiliado el demandante o la I.P.S. que lo viene atendiendo, es menester que el juez constitucional vincule al departamento concernido, a través de su secretaría de salud departamental, a fin de que no se genere una nulidad procesal por falta de citación de tercero interesado en las resultas del proceso. Ahora bien, en lo que se refiere a las prestaciones no cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud -POS- del Régimen Contributivo, esta Corporación ha explicado innumerables veces que su financiación debe producirse con recursos provenientes del FOSYGA.

PROTECCION ESPECIAL DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Reiteración de jurisprudencia

La Sala concluye que la circunstancia de que una persona afectada de retardo mental sea el titular del derecho fundamental a la salud cuya protección se pide a través de la acción de tutela, no resulta indiferente. Este hecho, es decir el retardo mental, implica que el juez tome en consideración la situación preferencial que la Constitución le otorga al peticionario como sujeto incurso en una situación de debilidad manifiesta, preferencia que en principio se traduce en su derecho a reclamar los procedimientos, tratamientos, medicamentos y suministros que requiera y que hayan sido formulados por su médico tratante, independientemente de que los mismos se encuentren o no incluidos dentro del Plan de Salud que le corresponda la peticionario.

DERECHO A LA SALUD ORAL DE DISCAPACITADA MAYOR DE EDAD-Tratamiento dental

La pérdida de la dentadura, y con ello de la función de masticación, implica para la joven incapaz cuyos derechos se busca tutelar una afectación de su vida en condiciones dignas. La imposibilidad de cumplir adecuadamente la función de masticación incide necesariamente en los procesos digestivos y en la salud de las personas, de modo tal que afecta sus condiciones y su calidad de vida. Y si esta situación se origina por una omisión en la atención del paciente, que de otro lado se encuentra en imposibilidad física, psíquica y económica de proveerse a sí mismo tal atención, no cabe duda de que se está desconociendo la dignidad, entendida como el especial merecimiento de un trato acorde con la condición humana. Las explicaciones suministradas por los odontólogos tratantes al padre de la joven fueron tan insistentes y claras en el sentido de señalar que el tratamiento de periodoncia requerido por su hija era urgente y que además estaba excluido del POS, por lo que tendría que contratarlo con un periodoncista particular, que no era posible que él entendiera o considerara que existía una eventual posibilidad de que la E.P.S. lo autorizara, previo concepto de una junta médica. A juicio de esta Sala, los médicos u odontólogos tratantes, frente al usuario del servicio, forman parte de la E.P.S. o son también representantes suyos, de manera que sus indicaciones pueden tenerse como provenientes de la misma entidad prestadora de servicios de salud. Siendo así, es menester que orienten a los pacientes adecuadamente, de forma que si existe realmente la posibilidad de que a través de una petición dirigida a obtener el reconocimiento de un servicio no incluido en el POS éste sea suministrado por la E.P.S, deben indicarlo al usuario, en vez de señalarle perentoriamente que debe contratarlo en forma particular. Visto que la petente es una joven sujeto de especial protección constitucional, que el tratamiento que requiere y que ha sido ordenado por sus odontólogos tratantes no puede

ser sustituido por otro, que su omisión compromete su vida, su integridad física y su salud en conexidad con la dignidad humana, y que su padre manifiesta bajo gravedad de juramento carecer de los recursos para costearlo por su cuenta, en la parte resolutive de la presente decisión se ordenará a la E.P.S demandada suministrarlo, pudiendo repetir contra el FOSYGA por los gastos en que incurra.

Referencia: expediente T-1851477

Acción de Tutela instaurada por Gonzalo Núñez Muñoz en contra de HUMANAVIVIR E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil ocho (2008).

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, 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 proceso de revisión de la Sentencia proferida el día diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007) por el Juzgado Tercero Municipal de Control de Garantías de Neiva, Huila, dentro del proceso de tutela incoado por Gonzalo Núñez Muñoz contra HUMANAVIVIR E.P.S.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. Solicitud

El señor Gonzalo Núñez Muñoz, actuando en representación de su hija Diana Patricia Núñez Rosero, solicita al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad humana, la vida y la seguridad social, presuntamente vulnerados por HUMANA VIVIR E.P.S. Sustenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

Hechos:

1. La hija del demandante se encuentra afiliada a la entidad demandada, en su condición de beneficiaria de su madre, Diela Rosero Hurtado.
2. La hija del demandante, de veintiocho años de edad, es incapaz por padecer retardo mental severo originado en una meningitis sufrida a los seis meses de edad. Además padece de epilepsia, enfermedad que le viene siendo controlada mediante el suministro de un medicamento llamado Fenobarbital.
3. El consumo de Fenobarbital ha tenido como efectos secundarios un debilitamiento generalizado de la dentadura de la paciente, que le ha causado un aflojamiento y movilidad de la totalidad de sus muelas, amenazando con la pérdida de la dentadura.
4. La odontóloga de la E.P.S. demandada diagnosticó PERIODONTITIS CRÓNICA GRADO III, por lo cual remitió a la paciente a un especialista en periodoncia a fin de que éste la valorara y llevara a cabo los procedimientos y cirugías necesarias para evitar la pérdida total de su dentadura. Sin embargo, advirtió a sus padres “que el servicio al que se la remite para su diagnóstico y realización de cirugías, no lo cubre el POS”.
5. Al no tenerse el dinero para acudir a donde un especialista particular, transcurrió un tiempo sin que fuera posible atender la dolencia de la hija del demandante, hasta que el debilitamiento de sus muelas obligó a llevarla nuevamente al servicio de odontología de la E.P.S. demandada, donde nuevamente les fue reiterado que tenían que acudir por su propia cuenta donde un especialista en periodoncia, de carácter particular.
6. Ante esta situación, el demandante acudió con su hija a la Clínica Dental SONRIA, en donde el tratamiento requerido por ella fue cotizado en la suma de siete millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil cien pesos moneda corriente (\$7´484.100 M/cte.), cifra

ésta que le es imposible cubrir con sus propios recursos, pues el sueldo que devenga como docente de un colegio solo le alcanza para atender sus necesidades básicas.

7. La falta de piezas dentales podría implicar consecuencias especialmente graves en el caso de su hija, debido al retardo mental severo que padece; pues la pérdida de la función de masticación podría llevar a un atoramiento en el esófago que ella misma se produjera, causándose la muerte, dado que “ella no tiene la capacidad de comprender cómo deben ingerirse los alimentos, cuando ya no posea sus dientes.”

Argumentos de derecho

Como argumentos de derecho, el demandante presenta extractos de algunas sentencias proferidas por esta Corporación en sede de tutela. En una de ellas, la Sentencia T-576 de 2003, le fue ordenado a una E.P.S suministrar un tratamiento dental no incluido en el POS, al constatarse que con él se buscaba la recuperación de una limitación funcional, y no un resultado estético. La demanda también trae a colación otros pronunciamientos de esta Corte relativos al derecho a la salud de los enfermos mentales y al derecho a la salud en conexidad con la vida o con la dignidad.

Con fundamento en los anteriores hechos y argumentos de derecho, el demandante solicita que su hija sea remitida a valoración por un especialista en periodoncia, y que una vez hecha por él esta valoración, HUMANA VIVIR E.P.S. autorice la realización de todos los tratamientos, procedimientos, medicamentos, materiales y controles requeridos para conservar las piezas dentales de su hija, o en su defecto para implantarle las prótesis dentales que llegue a necesitar.

2. Traslado y contestación de la demanda.

Recibida la anterior demanda, el Juzgado Tercero Municipal de Control de Garantías de Neiva la admitió y corrió traslado de la misma a la E.P.S. demandada.

Estando dentro del término del traslado, HUMANA VIVIR E.P.S. respondió la demanda en los siguientes términos:

En primer lugar, explicó que de conformidad con la Resolución 5261 de 1994, el “manejo de especialista periodontal” no se encuentra incluido dentro del POS. Agregó que en el presente

caso no se trata de un procedimiento vital cuya falta de práctica ponga en riesgo la vida de la paciente, y que además el requisito de autorización por parte de la junta médica no fue agotado por los interesados.

Recordó enseguida que cuando un procedimiento, tratamiento o medicamento no está incluido en el POS, “es el Estado el primer obligado a garantizar los servicios de salud”. Para esos efectos, dice, la Ley 715 asigna a los entes territoriales la obligación de suscribir los contratos respectivos. En consecuencia, estimó que era necesario vincular al proceso al ente territorial correspondiente, en su carácter de litis consorte necesario, so pena de generarse una nulidad.

Finalmente, la E.P.S adujo que, dentro de sus posibilidades económicas y en virtud del principio de solidaridad, los familiares cercanos del paciente incapaz deben acudir a suministrar lo que él requiera que se encuentre por fuera del POS. Agregó que en el presente caso la familia no cumplió con el deber de practicar una higiene preventiva adecuada a la paciente, a pesar de las actividades de promoción y prevención que esa institución ofrece, por lo que la entidad accionada merecería ser exonerada.

3. Pruebas obrantes dentro del expediente

Obran en el plenario, entre otras, las siguientes pruebas:

- a. Copia de la contraseña de la cédula del demandante.
- b. Copia de la cédula de ciudadanía de Diana Patricia Núñez, hija del demandante.
- c. Copia del carné de afiliación de Diana Patricia Núñez a la E.P.S demandada.
- d. Certificación sobre el retardo mental severo padecido por Diana Patricia Núñez, expedida por la “Unidad Integral de Terapias”, Cooperativa de Trabajo Asociado.
- e. Presupuesto de trabajo odontológico expedido por “SONRIA”.
- f. Copias de historia clínica expedidas por PREVIMEDIC, en las que se da cuenta del retardo mental y la epilepsia padecidas por Diana Patricia Núñez, y de la prescripción de Fenobarbital.

g. Copia de la historia clínica odontológica de la paciente Diana Patricia Núñez, en cuya parte final se lee: “Se le explica nuevamente al papá de la pcte que debe llevarla con el periodoncista porque presenta periodontitis crónica y esto no lo cubre el POS...”

h. Acta de la diligencia de ampliación de la tutela que tuvo lugar el 19 de octubre de 2007 en el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías. En esta diligencia el despacho judicial formuló unas preguntas, que fueron respondidas así:

“PREGUNTADO: Manifieste a este Despacho Judicial si Usted solicitó directamente a la E.P.S. HUMANA VIVIR que su hija Diana Patricia Núñez Rosero fuera remitida ante un especialista en periodoncia. CONTESTÓ: Yo me remito a lo que me manifestaron los dos odontólogos generales en las dos ocasiones a las que acudí a ellos y ambos coincidieron en que la hija necesitaba odontología especializada, exactamente ortodoncia y periodoncia y que esos servicios no los cubría el POS. Me hicieron énfasis en que no insistiera ante la E.P.S. porque era perdido porque eso no lo cubría el POS. PREGUNTADO: Manifieste si los odontólogos de la E.P.S. HUMANA VIVIR prescribieron orden para que fuera remitida a un especialista en periodoncia. CONTESTÓ: no, solamente en la historia escribieron que requería odontología especializada.”

II. ACTUACIÓN JUDICIAL

Sentencia proferida el día diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007) por el Juzgado Tercero Municipal de Control de Garantías de Neiva, Huila.

Mediante Sentencia proferida el diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007), el Juzgado Tercero Municipal de Control de Garantías de Neiva, Huila decidió no tutelar los derechos a la salud en conexidad con la vida y la vida digna. En sustento de esta determinación expuso las siguientes consideraciones:

Inicialmente recordó el juez que el derecho a la salud es un derecho de carácter prestacional, que sólo resulta tutelable directamente como derecho fundamental cuando está en una relación de conexidad inescindible con otro derecho fundamental, particularmente con el derecho a la vida o a la dignidad.

En el caso concreto sometido a decisión, encontró el juez que la entidad accionada había venido prestando todos los servicios médicos a la hija del petente; respecto de la remisión al periodoncista, la misma no se había producido, pero ello se debía a que el servicio no había sido solicitado ante la E.P.S.

Recordó enseguida el fallo que los tratamientos de periodoncia se encuentran por fuera del POS, por lo que su suministro queda sujeto a la emisión de una orden del médico tratante y a la autorización de la Junta Médica de la E.P.S respectiva, requisitos que en este caso no se habían cumplido. Por lo anterior, estimó que no podía endilgársele a la E.P.S demandada la violación de ningún derecho fundamental de la hija del petente. Antes bien, esa entidad había prestado todos los servicios médicos que le habían sido solicitados.

En cuanto a la posible nulidad que eventualmente podría llegar a ocasionarse por la no citación al proceso de la Secretaría de Salud Departamental, explicó el fallo que “el sistema de seguridad social en Colombia es mixto y puede ser prestado por el Estado o por los particulares, mediante delegación que este les hace... Como consecuencia de lo anterior, es que al entrar una entidad particular a prestar el servicio de salud, ésta ocupa el lugar del Estado, situación que la hace responsable del suministro de medicamentos y procedimientos que se encuentren o no dentro del POS.”

La anterior decisión judicial no fue impugnada.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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 los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. El problema jurídico que debe resolver la Sala.

De los antecedentes del proceso se extrae que son varios los problemas jurídicos que deben

ser resueltos por la Sala, a saber: (i) si el padre de una persona mayor de edad que padece de retardo mental severo puede interponer una acción de tutela a nombre de ella sin acreditar su condición de representante legal, o si el no acreditar esta condición origina una improcedencia de la acción por falta de legitimación en la causa por parte activa; (ii) si cuando se demanda por vía de tutela un procedimiento, tratamiento o medicamento excluido del POS, es menester citar al proceso a la secretaría de salud departamental o municipal respectiva, so pena que generarse una nulidad por falta de integración de un *littis* consorcio necesario; (iii) si el hecho de que los derechos fundamentales cuya protección se invoca mediante la acción de tutela se radiquen en cabeza de una persona en circunstancias de debilidad manifiesta tiene alguna implicación a la hora de establecer la procedibilidad de tal acción, (iv) si en presente caso, para solicitar por la vía de la acción de tutela los procedimientos, tratamientos, suministros o medicamentos excluidos del POS que requiere la patente, era menester que previamente se hubiera formulado esta solicitud directamente ante la E.P.S. demandada y que ésta hubiera respondido negativamente o se hubiera abstenido de responder; y (v), si en el presente caso las prestaciones solicitadas mediante la presente acción de tutela podían considerarse o no como ordenadas por el médico tratante.

Pasa la Sala a ocuparse de los anteriores asuntos, unos de los cuales se relacionan con los requisitos de procedencia de la acción de tutela interpuesta para reclamar prestaciones de salud, y otros con requisitos de procedibilidad de la misma acción en tales casos. 1

3. La representación de las personas que padecen de retardo mental.

3.1. La Corte ha explicado que el primer presupuesto procesal o requisito de procedencia que el juez constitucional debe verificar al estudiar una solicitud de tutela es el referente a la legitimación en la causa por parte activa². Pues sobre este asunto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 define que la “acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante.” Añade que “también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.” (Negrillas fuera del original)

Ahora bien, la guarda y representación legal de las personas mayores incapaces debe ser

discernida judicialmente a través de un proceso de interdicción. Mientras ello no suceda, ninguna persona puede arrogarse la representación de otra alegando retardo mental u otra circunstancia incapacitante. Ciertamente, la Corte ha explicado que esta exigencia obedece a la necesidad de proteger al presunto incapaz, por lo cual la facultad de actuar a nombre de una persona mayor de edad, por considerarse que carece de capacidades intelectuales o volitivas para auto determinarse, es un asunto que exige una previa comprobación judicial dentro de un proceso en el cual se establezca probatoriamente esta situación. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“Nadie puede abrogarse autónomamente la facultad de representar a otro alegando su incapacidad mental. Pues en principio, la capacidad de las personas se presume legalmente, de conformidad con lo que al respecto reza el artículo 1503 del Código Civil³. Por ello, el legislador ha diseñado procesos judiciales específicos, distintos de la acción de tutela, dentro de los cuales debe demostrarse plenamente la incapacidad de la persona mayor de edad a quien se pretende representar. En este sentido, el artículo 649 del Código de Procedimiento Civil señala que se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria “la interdicción del demente o sordomudo y su rehabilitación”, procedimiento dentro del cual, mediante certificados médicos recientes, conceptos de mínimo dos peritos, y las pruebas adicionales que se estime necesario considerar, se establecen las manifestaciones características del estado actual del supuesto incapaz, la etiología, el diagnóstico y el pronóstico de su enfermedad, sus posibles consecuencias y el tratamiento conveniente para procurar la mejoría⁴.”⁵

Ahora bien, si quien actúa a nombre de otro interponiendo una acción de tutela no es su representante legal, pero promueve la acción teniendo en cuenta que el agenciado no está “en condiciones de promover su propia defensa”, conforme a la ley⁶ es menester que tal circunstancia se manifieste en la solicitud. Por ello, la jurisprudencia ha señalado que son dos los requisitos que deben estar presentes para que sea admisible la agencia oficiosa en pro de la defensa de derechos fundamentales de terceros, mediante el ejercicio de la acción de tutela: tales requisitos son: “(i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio.”⁷

3.2. En la presente oportunidad, la demanda se interpone por el padre de una persona mayor

de edad, sin que esté acreditado en el expediente que él sea su representante legal, por discernimiento judicial de una guarda dentro de un proceso de interdicción judicial. Empero, su hija padece retardo mental severo, circunstancia que está acreditada probatoriamente dentro del expediente, y que hace presumir que está impedida para actuar personalmente en defensa de sus propios derechos, por lo cual su padre interpone la acción como su agente oficioso. Sin embargo, el padre no indica expresamente que actúa como agente oficioso suyo.

No obstante lo anterior, en aras de salvaguardar el Derecho sustancial según lo ordena el artículo 228 de la Constitución, y teniendo en cuenta las circunstancias certificadas de incapacidad mental y de salud en que se encuentra la afectada, la Sala procederá al análisis de fondo.

4. La necesidad de citar al proceso a la secretaría de salud de la entidad territorial que pueda resultar afectada con la decisión del juez de tutela que ordena prestaciones en materia de salud.

4.1. Conforme a la Ley, las territoriales tienen diversas responsabilidades en materia de salud. Algunas de ellas se hacen efectivas cuando una determinada prestación, llámese procedimiento, tratamiento o medicamento no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S- y alguna persona afiliada al Régimen Subsidiado lo requiere en condiciones tales que, de no serle suministrado, se afectaría en cabeza suya el derecho fundamental a la salud en conexión con la vida, la dignidad u otro derecho fundamental.

Pero esto mismo no sucede cuando se trata de una prestación no incluida en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo -POS-. En este último caso, el cubrimiento de los procedimientos, tratamientos o medicamentos requeridos por una persona afiliada al régimen contributivo, cuya falta de suministro comprometa derechos fundamentales, debe ser costeadado por la respectiva E.P.S., pero ésta adquiere el derecho a repetir contra el FOSYGA por los gastos en que haya incurrido en el otorgamiento de la prestación no incluida en el mencionado POS.

4.2 Ciertamente, sobre las responsabilidades de las entidades territoriales en materia de salud, en la Sentencia T-568 de 20078 se vertieron las siguientes explicaciones:

“4. Competencias de las Secretarías Departamentales y Municipales de Salud dentro del régimen subsidiado.

“En esas condiciones se expidió la Ley 715 de 2001, que establece las competencias de los Departamentos en materia de salud así:

“ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.

(...)

43.2. De prestación de servicios de salud

(...)

43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

43.3. De Salud Pública (...).”.

En cuanto a las competencias de los Municipios la misma Ley dispone:

“ARTÍCULO 44. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. Corresponde a los Municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de

su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

44.1. De dirección del sector en el ámbito municipal:

(...)

44.2. De aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud

44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin.

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia.

44.2.3. Celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y realizar el seguimiento y control directamente o por medio de interventorías.

(...)

44.3. De Salud Pública (...)"

“De acuerdo con las citadas normas, los entes territoriales tienen obligaciones respecto del régimen subsidiado. Los Municipios tienen la competencia de identificar la población pobre que habite en su jurisdicción y seleccionar así a los beneficiarios, para afiliarlos a una entidad administradora del Régimen Subsidiado (ARS). Los Departamentos, por su parte, son competentes para Financiar con los recursos propios, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental, lo que amplía su marco de cobertura.”⁹

Así pues, como puede verse, a los Departamentos les corresponde financiar la prestación de ciertos servicios de salud¹⁰, en aquello que no quede cobijado por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado. Por lo cual, cuando un procedimiento, tratamiento o medicamento es solicitado mediante el ejercicio de la acción de tutela, y ésta no ha sido incoada en contra la entidad departamental respectiva, sino contra la A.R.S a la que se

encuentra afiliado el demandante o la I.P.S. que lo viene atendiendo, es menester que el juez constitucional vincule al departamento concernido, a través de su secretaría de salud departamental, a fin de que no se genere una nulidad procesal por falta de citación de tercero interesado en las resultas del proceso.

4.3 Ahora bien, en lo que se refiere a las prestaciones no cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud -POS- del Régimen Contributivo, esta Corporación ha explicado innumerables veces que su financiación debe producirse con recursos provenientes del FOSYGA. En este sentido, para citar un ejemplo, ha dicho:

“En el marco específico del régimen contributivo de salud existe constante, uniforme y reiterada la jurisprudencia constitucional que ha indicado que es posible inaplicar las normas referentes a las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud y en consecuencia por vía de tutela se ordene la prestación de servicios médicos excluidos del POS cuando se presenten los siguientes eventos:

“(i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte, sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna; (ii) el medicamento o tratamiento excluido no puede ser reemplazado por otro que figure dentro del POS, o el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el plan; (iii) el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera; y (iv) estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.¹¹

“Cuando se reúnen estrictamente estos requisitos ha dicho esta Corporación que los jueces de tutela deben ordenar a las entidades prestadoras de los servicios de salud la prestación del servicio médico requerido facultándolas para que repitan contra el Fondo de Solidaridad y Garantía el valor de todos los gastos en que hubieran incurrido por la prestación de los servicios médicos que no hacen parte de las obligaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud¹².

...

“Así las cosas, cuando se le impone a las EPS asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema. Esta razón fue la que motivó que la jurisprudencia constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social¹³.”¹⁴ (Negrillas fuera del original)

4.4 En el presente caso, la persona a nombre de quien se interpone la acción de tutela se encuentra afiliada al Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud a través de la E.P.S HUMANAVIVIR, en su condición de beneficiaria de su madre. Por lo tanto, tiene derecho al suministro de las prestaciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud -POS-. En tal virtud, si se llegara a ordenar el suministro de un procedimiento, tratamiento o medicamento no incluido dentro de dicho Plan, el mismo tendría que ser finalmente cubierto con cargo a los recursos de FOSYGA. Así las cosas, ninguna entidad territorial, de carácter departamental o municipal, tendría la obligación jurídica de financiar dicha prestación, en caso de que fuera ordenada por el juez constitucional.

Por todo lo anterior, no le asistía razón a la entidad demandada cuando al contestar la demanda afirmó que era necesario vincular al proceso al ente territorial correspondiente en su carácter de litis consorte necesario, so pena de generarse una nulidad.

4.5 Esclarecido lo anterior, la Sala estima que se cumplen los presupuestos procesales o requisitos de procedencia de la acción de tutela cuando es interpuesta para la protección de derecho a la salud.

Pasa enseguida a estudiar la procedibilidad de la presente acción.

5. La protección especial del derecho a la salud de las personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

5.1 Reiteradamente la jurisprudencia ha hecho ver que la Constitución Política dispensa una protección especial a todas aquellas personas cuya situación amerite acciones positivas, dirigidas a lograr que la igualdad sea efectiva. Ha destacado que “(e)ntre este grupo se encuentran todas aquellas que padecen de graves discapacidades síquicas. El artículo 13

superior alude a la especial protección de las “personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”, y la Corte ha explicado que, respecto de ellas, el Constituyente de 1991 dejó de considerar su discapacidad como un asunto exclusivamente médico o patológico, objeto de regulación y estudio por el derecho privado, para convertirse en un tema vinculado directamente con el principio de dignidad humana.¹⁵ Por su parte, también en el artículo 47 de la Carta el constituyente empleó los términos “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos”, y en el artículo 68 se hizo referencia a “personas con limitaciones físicas o mentales” y en todos ellos los menciona para dispensarles una protección especial en atención a su situación de debilidad manifiesta.”¹⁶

5.2 Así pues, el retardo mental constituye una condición de debilidad manifiesta que, desde la perspectiva constitucional, exige que la persona afectada sea objeto de medidas de protección especiales. Por lo anterior, cuando alguien que padece retardo mental encuentra afectada su salud física y acude a solicitar atención ante la entidad de seguridad social a la que se encuentra afiliado y de quien legalmente puede demandar protección, ésta debe dispensarle un tratamiento preferencial. Preferencia que se concreta en el derecho a reclamar aquella atención que requiera para reestablecer su salud física, independientemente de si la prestación se encuentra o no incluida en el Plan Obligatorio de Salud que le corresponda. En efecto, sobre esta especial atención que debe ser suministrada a las personas afectadas de incapacidades síquicas, entre ellas el retardo mental, la Corte ha dicho:

“De manera que el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales, que demandan las personas que carecen de recursos para atenderlos y que por su estado de salud mental, edad y nivel de desarrollo tienen derecho a que el Estado y la sociedad les brinden un trato preferente, no está sujeto a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios, como tampoco está sujeta a dichas restricciones la atención en salud que se conecta con la existencia misma de la persona y con su derecho a vivir con dignidad.

“En consecuencia, cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que cumple alguna de las anteriores características, o varias de ellas, demanda una actividad, un procedimiento, una intervención, o un medicamento excluido del Plan que rige su

vinculación¹⁷ lo que acontece es que debe ser atendido pero cambia la modalidad de la prestación, porque la empresa a la que se encuentra afiliado no se exonera de la prestación, sino que puede exigir del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, o demandar que el usuario sea atendido en otra institución.¹⁸¹⁹ (Negrillas y subrayas fuera del original)

Y en el similar sentido la Corte ha dicho que el derecho a la salud de las personas en situación de especial protección se torna fundamental por sí mismo:

“De otro lado, cuando nos encontramos frente a personas sujeto de especial protección como son los menores, los adultos y los discapacitados, este derecho a la salud adquiere per se una naturaleza fundamental; al respecto, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

“En tercer lugar, la Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia²⁰, las personas con discapacidad²¹ y los adultos mayores²², la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo”²³.”

5.3. Así pues, la Sala concluye que la circunstancia de que una persona afectada de retardo mental sea el titular del derecho fundamental a la salud cuya protección se pide a través de la acción de tutela, no resulta indiferente. Este hecho, es decir el retardo mental, implica que el juez tome en consideración la situación preferencial que la Constitución le otorga al peticionario como sujeto incurso en una situación de debilidad manifiesta, preferencia que en principio se traduce en su derecho a reclamar los procedimientos, tratamientos, medicamentos y suministros que requiera y que hayan sido formulados por su médico tratante, independientemente de que los mismos se encuentren o no incluidos dentro del Plan de Salud que le corresponda la peticionario.

Con fundamento en la anterior premisa, la Sala examinará el caso concreto sujeto a su decisión.

6. El caso concreto sujeto a revisión.

6.1 En el caso concreto que examina ahora la Sala, la persona titular del derecho a la salud cuya protección se invoca es una joven que padece de retardo mental severo. Esta

circunstancia está acreditada mediante certificados médicos que obran en el plenario. Así pues, según se acaba de explicar, esta sola circunstancia hace que sea merecedora de una especial protección por parte del juez constitucional, que se traduce en un derecho al reconocimiento de las prestaciones que en materia de salud le sean ordenadas, independientemente de si se encuentran o no en el Plan Obligatorio de Salud -POS- al que se encuentra afiliada.

Ahora bien, en adición a lo anterior, en la presente ocasión se cumplen también todos los requisitos ordinarios que determinan la procedibilidad de la acción de tutela cuando es intentada para reclamar medicamentos, tratamientos o procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Estos requisitos, a los que anteriormente se hizo alusión, son los siguientes:

“(i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte, sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna; (ii) el medicamento o tratamiento excluido no puede ser reemplazado por otro que figure dentro del POS, o el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el plan; (iii) el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera; y (iv) estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.”²⁴ 25

6.2 En cuanto al primero de los requisitos, es decir a que la falta de tratamiento de la afección odontológica que padece la joven amenace su vida, su integridad personal o su dignidad, no cabe duda a la Sala de que esta exigencia se cumple en la presente oportunidad.

En efecto, en cuanto al compromiso de la vida misma de la petente, su padre explica claramente por qué razón la carencia de piezas dentales y la pérdida de la función de masticación, que está próxima a ocurrir como consecuencia de la falta de atención por un periodoncista, genera un peligro para la vida de su hija incapaz; al respecto indica que dado que su retardo mental es severo, será difícil que su hija comprenda cómo debe ingerir en lo sucesivo los alimentos, lo cual puede llevarla a situaciones de atoramamiento y ahogamiento,

que pueden comprometer su vida.

En segundo lugar, la pérdida de la dentadura como consecuencia de la omisión de la atención por parte de un periodoncista amenaza grave y directamente el derecho a la integridad física de la incapaz. Nadie duda de que la dentadura de una persona es un órgano o parte de su cuerpo, y de que su pérdida hace que en lo sucesivo su corporeidad física no resulte completa. Ciertamente, la Corte ha explicado que “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.” 26

Finalmente, la pérdida de la dentadura, y con ello de la función de masticación, implica para la joven incapaz cuyos derechos se busca tutelar una afectación de su vida en condiciones dignas. La imposibilidad de cumplir adecuadamente la función de masticación incide necesariamente en los procesos digestivos y en la salud de las personas, de modo tal que afecta sus condiciones y su calidad de vida. Y si esta situación se origina por una omisión en la atención del paciente, que de otro lado se encuentra en imposibilidad física, psíquica y económica de proveerse a sí mismo tal atención, no cabe duda de que se está desconociendo la dignidad, entendida como el especial merecimiento de un trato acorde con la condición humana.

De las anteriores expresiones, la Sala concluye que los odontólogos de la E.P.S consideran que el tratamiento que requiere la joven no puede ser sustituido por ningún otro que pudiera ser suministrado por ellos y figure dentro del POS, por lo cual insisten en la necesidad de que sea atendida por un periodoncista. Así las cosas, se da por cumplido el segundo requisito de procedibilidad de la acción de tutela intentada para reclamar prestaciones médicas no incluidas en el POS.

6.4. En lo concerniente al tercero de los requisitos de procedibilidad comúnmente exigidos para que la tutela pueda ser concedida en casos como el presente, relativo a que “el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera”, la Sala también lo tiene por cumplido. En efecto, dentro del libelo de la demanda el padre de la joven cuyos derechos se busca proteger afirma bajo la gravedad de juramento que acudió en la institución particular “Clínica Dental SONRIA”, en donde el tratamiento requerido por su hija fue cotizado en la suma de siete millones cuatrocientos ochenta y

cuatro mil cien pesos moneda corriente (\$7´484.100 M/cte.), cifra ésta que le es imposible cubrir con sus propios recursos, pues el sueldo que devenga como docente de un colegio sólo le alcanza para atender sus necesidades básicas. Esta afirmación relativa a la imposibilidad económica para costear los servicios de periodoncia que requiere su hija no fue desvirtuada y ni siquiera puesta en duda por la E.P.S demandada, y tampoco el juez de instancia desplegó una actividad destinada a comprobarla. Por lo que, conforme a la jurisprudencia sentada por esta Corporación, tal afirmación se tendrá por cierta, pero se dejará abierta la posibilidad de que la EPS o el Estado, según sea el caso, acudan a la justicia penal con el fin de pedir que se investigue la posible comisión de un delito por parte del actor. Ciertamente, en casos anteriores similares al que ahora ocupa la atención de la Sala, se adoptó esa misma solución, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“... la entidad demandada y uno de los jueces de instancia, consideraron que, además, la tutela debe denegarse porque el actor no demostró que carece de recursos económicos para asumir el costo de la prueba pedida y que no le fue autorizada por no estar dentro del POS.

“Al respecto, hay que decir que únicamente existe la declaración, bajo juramento del actor, en la que informa que no tiene recursos económicos para asumir los costos de su enfermedad. Ninguno de los jueces de instancia solicitó más pruebas.

“Se pregunta, entonces la Corte ¿la inactividad del juez en este tema, es suficiente para denegar la presente acción?

“La respuesta es no, por varias razones: 1. existe la declaración bajo juramento del demandante; 2. esta declaración no fue controvertida dentro del proceso de tutela; 3. si la condición económica del demandante no corresponde a la realidad, la EPS o el Estado, según sea el caso, pueden acudir a la justicia penal con el fin de pedir que se investigue la posible comisión de un delito por parte del actor.” 27

6.5. Por último, en cuanto al requisito que exige que los procedimientos, tratamientos o medicamentos reclamados a través de la acción de tutela “hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante²⁸”, la Sala también lo encuentra cumplido, toda vez que, como anteriormente se dijo, los odontólogos adscritos a la E.P.S diagnosticaron que la joven padece de “periodontitis crónica”, por lo cual debe ser atendida por un periodoncista.

6.6. Finalmente, la Sala debe referirse a los argumentos del juez de instancia que estimó que la tutela no podía ser concedida por dos razones: (i) por cuanto el padre de la petente no solicitó el tratamiento de periodoncia directamente ante la E.P.S. demandada; y (ii) porque por tratarse de un procedimiento excluido del POS, era menester que su autorización contara con previo visto bueno de la Junta Médica de la E.P.S. respectiva.

Al respecto la Sala estima que, en el presente caso, no resulta razonable denegar la protección solicitada con fundamento en los anteriores argumentos. En efecto, las explicaciones suministradas por los odontólogos tratantes al padre de la joven fueron tan insistentes y claras en el sentido de señalar que el tratamiento de periodoncia requerido por su hija era urgente y que además estaba excluido del POS, por lo que tendría que contratarlo con un periodoncista particular, que no era posible que él entendiera o considerara que existía una eventual posibilidad de que la E.P.S. lo autorizara, previo concepto de una junta médica. A juicio de esta Sala, los médicos u odontólogos tratantes, frente al usuario del servicio, forman parte de la E.P.S. o son también representantes suyos, de manera que sus indicaciones pueden tenerse como provenientes de la misma entidad prestadora de servicios de salud. Siendo así, es menester que orienten a los pacientes adecuadamente, de forma que si existe realmente la posibilidad de que a través de una petición dirigida a obtener el reconocimiento de un servicio no incluido en el POS éste sea suministrado por la E.P.S, deben indicarlo al usuario, en vez de señalarle perentoriamente que debe contratarlo en forma particular.

Por lo cual, como se dijo, la Sala no acepta estas dos razones que adujo el juez de instancia para negar la tutela. En cambio, visto que la petente es una joven sujeto de especial protección constitucional, que el tratamiento que requiere y que ha sido ordenado por sus odontólogos tratantes no puede ser sustituido por otro, que su omisión compromete su vida, su integridad física y su salud en conexidad con la dignidad humana, y que su padre manifiesta bajo gravedad de juramento carecer de los recursos para costearlo por su cuenta, en la parte resolutive de la presente decisión se ordenará a la E.P.S demandada suministrarlo, pudiendo repetir contra el FOSYGA por los gastos en que incurra.

IV. 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,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la Sentencia proferida el diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007) por el Juzgado Tercero Municipal de Control de Garantías de Neiva, Huila.

SEGUNDO. CONCEDER la tutela para la protección de los derechos fundamentales a la vida, la integridad personal, la salud y la dignidad de la joven Diana Patricia Núñez Rosero. En consecuencia, ORDENAR a HUMANAVIVIR E.P.S., que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente Sentencia, autorice el tratamiento integral de periodoncia que requiere. HUMANAVIVIR EPS tiene la posibilidad de repetir, de acuerdo con la Ley, por lo que pague en cumplimiento de este fallo de tutela, ante la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud -FOSYGA-.

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

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Los requisitos de procedencia de la acción de tutela corresponden a los presupuestos procesales de la acción y son aquellos que determinan que el juez constitucional pueda o no entrar a decidir el fondo del asunto. Los requisitos de procedibilidad son aquellas circunstancias que determinan que la protección solicitada pueda ser efectivamente ordenada.

2 La legitimación en la causa por parte activa es la “calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.” Sentencia T-416 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

3 Código Civil, Artículo 1503: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”.

4 Ver C.P.C. artículo 659.

5 Sentencia T-492 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

6 Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, antes citado.

7 Sentencia T-492 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Esta reitera la Sentencia T-294 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Adicionalmente, sobre este tema pueden consultarse también las sentencias T-693 de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-061 de 2004, MP. Álvaro Tafur Galvis, T-863 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, T-1135 de 2001, MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-452 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-236 de 2000, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

8 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

9 Sentencia T-568 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 En general la legislación dispone que los Departamentos son responsables de los tratamientos que corresponden a los niveles II, III y IV de complejidad, y que el nivel I es responsabilidad de los Municipios. Ver Sentencia T-568 de 2007.

11 La línea de precedentes donde se ha acudido a estos criterios para regular la entrega de medicamentos cuando éstos no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, es bastante amplia. [Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997 (MP. Carlos Gaviria Díaz), SU-480 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz), T-631, T-628 y T-691 de 1998 (MP. Antonio Barrera Carbonell) y SU-819 de 1999 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-289 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-627 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-178 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-239 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-795 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-810 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-976 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1304 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-013 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-018 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-060 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-159 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto); T-1020 de 2006, MP; Jaime Córdoba Triviño.

12 Al respecto, ver las siguientes sentencias: T-730 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-748 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-797 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-699 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-523 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-236 de 2000 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y T-528 de 1999 (MP. Fabio Morón Díaz), entre muchas otras.

13 Desde la Sentencia SU-480 de 1997, MP, Alejandro Martínez Caballero, esta Corporación ha justificado esta posición manifestando lo siguiente: “como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, (...) luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición (...) [p]ero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de “promoción de la salud”. Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido.”

14 Sentencia T-1020 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Treviño.

15 Ver, Sentencia C-478 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

16 Sentencia T-492 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17 El artículo 201 de la Ley 100 de 1993, dispone que en sistema general de salud coexisten dos regímenes el contributivo y el subsidiado, el artículo 29 del Decreto reglamentario 806 de 1998 establece que la población pobre y vulnerable del País será afiliada al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, el artículo 30 de la misma disposición garantiza a los afiliados al régimen subsidiado el alcance progresivo de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo, y el artículo 31 del decreto en mención prevé que cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera un servicio no incluido en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir sus costos puede acudir a una entidad pública o privada que tenga contrato con el Estado para demandar la prestación del servicio.

18 Acuerdo 072/97 C.N.S.S. artículo 4°. “LA COMPLEMENTACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL POSS, A CARGO DE LOS RECURSOS DEL SUBSIDIO DE OFERTA. En la etapa de transición, mientras se unifican los contenidos del POSS con los del POS del Régimen Contributivo aquellos beneficiarios del Régimen Subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el P.O.S.S., tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las Instituciones Públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicio para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.”.

19 Sentencia T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

20 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.

21 Sentencia T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para

enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

22 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

23 Corte Constitucional, Sentencia T-666 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

24 La línea de precedentes donde se ha acudido a estos criterios para regular la entrega de medicamentos cuando éstos no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, es bastante amplia. [Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997 (MP. Carlos Gaviria Díaz), SU-480 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz), T-631, T-628 y T-691 de 1998 (MP. Antonio Barrera Carbonell) y SU-819 de 1999 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-289 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-627 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-178 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-239 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-795 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-810 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-976 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1304 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-013 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-018 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-060 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-159 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto); T-1020 de 2006, MP; Jaime Córdoba Triviño.

25 Sentencia T-1020 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

26 Sentencia T-494 de 1993, M.P., Vladimiro Naranjo Meza, reiterada en otros pronunciamientos tales como las sentencias T- 075 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-850 de 2001, M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra; T- 577 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-548 de 2000, M.P., Alejandro Martínez Caballero.

27 Sentencia T-447 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En el mismo sentido pueden verse

las sentencias T-1207 de 2001, T-018 de 2001 y T-1019 de 2002.

28 La línea de precedentes donde se ha acudido a estos criterios para regular la entrega de medicamentos cuando éstos no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, es bastante amplia. [Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997 (MP. Carlos Gaviria Díaz), SU-480 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz), T-631, T-628 y T-691 de 1998 (MP. Antonio Barrera Carbonell) y SU-819 de 1999 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-289 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-627 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-178 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-239 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-795 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-810 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-976 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1304 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-013 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-018 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-060 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-159 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto); T-1020 de 2006, MP; Jaime Córdoba Triviño.