

Sentencia T-520/12

DERECHO A LA SALUD- Acceso a los servicios de salud, incluidos y no incluidos dentro de los planes obligatorios

DERECHO A LA SALUD- El acceso a los servicios de salud que se requieran, está especialmente garantizado a las personas que padecen enfermedades catastróficas o de alto costo

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD- Oportunidad, eficacia y calidad en el acceso a los servicios de salud

Las EPS deben garantizar que el acceso a los servicios de salud cumpla con los criterios de calidad, eficiencia, oportunidad, integralidad y continuidad; de no ser así, se transgreden de forma directa los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud.

DERECHO A LA SALUD- Deber de garantizar el acceso a los servicios de salud, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO- Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO- No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

Cuando se presenta un hecho superado, es decir, cuando entre la interposición del amparo y el momento del fallo se repara la amenaza o vulneración del derecho alegado, “no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para Corte en sede de Revisión, incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda”, con la finalidad de señalar aquellas actuaciones que a pesar de superadas fueron contrarias a la constitución, y evitar así su repetición. Además, para declarar el hecho superado, es necesario que dentro de la providencia explique las circunstancias de superación de la amenaza o violación de intereses iusfundamentales, y los

medios de convicción sobre los que estructura su decisión.

ACCION DE TUTELA CONTRA DIVERSAS EPS-Declarar carencia actual de objeto por daño consumado por fallecimiento de los actores

Referencia: T-3299086, T-3370308, T-3374363 y T-3377416. (Expedientes acumulados).

Expediente T-3370308. Acción de tutela presentada por Dioneida Ballesteros Ballesteros, en calidad de agente oficiosa de Crispiniano Ballesteros Cáceres, contra Solsalud EPS y el Hospital Universitario de Santander.

Expediente T-3374363. Acción de tutela presentada por Marco Antonio Torres, en calidad de agente oficioso de Ana Rita Castro de Torres, contra Capital Salud EPS (antes Salud Total EPS).

Expediente T-3377416. Acción de tutela presentada por Sandra Milena Murcia Rodríguez, en calidad de agente oficiosa de Maximino Murcia Cubillos, contra la Nueva EPS.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil doce (2012).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Adriana María Guillén Arango (e) y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos:1

Expediente

Sentencia

T-3299086.

Acción de tutela presentada por Jhon Alexander Ardila Antolines, en calidad de agente oficioso de Adolfo Durán Chacón, contra Solsalud EPS, el Hospital Universitario de Santander, Ingemédicas Santander Ltda. y Oxígenos de Colombia Ltda.

Primera instancia: Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga, Santander, el tres (3) de octubre de dos mil once (2011).

T-3370308.

Acción de tutela presentada por Dioneida Ballesteros Ballesteros, en calidad de agente oficiosa de Crispiniano Ballesteros Cáceres, contra Solsalud EPS y el Hospital Universitario de Santander.

Primera instancia: Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga, Santander, el dos (2) de diciembre de dos mil once (2011).

T-3374363.

Acción de tutela presentada por Marco Antonio Torres, en calidad de agente oficioso de Ana Rita Castro de Torres, contra Capital Salud EPS (antigua Salud Total EPS).

Primera instancia: Juzgado Promiscuo Municipal de Cubarral, Meta, el tres (3) de enero de dos mil doce (2012).

T-3377416.

Acción de tutela presentada por Sandra Milena Murcia Rodríguez, en calidad de agente oficiosa de Maximino Murcia Cubillos, contra la Nueva EPS.

Primera instancia: Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C., el once (11) de enero de dos mil doce (2012).²

I. ANTECEDENTES

Los agentes oficiosos de Adolfo Durán Chacón, Crispiniano Ballesteros Cáceres, Ana Rita Castro de Torres y Maximino Murcia Cubillos presentaron acciones de tutela contra diversas EPS y centros médicos porque consideran que esas entidades vulneraron los derechos

fundamentales a la salud y la dignidad humana de sus agenciados, al no prestarles efectivamente servicios o insumos requeridos para el manejo paliativo de sus enfermedades, o para el tratamiento de las mismas, desconociendo además que eran personas en condición de debilidad manifiesta. En los asuntos analizados se presentan circunstancias que motivan la decisión de estudiarlos en una sola providencia: los agenciados padecían enfermedades catastróficas y fallecieron en el transcurso del proceso de tutela.

A continuación se realizará una exposición más amplia de los antecedentes de cada caso.

1. Caso de Adolfo Durán Chacón contra Solsalud EPS, el Hospital Universitario de Santander, Ingemédicas Santander Ltda. y Oxígenos de Colombia Ltda. Expediente T-3299086

1.1. Adolfo Durán Chacón padecía “cáncer de lengua en estado avanzado”,³ y su médico tratante le ordenó un “concentrador con backup de reserva” y un “equipo aspirador de secreciones con succionador”⁴, con la finalidad de que pudiera recibir cuidados paliativos en su hogar.⁵ Solsalud EPS autorizó la entrega de tales insumos,⁶ pero esta nunca se hizo efectiva porque los distribuidores (Ingemédicas Santander Ltda. y Oxígenos de Colombia Ltda.) alegaron problemas contractuales y de disponibilidad para hacer efectivo el suministro.

En vista de lo anterior, Jhon Alexander Ardila Antolines, sobrino del paciente, presentó la acción de tutela objeto de revisión,⁷ solicitando que fueran amparados los derechos fundamentales a la salud y la dignidad humana de Adolfo Durán Chacón, y que las entidades demandadas proporcionaran efectivamente los equipos necesarios para el cuidado paliativo de su enfermedad.

En el término concedido para contestar la acción de tutela Solsalud EPS no se pronunció.

1.3. El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga declaró improcedente la acción de tutela mediante sentencia de tres (3) de octubre de dos mil once (2011). Consideró que, como el agenciado había recibido amparo constitucional a su derecho a la salud mediante sentencia proferida por el Juzgado Quinto Panel del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, el diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011),¹⁰ por la

cual se ordenó a la EPS accionada asegurarle el tratamiento integral para el cáncer de lengua que padecía, existía otro mecanismo de defensa judicial eficaz e idóneo para la protección de su derecho a la salud, representado en el incidente de desacato. Esta providencia no fue impugnada.

1.4. Dos días después de proferida la sentencia de tutela, Solsalud EPS intervino en el proceso.¹¹ En su escrito informó que: (i) Adolfo Durán Chacón estaba afiliado a esa entidad en el régimen subsidiado de salud; (ii) los procedimientos médicos para su patología estaban incluidos en el POS-S; y (iii) el paciente falleció el tres (3) de octubre de dos mil once (2011). En virtud de lo anterior, solicitó (extemporáneamente) declarar improcedente la acción por carencia actual de objeto.

2. Caso de Crispiniano Ballesteros Cáceres contra Solsalud EPS y el Hospital Universitario de Santander. Expediente T-3370308

2.1. El médico tratante de Crispiniano Ballesteros Cáceres, quien tenía sesenta y cinco (65) años de edad y padecía “cáncer de esófago [con] metástasis en el cerebro”,¹² consideró que era necesario para su tratamiento la “resección del tumor intracerebeloso por craneotomía suboccipital”.¹³ Solsalud EPS autorizó dicha intervención quirúrgica en el Hospital Universitario de Santander, así como las respectivas evaluaciones de anestesiología y oncología.¹⁴ Sin embargo, la cirugía no pudo llevarse a cabo porque en el centro de salud mencionado no había disponibilidad de cupos en la unidad de cuidados intensivos.

Bajo este contexto, Dioneida Ballesteros Ballesteros presentó la acción de tutela objeto de revisión.¹⁵ Allí pretendió que se ampararan los derechos fundamentales a la salud y la dignidad humana del agenciado, y que se ordenara realizarle la intervención quirúrgica en otra IPS que contara con la unidad de cuidados intensivos requerida, exonerándolo de copagos porque carecía de recursos económicos.

2.2. El Hospital Universitario de Santander solicitó ser apartado del proceso de tutela. Para ello manifestó que la intervención quirúrgica del actor no la pudo efectuar porque tenían insuficientes cupos en su unidad de cuidados intensivos, y que era responsabilidad de Solsalud EPS encontrar otro centro médico adecuado para que se practicara la cirugía requerida.¹⁶ Por su parte, Solsalud EPS pidió que se negaran las pretensiones del accionante y se declarara que no existía vulneración alguna de sus derechos fundamentales. Indicó que

habían autorizado todos los tratamientos para que Crispiniano Ballesteros Cáceres superara sus padecimientos, tales como consultas con especialistas y hospitalización,¹⁷ pero que la cirugía no pudo realizarse por falta de disponibilidad de cupos en la unidad de cuidados intensivos donde debía efectuarse la operación.¹⁸

2.3. El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga denegó el amparo, mediante sentencia del dos (2) de diciembre de dos mil once (2011). En su concepto, la EPS demandada había sido diligente en la prestación de los servicios de salud requeridos por el actor, en tanto ordenó la intervención quirúrgica reclamada y las respectivas evaluaciones previas, y sólo estaba pendiente de que hubiera disponibilidad de una unidad de cuidados intensivos para llevar a cabo la intervención.

Mediante comunicación telefónica, la Sala de Revisión estableció que el señor Crispiniano Ballesteros Cáceres falleció el siete (7) de enero de dos mil doce (2012).¹⁹

3. Caso de Ana Rita Castro de Torres contra Capital Salud EPS. Expediente T-3374363

3.1. Ana Rita Castro de Torres tenía ochenta y nueve (89) años de edad al momento de la presentación de la acción de tutela²⁰ y padecía “insuficiencia cardiaca congestiva en descompensación”.²¹ A juicio de su médico tratante, necesitaba remisión prioritaria del Hospital Municipal de Acacias (ESE), donde se hallaba hospitalizada, a un centro de salud con nivel de atención II,²² donde contara con los medios apropiados para su tratamiento.

Capital Salud EPS autorizó el traslado, pero no lo realizó efectivamente bajo el argumento de insuficiencia de disponibilidad de camas en las IPS que consultó. Bajo este contexto, Marco Antonio Torres, hijo de la paciente, interpuso acción de tutela con el fin de obtener amparo al derecho fundamental a la salud y la remisión de su madre a una IPS con nivel de atención II.²³

3.2. Capital Salud EPS, en contestación de la acción de tutela, manifestó que (i) Ana Rita Castro de Torres estaba afiliada al régimen subsidiado de salud mediante esa entidad, y (ii) una vez se solicitó la remisión de la paciente por parte del médico tratante intentaron su traslado a instituciones de salud con nivel de atención II ubicadas en las ciudades de Villavicencio y Bogotá, aunque sus esfuerzos fueron infructuosos porque las IPS manifestaban tener insuficiente disponibilidad del servicio. Asimismo, indicó que (iii) el veintidós (22) de

diciembre de dos mil once (2011), Ana Rita Castro de Torres falleció “como consecuencia de complicaciones propias de su patología que no guardan relación directa con el traslado a otro nivel de salud”, y a pesar de los “múltiples esfuerzos del equipo médico y la atención garantizada”, por lo que solicitó declarar la improcedencia del amparo constitucional por carencia actual de objeto.

3.3. El Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Cubarral, Meta, mediante fallo de tres (3) de enero de dos mil doce (2012) declaró improcedente la acción de tutela por daño consumado, tras verificar el deceso de Ana Rita Castro de Torres. No obstante, en su decisión censuró la actuación de Capital Salud EPSS al no haberle proporcionado a la paciente un centro de salud con nivel de atención II, y previno a la demandada para que en ningún caso volviera a incurrir en tal omisión.

4. Caso de Maximino Murcia Cubillos contra la Nueva EPS. Expediente T-3377416

4.1. Maximino Murcia Cubillos de setenta y tres (73) años de edad²⁴ padecía de “cáncer de próstata con metástasis espinales múltiples”,²⁵ enfermedad que le produjo “paraplejía espástica”. Para su tratamiento, el médico encargado le ordenó terapias físicas domiciliarias, enfermera por doce (12) horas y transporte en ambulancia (casa - hospital - casa) cuando necesitara asistir a citas médicas y radioterapias.²⁶ Sin embargo tales servicios fueron negados por la Nueva EPS, aduciendo que no eran necesarios y no se hallaban incluidos en el POS.

Frente a estas circunstancias, Sandra Milena Murcia Rodríguez, hija de Maximino Murcia Cubillos, presentó acción de tutela solicitando que se ampararan los derechos fundamentales a la salud y la dignidad humana de su padre,²⁷ y en consecuencia se ordenara a la EPS referida proporcionar los servicios médicos requeridos por su padre y ordenados por el médico encargado.

4.2. La Nueva EPS se opuso a las pretensiones y solicitó denegar el amparo constitucional, con base en las siguientes razones: (i) en cuanto a la solicitud de terapias físicas domiciliarias y enfermería, manifestó que los servicios los estaba prestando con traslados permanentes a una IPS, y que no existía “justificación de atención domiciliaria pues dichas terapias se pueden realizar y programar con las consultas ambulatorias”; y (ii) respecto del transporte en ambulancia, indicó que debía negarse por no estar incluido en el POS, y porque la orden la

emitió un médico particular no adscrito a la EPS.

4.3. El Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, mediante fallo de once (11) de enero de dos mil doce (2012), declaró la carencia actual de objeto por daño consumado debido a que durante el trámite de la acción de tutela Maximino Murcia Cubillos falleció.²⁸ De todas formas, previno a la Nueva EPS para que se abstuviera de “dilatarse la prestación del servicio de salud a las personas que por sus condiciones físicas, sociológicas y económicas requieran atención prioritaria”. Y es que a su juicio, el accionante fallecido tenía derecho a los servicios de salud requeridos de manera prioritaria, ya que era un adulto mayor con escasos recursos económicos que padecía una enfermedad catastrófica y requería los servicios de salud negados por la EPS.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Cuestión previa. Cuando se verifica carencia actual de objeto por daño consumado, el juez constitucional mantiene su competencia para pronunciarse de fondo sobre el problema jurídico planteado

En esta oportunidad corresponde a la Sala abordar cuatro casos de personas que padecían enfermedades catastróficas, y que solicitaron por vía de tutela que les proporcionaran equipos o procedimientos médicos necesarios para su tratamiento, o para mantener una condición de vida acorde con la dignidad humana pese a sus padecimientos. Esos servicios fueron negados por las entidades accionadas y los peticionarios fallecieron sin haber obtenido los servicios de salud requeridos. Entonces, si se tiene en cuenta que la finalidad principal de la acción de tutela es garantizar la protección de los derechos fundamentales, debe afirmarse que en los casos objeto de estudio ya no puede alcanzarse ese fin, ya que todos los actores fallecieron como consecuencia de las enfermedades que padecían, y serían inocuas las órdenes que se impartieran como protección.²⁹ Por ello debe determinarse si la Sala conserva o no la competencia para pronunciarse de fondo sobre las acciones de tutela acumuladas.

2.1. Tal cuestionamiento ha sido resuelto pacíficamente en la jurisprudencia constitucional de manera afirmativa.³⁰ Así, se ha sostenido que cuando las situaciones de hecho que amenazan o vulneran los derechos fundamentales de las personas cesan o desaparecen durante el trámite de la tutela, el juez constitucional tiene la facultad de resolver de fondo el asunto. Ahora bien, el grado de intensidad con el cual se analiza dentro del fallo la vulneración de los derechos fundamentales, varía dependiendo de si la carencia actual de objeto se configura por un hecho superado o un daño consumado.

2.2. Cuando se presenta un hecho superado, es decir, cuando entre la interposición del amparo y el momento del fallo se repara la amenaza o vulneración del derecho alegado, “no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para Corte en sede de Revisión, incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda”,³¹ con la finalidad de señalar aquellas actuaciones que a pesar de superadas fueron contrarias a la constitución, y evitar así su repetición. Además, para declarar el hecho superado, es necesario que dentro de la providencia explique las circunstancias de superación de la amenaza o violación de intereses iusfundamentales, y los medios de convicción sobre los que estructura su decisión.

2.3. Ahora bien, si la carencia de objeto está fundamentada en un daño consumado, esto es, cuando en razón de la vulneración a los derechos fundamentales se ha ocasionado un daño irreparable que se pretendía evitar con la orden del juez de tutela, “resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos”.³² De esta forma, se busca garantizar la justicia material y proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que se desconocieron.³³ Por lo tanto, cuando se configura un daño consumado, el juez constitucional no sólo tiene la facultad sino el deber de pronunciarse de fondo, y exponer las razones por las cuales se produjo un perjuicio en cabeza del accionante, además de realizar las advertencias respectivas para indicar la garantía de no repetición.³⁴

2.4. Así las cosas, cuando hay carencia de objeto, independientemente de si durante el proceso se superó la causa de la vulneración a los derechos fundamentales, o si por el contrario dicha violación generó en cabeza del peticionario un daño irreparable, la Corte Constitucional guarda la competencia para pronunciarse de fondo en el asunto, con el propósito de salvaguardar la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y promover

en la comunidad la garantía de no repetición de actuaciones desconocedoras de la Constitución.

De acuerdo a lo expuesto, la Sala concluye que los accionantes sufrieron un daño consumado, toda vez que murieron, produciéndose así la lesión que pretendían evitar o atenuar mediante la acción de tutela. Así, cualquier orden de la Corte dirigida a proteger sus derechos fundamentales sería insulsa y caería en el vacío. Sin embargo, siguiendo las consideraciones recién expresadas, ello no es un impedimento para resolver de fondo los asuntos, analizar si las entidades demandadas, con sus actuaciones u omisiones desconocieron la Constitución, y adoptar las medidas pertinentes para proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y garantizar que no se reincidirá en su violación.

Por lo tanto, la Sala procede a plantear los distintos problemas jurídicos propuestos, revisar los fallos de instancia, y determinar las órdenes que deben adoptarse para cumplir los propósitos expuestos.

3. Planteamiento de los casos y problemas jurídicos

La Sala estima que a pesar de que en todos los casos confluye una circunstancia común (el fallecimiento de los accionantes en espera de recibir diversos servicios de salud, que hubiesen contribuido a atenuar sus padecimientos), es pertinente plantear cuatro problemas jurídicos diferentes, pues cada asunto se proyecta sobre diversas dimensiones del derecho a la salud. A continuación se planteará cada uno de los asuntos y se su respectivo problema jurídico.

3.1. Jhon Alexander Ardila Antoniles, actuando como agente oficioso de su tío Adolfo Durán Chacón, interpuso acción de tutela con el fin de obtener protección constitucional a sus derechos fundamentales a la salud y la dignidad humana. Argumentó que Solsalud EPS, Ingemédicas Ltda, Oxígenos de Colombia y el Hospital Universitario de Santander violaron los derechos de su tío al no suministrarle un concentrador con backup de reserva y un equipo aspirador de secreciones con succionador, a pesar de que habían sido autorizados por la EPS y eran esenciales para el cuidado paliativo del cáncer de lengua avanzado que padecía.

Las accionadas sostuvieron que no violaron los derechos fundamentales del señor Durán Chacón, pues se abstuvieron de suministrar los equipos médicos con base en justificaciones

razonables, así: (i) la empresa Ingemédicas Ltda. alegó que no proporcionó al señor Durán Chacón el oxígeno autorizado porque a la fecha se presentaba “una delicada situación de cartera (cuentas por pagar) de SOLSALUD EPS”; (ii) Oxígenos de Colombia Ltda. manifestó que la negativa de entregar el succionador de secreciones obedeció a la falta de disponibilidad del mismo; (iii) el Hospital Universitario de Santander sostuvo que en su calidad de IPS no le correspondía proveer a domicilio dichos insumos; y (iv) Solsalud EPS, extemporáneamente, informó que sí autorizó la entrega de los equipos porque habían sido ordenados por el médico tratante del paciente, y se encuentran incluidos en el POS; pero que el señor Adolfo Durán Chacón falleció el tres (3) de octubre de dos mil once (2011), antes de que éstos pudieran serle suministrados.

En concepto de la Sala, independientemente de las controversias contractuales planteadas por las autoridades demandadas, la única relación jurídica relevante para determinar si en el presente caso se produjo una violación a los derechos fundamentales a la salud y la dignidad humana, es aquella que sostenían Solsalud EPS y Adolfo Durán Chacón, en virtud al papel de las EPS como intermediarias de servicios médicos y particulares autorizados para la prestación de un servicio público esencial. Por lo tanto, el problema jurídico a resolver es el siguiente: ¿una entidad promotora de salud vulnera los derechos a la salud y la dignidad humana de un paciente cuya enfermedad se encuentra en etapa terminal, cuando le autoriza la entrega de equipos médicos incluidos en el POS y necesarios para el cuidado paliativo de su condición médica, pero no se los suministra efectivamente debido a problemas contractuales con sus proveedores?

3.2. Por otro lado, la agente oficiosa de Crispiniano Ballesteros Cáceres estima que Solsalud EPS, al autorizarle pero no practicarle efectivamente una cirugía para el tratamiento del “cáncer de esófago [con] metástasis en el cerebro” que padecía, le vulneró sus derechos a la salud y la dignidad humana, pues la prestación era necesaria para tratar la enfermedad. Solsalud EPS señaló que no violó derecho alguno, toda vez que autorizó la cirugía del señor Ballesteros Cáceres y los respectivos exámenes previos de anestesiología y oncología, pero la intervención no pudo realizarse por falta de disponibilidad de cupos en la unidad de cuidados intensivos del Hospital Universitario de Santander.

Así las cosas, le corresponde a la Sala establecer si, (ii) ¿una entidad promotora de salud viola los derechos a la salud y la dignidad humana de una persona que padece una

enfermedad catastrófica en estado avanzado, al autorizarle una cirugía requerida para el tratamiento de la misma pero no realizarla efectivamente argumentando que el centro médico para el cual fue ordenada carece de disponibilidad de cupos en su unidad de cuidados intensivos, y al no proveer el servicio en otra IPS, a pesar de tratarse de una intervención necesaria para superar la enfermedad según concepto del médico tratante?

3.3. Con relación al caso de Ana Rita Castro de Torres, quien tenía ochenta y nueve (89) años de edad,³⁵ su agente oficioso solicitó el amparo de su derecho a la salud considerando que Capital Salud EPS lo había vulnerado al no trasladarla del Hospital Municipal de Acacías (ESE) a un centro con nivel de atención II, pese a que el médico encargado se lo había ordenado con la finalidad de garantizarle un tratamiento especializado para su “insuficiencia cardiaca congestiva en descompensación”. Al respecto Capital Salud EPS indicó que no vulneró derecho alguno, puesto que una vez fue solicitada la remisión de la paciente por parte del médico tratante intentaron su traslado a instituciones de salud con nivel de atención II ubicadas en las ciudades de Villavicencio y Bogotá, aunque sus esfuerzos fueron infructuosos porque las IPS manifestaban insuficiente disponibilidad del servicio.

De esta forma, a la Corte le corresponderá estudiar el siguiente problema jurídico: ¿una entidad promotora de salud vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona de la tercera edad afectada por una condición médica que, en concepto de su médico tratante requiere atención hospitalaria de un nivel más alto al que viene recibiendo, al autorizarle el traslado requerido pero no hacerlo efectivo alegando problemas de disponibilidad de camas en las IPS consultadas para recibirla?

3.4. Finalmente, en el caso de Maximino Murcia Cubillos, quien tenía setenta y tres (73) años de edad al momento de presentación de la tutela,³⁶ su agente oficioso consideró que la Nueva EPS le desconoció el derecho a la salud cuando le denegó la prestación del servicio de terapias físicas domiciliarias, enfermera por doce (12) horas y transporte en ambulancia (casa - hospital - casa) para las citas médicas ordenadas. Servicios requeridos para tratar la paraplejía que sufría, consecuencia de un “cáncer de próstata con metástasis espinales múltiples”. La Nueva EPS le negó esas prestaciones porque, en su concepto, (i) el servicio de enfermería y terapias a domicilio no resultaba necesario, pues las terapias requeridas podían

realizarse y programarse mediante consultas ambulatorias; y (ii) porque el servicio de ambulancia no hace parte del POS y además fue ordenado por un médico externo a la EPS.

En este contexto, le corresponde a la Sala establecer si ¿una entidad promotora de salud vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona que padece paraplejia producida por una enfermedad catastrófica, al negarle los servicios de enfermería y terapia a domicilio, argumentando que pueden ser prestados mediante consultas ambulatorias; así como el servicios de transporte en ambulancia para las citas requeridas, alegando que no está incluido en el POS, a pesar de tratarse de prestaciones ordenadas por un médico externo como servicios terapéuticos necesarios para una persona en condición de debilidad manifiesta por su edad y condición de salud?

3.5. Para efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala (i) realizará una breve reseña sobre el derecho a acceder a los servicios de salud requeridos; luego (ii) ofrecerá respuesta a cada uno de los problemas jurídicos descritos y; finalmente, (iii) establecerá y explicará el alcance de las órdenes a adoptar.

4. El derecho fundamental a la salud comprende el acceso a los servicios requeridos para conservar la salud, la integridad personal y/o la dignidad, de manera oportuna y eficaz. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho fundamental a la salud, tal como ha sido entendido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, comprende en su dimensión positiva la garantía de un sistema de protección que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.³⁷ El citado Comité, en su Observación General No. 14 resaltó que la estructura del derecho puede descomponerse en cuatro elementos esenciales: accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad.³⁸ Dados los problemas planteados por la Sala, es importante destacar que la accesibilidad, en términos generales, denota la posibilidad de todas las personas de acceder, sin discriminación alguna, a los establecimientos, bienes, programas y servicios públicos de salud.³⁹

4.1. En ciertos casos, el goce efectivo del derecho a la salud depende de la capacidad que tiene el sistema de materializar un servicio requerido por el interesado para el tratamiento preventivo, curativo y paliativo de su condición de salud.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, un servicio requerido es aquel ordenado por el médico tratante que es indispensable para conservar la salud, en especial, cuando está comprometida la vida digna y la integridad personal del paciente.⁴⁰ Sin embargo, teniendo en cuenta que los recursos económicos del sistema son limitados y deben asignarse cuidadosamente, por ello la regulación de los planes obligatorios de salud se basa en el perfil epidemiológico de la población colombiana y comprende los medicamentos o servicios requeridos con mayor intensidad y frecuencia por los asociados. La forma de acceder a los servicios de salud varía entonces, dependiendo de si están incluidos en un plan obligatorio de salud (en adelante POS) o no.

En el primer evento (cuando el tratamiento está incluido en el POS), la jurisprudencia constitucional ha señalado que los usuarios del sistema tienen la facultad de exigir mediante tutela el acceso afectivo a los procedimientos o servicios médicos requeridos.⁴¹ Por lo que, en otras palabras, “no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”⁴² En el segundo escenario (es decir, cuando el servicio no se encuentra incluido en el POS), no basta con que el tratamiento prescrito sea requerido, sino que también debe ser necesario, en el sentido de que el peticionario no puede sufragarlo autónomamente.

Concretamente, se ha sostenido que las entidades promotoras de salud tienen la obligación de prestar un servicio no incluido en el POS, si al examinar las circunstancias del peticionario se observa que “(i) si no se autoriza el servicio de salud pedido se pone en riesgo su vida o se desmejoran sus condiciones de salud; (ii) no existe dentro del POS o POS-S otro medicamento, tratamiento o procedimiento con el mismo nivel de efectividad por el cual pueda ser reemplazado; (iii) el usuario carece de los recursos económicos para sufragar el costo del servicio de salud que requiere; y (iv) dicho medicamento, tratamiento o procedimiento fue prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS o EPS-S.”⁴³

Respecto del último presupuesto, debe advertirse que hay eventos en los cuales el concepto médico externo puede llegar a vincular a la EPS en cuestión, si la entidad sabe de la opinión profesional y no la descartó con base en información científica. Como quiera que se estudió inadecuadamente el caso, o ni siquiera se ha sometido a consideración de los médicos adscritos a la entidad las circunstancias del peticionario.⁴⁴

4.2. Ahora bien, no basta que el sistema garantice el acceso a los servicios de salud que se requieran, sino que también es necesario que se procure la prestación de éstos oportuna y eficazmente. Porque cuando una entidad reconoce el derecho a un tratamiento pero no lo presta en el momento que es demandado, puede generar consecuencias graves en la salud del interesado, como someterlo a intenso dolor o agravarle las circunstancias de vulnerabilidad. De esta forma, el juez constitucional, observando su deber de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales, está facultado para ordenar que determinado procedimiento médico ya autorizado por la EPS se lleve a cabo de manera inmediata, evitando en todo caso que se trasladen a los usuarios, los trámites o problemas de carácter administrativo.

Así lo reconoció la jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia T-700 de 2011,⁴⁵ caso en el cual una paciente afectada por el virus del VIH requería ser hospitalizada en concepto de su médico tratante para continuar su tratamiento, pero el servicio no fue prestado efectivamente bajo la consideración de que había insuficiente disponibilidad de camas. Al respecto, sostuvo la Corte que una situación de tipo administrativo "(...) no puede prevalecer ante el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de una persona que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, por padecer una enfermedad catalogada como catastrófica o ruinosa y que, para ese momento, se encontraba en estado terminal. En este sentido, no autorizar la hospitalización de una persona que lo necesita urgentemente, por no contar con camas de aislamiento, no puede ser un argumento de recibo en esta oportunidad, puesto que, por una parte, desdibuja uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, el cual es la efectividad de los derechos constitucionales y, por otra parte, los argumentos administrativos no sirven de excusa para negar o dilatar un tratamiento, pues este tipo de problemas son de la esfera interna de la E.P.S. y no se pueden trasladar a los pacientes".⁴⁶

4.3. En conclusión, todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que requieran, estén incluidos o no en el POS. Sin embargo, cuando el tratamiento no se encuentre incluido en los planes obligatorios de salud, éste debe ser necesario para que pueda solicitarse por vía de tutela, en el sentido de que la persona no cuenta con los recursos económicos para costearlo. Igualmente, la protección del acceso a los servicios de salud no se agota en la garantía de que la EPS reconocerá la prestación requerida, sino que también contempla la prerrogativa a exigir que se preste oportuna y eficazmente. La demora

de la puesta en marcha de un tratamiento deja en vilo el derecho a la salud del interesado, aumentando el riesgo de que las circunstancias se agraven, su dignidad humana o su vida se vean comprometidas. En esta dirección, ha concluido la Corte, que no pueden interponerse barreras administrativas de acceso al goce del derecho a la salud, tales como trasladar a los usuarios los problemas o cargas administrativas ligadas a la prestación del servicio.

5. Solsalud EPS vulneró los derechos a la salud y la dignidad humana de Adolfo Durán Chacón, en tanto no le suministró efectivamente equipos médicos incluidos en el POS necesarios para el cuidado paliativo de su enfermedad. Expediente T-3299086

En esta oportunidad la Corte deberá determinar si Solsalud EPS violó los derechos a la salud y la dignidad humana de Adolfo Durán Chacón, quien tenía cáncer de lengua en etapa terminal, cuando le autorizó la entrega de un concentrados con backup de reserva y un equipo aspirador de secreciones con succionador (equipos incluidos en el POS) para el cuidado paliativo de su enfermedad, pero no se los suministró efectivamente debido a que tenía problemas contractuales con sus proveedores. La Sala concluirá que sí se desconocieron los derechos fundamentales pero que es necesario declarar el daño consumado por la muerte del peticionario.

5.1. No obstante, antes de resolver el problema planteado, la Corte hará un breve pronunciamiento sobre el asunto de procedibilidad ventilado por el juez de instancia. Allí, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga resolvió declarar improcedente la acción porque no cumplía el presupuesto de subsidiariedad. Entendiendo para ello, que como al accionante le ampararon el tratamiento integral para su cáncer de lengua mediante una sentencia de tutela previa, no debió presentar otra acción constitucional para solicitar equipos de cuidado paliativo de esa misma enfermedad, sino iniciar una solicitud de cumplimiento de la primera decisión o un incidente de desacato contra la EPS demandada.

5.1.2. Sin embargo, si se observa detenidamente la jurisprudencia constitucional que ha permitido en salud la presentación de una nueva acción de tutela sin que constituya temeridad,⁴⁸ se puede concluir que el amparo constitucional también era procedente. En efecto, esta Corporación ha sostenido que cuando los hechos alegados en la segunda tutela “(i) no hayan ocurrido antes; o (...) no hayan sido conocidos por el actor al momento de la primera tutela; [y cuando] (ii) (...) afecten su vida biológica o sus condiciones mínimas de

sobrevivencia”, existe una justificación aceptable para la interposición de una nueva acción constitucional⁴⁹. Y ciertamente, para el momento en que Adolfo Durán Chacón presentó la primera acción de tutela, (i) los hechos que el accionante ahora menciona como vulneradores de la dignidad humana y la salud no habían ocurrido. Ello porque en ese momento sólo sabía que necesitaba de una cirugía para superar el cáncer de lengua, pero no podía prever que la misma iba ser fallida y que necesitaría de un concentrador con backup de reserva y un equipo aspirador de secreciones con succionador para el cuidado paliativo de tal enfermedad. Pero además, (ii) la omisión en la entrega de dichos equipos afectaron de manera relevante sus condiciones mínimas de sobrevivencia digna, en cuanto dilató el tratamiento paliativo que debía realizarse en su hogar.

En conclusión, la declaratoria de improcedencia de la tutela efectuada por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga no es aceptable desde el punto de vista constitucional pues, si bien es cierto que el accionante podía solicitar el cumplimiento de las órdenes de protección contenidas en el fallo de tutela que ordenó prestarle el tratamiento integral, o adelantar un incidente de desacato contra la EPS por no cumplir la orden de de tratamiento integral, también estaba facultado para interponer otra acción de tutela solicitando servicios médicos difíciles de proveer dadas las nuevas circunstancias, teniendo en cuenta que la enfermedad había evolucionado, y se hacían necesarios otros servicios para salvaguardar los últimos días de su existencia en condiciones dignas.

Más aún, dado que el concepto de tratamiento integral puede ser interpretado tanto como la prestación de todos los servicios requeridos por el paciente; la nueva tutela se dirigía a obtener la entrega de unos equipos, cuya importancia sólo se dictaminó luego de la cirugía; razón por la cual era necesaria la acción y no un incidente de cumplimiento de una sentencia, en que no fue considerada como parte del tratamiento integral la entrega de equipos, porque para entonces no se necesitaban.

Por ello, debe advertirse que los jueces constitucionales no pueden perder de vista que una de las finalidades esenciales del Estado es “garantizar la efectividad” (art. 2º C.P.) de los derechos consagrados en la Constitución, por lo que deben adoptarse las medidas pertinentes para cumplir ese fin. En este caso, se halla comprometido el goce del derecho fundamental a la salud de una persona cuyas condiciones médicas eran apremiantes.

5.2. Aclarado lo anterior, debe la Sala pronunciarse sobre el problema de fondo. En este aparte, se concluirá que los derechos fundamentales de Adolfo Durán Chacón sí fueron violados por Solsalud EPS, al reconocerle la entrega de unos equipos médicos incluidos en el POS y necesarios para el cuidado paliativo de su enfermedad, y no suministrárselos efectivamente alegando problemas contractuales con sus proveedores, desconociendo el derecho del afectado al acceso a un servicio de salud requerido.

5.2.1. En efecto, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se puede comprobar que Adolfo Durán Chacón requería de un concentrador con backup de reserva y un equipo aspirador de secreciones con succionador para el cuidado paliativo del cáncer de lengua que padecía, equipos que se encontraban incluidos en el POS, dado que (i) su médico tratante adscrito a la EPS lo consideró así; y (ii) la ausencia de éstos puso bajo amenaza su integridad física y lo sometió a que en la etapa terminal de su enfermedad no pudiera recibir la ayuda médica necesaria. De hecho, era tan claro que el accionante requería de tales insumos para el tratamiento paliativo de su condición, que la entidad demandada autorizó su entrega.

5.2.2. De acuerdo con la respuesta que ofreció Solsalud EPS, no pudo entregar tales insumos debido a problemas contractuales con sus proveedores, tanto de cartera atrasada como de disponibilidad de equipos.

A juicio de la Sala, tales razones no justifican su omisión. Primero, porque sólo razones estrictamente médicas pueden explicar el retraso o la suspensión en la prestación efectiva de un servicio de salud, y en este caso sólo se ofrecieron explicaciones de orden administrativo.⁵⁰ Segundo, porque aceptar que se omita el suministro de unos equipos bajo estos argumentos, es tanto como admitir que se pueden trasladar cargas administrativas a los usuarios y, como se explicó en el acápite anterior, los problemas surgidos entre las EPS y sus proveedores de insumos no pueden perjudicar a los usuarios del sistema de salud.⁵¹

La Sala reitera entonces que las entidades prestadoras del servicio tienen la obligación de orientar sus esfuerzos para que sus afiliados tengan garantizado el derecho a la salud, sin que sea constitucionalmente admisible a los usuarios asumir problemas que escapan a su ámbito de dominio. En términos más simples, las EPS no pueden excusarse en su propia negligencia para dejar de prestar a sus afiliados servicios médicos requeridos.

5.2.3. Así las cosas, no hay ninguna justificación válida para que la demandada omitiera la

entrega al accionante de los equipos médicos prescritos para el cuidado paliativo de su cáncer de lengua. Tampoco es cierto que la EPS accionada haya garantizado el derecho a la salud del paciente al haber autorizado la entrega de tales insumos, porque era necesario que éstos se suministraran oportuna y eficazmente, para evitar que el peticionario se sometiera a circunstancias de agravación de su condición o a situaciones de indignidad. Debe recordarse que las personas tienen derecho al goce efectivo de sus derechos fundamentales y ello no ocurre cuando sólo cuentan con un pronunciamiento favorable (en este caso administrativo) o la afirmación del obligado sobre la posibilidad futura de ejercer y disfrutar sus derechos, como ocurrió en esta oportunidad.

De esta forma observa la Corte que Solsalud EPS, insensible a la situación del agenciado, que inclusive era tan grave que con posterioridad murió, permitió que dificultades administrativas llevaran al incumplimiento en la prestación de un servicio público esencial como la salud, haciendo nugatorio el goce del derecho a la salud de uno de sus usuarios.

En consecuencia, la Corte concluye que Solsalud EPS vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana y la salud de Adolfo Durán Chacón al autorizarle la entrega de equipos médicos incluidos en el POS para el cuidado paliativo de su enfermedad, pero no suministrárselos efectivamente bajo el entendido de que tenía problemas contractuales con sus proveedores, porque al esgrimir esas razones le creó injustificadamente una barrera de acceso a un servicio de salud que requería para transcurrir la etapa terminal de su condición médica en circunstancias dignas.

5.3. Con todo, tal y como se explicó en la cuestión previa de esta sentencia, deberá declararse la carencia actual de objeto por daño consumado. En tanto Adolfo Durán Chacón falleció antes de iniciarse el trámite de revisión de la tutela de la referencia, y cualquier orden dirigida a proteger sus derechos fundamentales sería inocua.

Sin embargo, en aras de salvaguardar la dimensión objetiva de las prerrogativas constitucionales y según lo expuesto en el acápite de cuestión previa, la Corte amparará sus derechos fundamentales y, por ende, revocará la sentencia del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga del tres (3) de octubre de dos mil once (2011), mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela presentada a nombre de Adolfo Durán Chacón, por supuesto incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Asimismo se

oficiara a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en ejercicio de sus competencias, investigue las actuaciones de Solsalud EPS en este caso.

6. Solsalud EPS violó los derechos fundamentales a la salud y la dignidad humana de Crispiniano Ballesteros Cáceres al no practicarle efectivamente una cirugía para el tratamiento del cáncer que padecía. Expediente T-3370308

En este caso la Sala debe establecer si Solsalud EPS desconoció los derechos a la salud y la dignidad humana de Crispiniano Ballesteros Cáceres, quien padecía “cáncer de esófago [con] metástasis en el cerebro”, al autorizarle una cirugía requerida para el tratamiento de la misma (resección del tumor intracerebeloso por craneotomía suboccipital), pero no realizarla efectivamente argumentando que el centro médico para el cual fue ordenada carecía de disponibilidad de cupos en su unidad de cuidados intensivos.

La entidad demandada estima que no vulneró ningún derecho fundamental porque autorizó la intervención quirúrgica del señor Ballesteros Cáceres y los respectivos exámenes previos de anestesiología y oncología, pero la misma no pudo realizarse por una circunstancia ajena a su voluntad, a saber: falta de disponibilidad de cupos en la unidad de cuidados intensivos del Hospital Universitario de Santander, el centro médico para el cual ordenó el procedimiento.

La Sala, por el contrario, señalará que los derechos fundamentales del señor Crispiniano Ballesteros sí se desconocieron. Primero porque la EPS accionada justifica su negligencia en un problema de disponibilidad superable y previsible; y segundo, porque a partir de ese problema generó una barrera al acceso a servicios de salud requeridos y trasladó al actor, sujeto de especial protección constitucional, las consecuencias de un problema administrativo, situación incompatible con la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud reiterada y la obligación de dar un trato especial, de carácter favorable, a los sujetos en condición de debilidad manifiesta o de vulnerabilidad.

6.1. Así, de las pruebas obrantes en el expediente, puede afirmarse que el peticionario requería de una “resección del tumor intracerebeloso por craneotomía suboccipital” para el tratamiento del cáncer que padecía. Ello por cuanto (i) el médico tratante adscrito a la EPS lo consideró así, y (ii) la omisión del procedimiento puso en riesgo su integridad física, aspecto demostrado infortunadamente por el posterior fallecimiento del afectado. Cabe resaltar que

la propia entidad demandada consideró que el señor Ballesteros requería ese procedimiento, pues autorizó su realización en el Hospital Universitario de Santander.

6.2. Pese a que estaba claro que el agenciado requería con urgencia un servicio de salud, éste no le fue prestado efectivamente. La razón que la accionada esgrimió para ello fue que la cirugía no pudo realizarse por falta de disponibilidad de cupos en la unidad de cuidados intensivos del centro médico para el que la autorizó.

Pues bien, al igual que en el caso anterior, la Sala estima que no se presenta una razón suficiente para justificar la omisión de la EPS. En este asunto los argumentos resultan inaceptables porque se trasladaron al paciente las consecuencias derivadas de una carga administrativa, y porque la EPS pretende justificar su actuación en un problema de disponibilidad superable y previsible. Esta situación no puede aceptarse en sede constitucional porque la EPS no sólo está en mejor posición para solucionar los problemas citados, sino que tiene el deber de hacerlo para prestar efectivamente los servicios requeridos, especialmente cuando se trata de personas que se encuentran en una condición precaria derivada de enfermedades desastrosas.

Ciertamente, se observa que la falta de disponibilidad de cupos en las unidades de cuidados intensivos era un problema superable para la EPS demandada, en tanto podía autorizar dicho servicio médico en alguna otra IPS de su red hospitalaria que contara con disponibilidad; y si de todas formas no encontraba el cupo requerido en aquellos centros, estaba en la obligación de contratar con IPS externas para efectos de garantizar el derecho a la salud del peticionario; finalmente, en caso de persistir ese problema, podía recurrir a centros de salud ubicados en ciudades cercanas al lugar de residencia del interesado, facilitándole el servicio de transporte y acompañamiento, como lo ha dispuesto la Corte Constitucional, en atención a que el actor y su familia eran personas de escasos recursos y a que, de no practicársele la cirugía, vería comprometida seriamente su integridad física.⁵² Es claro en este trámite que la falta de disponibilidad era un problema previsible porque es un hecho notorio que la demanda de unidades de cuidados intensivos es alta en las cabeceras municipales, y las EPS se enfrentan recurrentemente a la solicitud de cupos para la realización de intervenciones quirúrgicas, por lo que podía exigírsele a la accionada que tomara las medidas necesarias para evitar que la falta de recursos o equipos cercenaran la posibilidad de practicarle la cirugía al actor.

La EPS accionada, entonces, no podía excusarse en la falta de disponibilidad para dejar de prestarle un servicio de salud requerido al accionante, ya que estaba en capacidad de utilizar todos sus recursos para procurar que le practicaran efectivamente el procedimiento médico ordenado, y no se enfrentaba a un problema de disponibilidad de servicios insuperable e imprevisible. Aceptar lo contrario supondría admitir que la demandada podía refugiarse en su propia negligencia para dejar de prestar un servicio de salud requerido, y desconocer que la función básica de las EPS es garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de sus afiliados.

En conclusión: no existe alguna razón válida para que se le dejara de practicar la cirugía requerida a Crispiniano Ballesteros Cáceres, y tampoco es constitucionalmente aceptable el argumento según el cual la demandada garantizó el derecho a la salud del afectado al haber autorizado dicho procedimiento. Porque como se dijo, era necesario que el servicio se prestara oportuna y eficazmente, para evitar que se agravara su estado de salud. Por lo tanto, Solsalud EPS, vulneró los derechos fundamentales a la salud y la dignidad humana de Crispiniano Ballesteros Cáceres al no realizarle una cirugía requerida para el tratamiento de la enfermedad catastrófica que padecía (resección de tumor intracerebeloso por craneotomía suboccipital), alegando que el centro médico para el cual fue ordenada la intervención carecía de disponibilidad de cupos en su unidad de cuidados intensivos, toda vez que le trasladó al peticionario las consecuencias de un problema de disponibilidad superable y previsible, creándole una barrera de acceso a un servicio de salud que requería con urgencia.

6.3. Ahora bien, como se explicó previamente, deberá declararse la carencia actual de objeto por daño consumado, en tanto Crispiniano Ballesteros Cáceres murió en el transcurso del proceso de tutela, y cualquier orden dirigida a proteger sus derechos fundamentales sería inocua.

Sin embargo, en aras de salvaguardar la dimensión objetiva de las prerrogativas constitucionales, la Corte declarará la violación de sus derechos fundamentales y, por ende, revocará la sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga del dos (2) de diciembre de dos mil once (2011), mediante la cual se denegó el amparo presentado a

nombre de Crispiniano Ballesteros Cáceres. Asimismo se oficiara a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en ejercicio de sus competencias, investigue las actuaciones de Solsalud EPS en este caso.

7. Capital Salud EPS vulneró el derecho a la salud de Ana Rita Castro de Torres al no hacerle efectivo el traslado a un centro hospitalario donde le pudieran brindar un nivel de atención más alto, de acuerdo con lo ordenado por su médico tratante. Expediente T-3374363

La Sala determinará en este asunto si Capital Salud EPS violó el derecho a la salud de Ana Rita Castro de Torres, quien tenía ochenta y nueve (89) años de edad y padecía “insuficiencia cardiaca congestiva en descompensación”, al no hacerle efectivo el traslado a un centro médico con un nivel de atención más alto al que venía recibiendo, alegando falta de disponibilidad de camas en las IPS consultadas para recibirla, a pesar de que su médico tratante había indicado que requería con urgencia dicho traslado.

7.1. Ana Rita Castro de Torres requería ser trasladada del Hospital Municipal de Acacías (ESE) a un centro con nivel de atención II, en aras de recibir tratamiento más adecuado para su enfermedad, pues de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, (i) su médico tratante le ordenó el traslado mencionado porque (ii) de no hacerlo de manera “prioritaria [y] urgente” se presentaría un deterioro clínico de la interesada. De hecho, era tan claro para la EPS accionada que la paciente requería trasladarse para el tratamiento de su condición, que lo autorizó y procuró efectuarlo.

7.2. Ahora bien, ¿por qué nunca realizó el traslado referenciado? La respuesta de la demandada es que había insuficiente disponibilidad de camas en las IPS que consultó. A juicio de esta Sala tal explicación es inaceptable, en tanto la entidad no podía oponer un problema de disponibilidad superable y previsible para justificar la omisión de prestar un servicio de salud requerido, menos aún tratándose de una persona que era sujeto de especial protección constitucional por pertenecer a la tercera edad. Ello por cuanto la demandada tiene la obligación de implementar todos sus recursos para procurarle a sus afiliados los servicios de salud que requieran, comoquiera que es responsable directa de garantizarlos.

Efectivamente, para la EPS demandada, la falta de disponibilidad de camas en centros de salud con nivel de atención II era un problema de disponibilidad que podía solucionar y anticipar, por lo que estaba en plena obligación de cubrirlo y no trasladarlo a la accionante. Primero, era superable, porque al advertir que no había cupos en las IPS consultadas que hacían parte de su red, podía recurrir a otros centros de salud externos con los cuales no tenía contrato o convenio. Incluso, estaba en capacidad de ordenar el traslado de la actora hacía ciudades cercanas a su lugar de residencia, con la respectiva autorización de transporte y acompañamiento, si encontraba que era una persona de escasos recursos.⁵³ Segundo, era previsible, porque el hecho de tener que trasladar a habitantes de zonas rurales hacia centros de salud con atención más alta es un asunto recurrente. Mas aún si, al observar la historia clínica de la peticionaria y de acuerdo con su médico tratante, padecía una enfermedad cuyo tratamiento médico debía ser tratado en un establecimiento de nivel II. Por lo tanto no era desmedido exigirle a la demandada que tomara las medidas adecuadas para anticiparse a este tipo de percances, como por ejemplo reservar cupos.

En este caso la demandada no probó que imprimió todos los esfuerzos posibles para la prestación efectiva del servicio, en los términos recién mencionados: contactar todas las IPS de su red de servicios; contactar las IPS ubicadas en lugares (municipios) cercanos; e incluso contratar con IPS ajenas a su red, todo ello con el fin de asegurar el goce efectivo del derecho a la salud. No hay por lo tanto ninguna razón constitucionalmente válida entonces para que el traslado a un centro de salud con nivel de atención II se dejara de efectuar. Por el contrario, dicho servicio debió prestarse prioritariamente, pues además de que la accionante lo requería con urgencia, ella era un sujeto de especial protección constitucional, no sólo por su estado de salud, sino en virtud de su edad. Al respecto debe recordarse que, tanto el Estado como la familia y la sociedad, tienen la obligación superior de proteger y asistir a las personas mayores, especialmente en los servicios de la seguridad social integral (art. 46 C.P.). Como lo expresó el Comité Desc en la Observación General No 14 (citada):

“25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general N° 6 (1995), reafirma la importancia de un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de

atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad”.⁵⁴

7.3. A pesar de lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la cuestión previa de esta sentencia, deberá declararse la carencia actual de objeto por daño consumado, comoquiera que Ana Rita Castro de Torres falleció en el transcurso del proceso de tutela, y cualquier orden dirigida a proteger sus derechos fundamentales sería inocua.

Con todo, en aras de salvaguardar la dimensión objetiva de los derechos constitucionales, la Corte declarará la violación de sus derechos fundamentales y, por ende, confirmará parcialmente la sentencia del Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Cubarral, Meta, del tres (3) de enero de dos mil doce (2012), en tanto declaró el daño consumado y previno a la demandada para que en ningún caso volviera a incurrir en tal omisión. Se adicionará, sin embargo, esa decisión, y se oficiará a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en ejercicio de sus competencias, investigue las actuaciones de Capital Salud EPS en este caso.

8. La Nueva EPS violó el derecho a la salud de Maximino Murcia Cubillos, quien padecía paraplejia espástica y pertenecía a la tercera edad, al denegarle los servicios de enfermería y terapias a domicilio, y al no reconocerle el transporte en ambulancia para las citas requeridas. Expediente T-3377416

La Sala debe establecer si la Nueva EPS vulneró el derecho a la salud de Maximino Murcia Cubillos, quien padecía paraplejia espástica como consecuencia de un cáncer con metástasis espinal, y tenía setenta y tres (73) años de edad, cuando le denegó (i) el servicio de enfermería y terapias a domicilio bajo el entendido de que podían ser prestados mediante consultas ambulatorias; y (ii) el transporte en ambulancia para las citas requeridas alegando que no estaba incluido en el POS, a pesar de tratarse de prestaciones ordenadas por el médico tratante no adscrito a la EPS. Sobre el asunto la Sala indicará que sí se violó el derecho a la salud, porque no se contradijo el concepto del médico tratante y se cumplían las reglas jurisprudenciales para conceder los servicios a domicilio y el transporte en ambulancia.

8.1. Debe señalarse que tanto los servicios de enfermería y terapias domiciliarias como de transporte, eran requeridos por Maximino Murcia Cubillos para el tratamiento de la

enfermedad catastrófica que padecía. En cuanto (i) un médico neurocirujano del Hospital Infantil Universitario de San José los ordenó debido a la condición de “discapacidad severa” que lo limitaba para la realización de actividades básicas diarias; y (ii) porque la falta de estos servicios generaba una falta de atención para el estado de salud del paciente y el transcurso de su enfermedad en condiciones de dignidad.

Pese a lo anterior, la Nueva EPS consideró que tales servicios no podían comprenderse requeridos por el actor, comoquiera que habían sido ordenados por un médico no adscrito a la entidad. Sin embargo ese entendimiento es inaceptable, ya que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el concepto de un médico externo puede “(...) llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión”.⁵⁵ Y precisamente, en este caso, la Nueva EPS conoció el concepto del médico externo, pues el interesado se lo presentó con la intención de que le suministraran los servicios de enfermería, terapias y ambulancia. Pero además no lo descartó teniendo en cuenta argumentos estrictamente médicos, pues los especialistas adscritos a la entidad nunca examinaron esa prescripción. Así las cosas, en este asunto, el concepto del médico externo, según el cual Maximino Murcia Cubillos requería los servicios mencionados era vinculante para la Nueva EPS.

Ahora bien, establecido lo anterior, la Sala deberá determinar si la Nueva EPS impuso injustificadamente una barrera de acceso al accionante a servicios de salud que requería.

8.2. Respecto de los servicios de enfermería y terapias domiciliarias la Corte concluirá que sí se impuso esa barrera, porque ambas prestaciones estaban incluidas en el POS y era obligación de la EPS suministrarlas sin condicionamiento alguno. Efectivamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando una EPS deniega un servicio médico requerido e incluido en el POS, vulnera el derecho a la salud del interesado,⁵⁶ dado que injustificadamente se le impone una barrera de acceso al goce efectivo del derecho, y se incumple con la obligación más básica de las EPS, que es “garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (...)”.⁵⁷ Entonces, teniendo en cuenta que de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de

Regulación en Salud (CRES), tanto la enfermería como las terapias domiciliarias se hallan incluidas dentro del POS,⁵⁸ y que tales prestaciones eran requeridas por Maximino Murcia Cubillos, se sostendrá que la negativa de suministrarlos vulneró su derecho fundamental a la salud.

8.3. Asimismo, respecto de la negativa de prestar el servicio de transporte en ambulancia, la Sala considera que, a pesar de ser una prestación que no hace parte del POS, la negativa de la EPS, en el caso concreto, sí vulneró el derecho a la salud del peticionario, pues la Nueva EPS le impidió el acceso a un servicio de salud requerido, en el criterio científico del médico cirujano que lo prescribió; y necesario, en el sentido de que carecía de recursos económicos para sufragarlo. En efecto, la Corte ha sostenido que las EPS tienen la obligación constitucional de asumir el transporte de personas que lo necesitan para acceder materialmente a los servicios de salud, si se dan dos condiciones: que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos [tengan] los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) [si] de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.⁵⁹

Y ciertamente, para las circunstancias del peticionario, (i) ni él ni sus familiares tenían los recursos para sufragar el desplazamiento, dado que manifestaron en la acción de tutela que no contaban con los medios económicos para pagar el transporte en ambulancia, y que sus ingresos “alcanza[ban] apenas para cubrir algunos gastos del hogar, ya que el dinero que recibimos no es mucho”.⁶⁰ Además, (ii) el transporte en ambulancia era necesario para proteger la vida y la integridad física de Maximino Murcia Cubillos, no sólo porque de acuerdo al concepto médico éste tenía una discapacidad severa y dependía de terceros para su movilidad, sino especialmente porque el transporte era un medio para acceder a otros servicios fundamentales para tratar el cáncer de próstata que padecía, tales como radioterapias y otras citas especializadas.⁶¹ Bajo estas consideraciones, la Nueva EPS vulneró el derecho fundamental a la salud del agenciado al no reconocerle el transporte en ambulancia, ya que impidió que accediera a un servicio de salud que requería con necesidad.

8.4. No obstante lo expuesto, de acuerdo a lo expresado en la cuestión previa de esta providencia, deberá declararse la carencia actual de objeto por daño consumado, en tanto Maximino Murcia Cubillos murió en el transcurso del proceso de tutela, y cualquier orden

dirigida a proteger sus derechos fundamentales sería inocua.

Sin embargo, a fin de proteger la dimensión objetiva de las prerrogativas constitucionales, la Corte declarará la violación de sus derechos fundamentales y confirmará parcialmente la sentencia del Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá del once (11) de enero de dos mil doce (2012), que declaró el daño consumado y previno a la demandada para que en ningún caso volviera a incurrir en tal omisión. Sin embargo, la decisión se adicionará y se oficiará a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en ejercicio de sus competencias, investigue las actuaciones de la Nueva EPS en este caso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el tres (3) de octubre de dos mil once (2011) por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga, en la cual se declaró improcedente la acción de tutela presentada a nombre de Adolfo Durán Chacón contra Solsalud EPS por el presupuesto de subsidiariedad y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por daño consumado.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida el dos (2) de diciembre de dos mil once (2011) por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual se denegó el amparo presentado a nombre de Crispiniano Ballesteros Cáceres contra Solsalud EPS y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por daño consumado.

Tercero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el tres (3) de enero de dos mil doce (2012) por el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Cubarral, Meta, en tanto declaró la carencia actual de objeto por daño consumado y advirtió a Capital Salud EPS abstenerse realizar acciones desconocedoras de la Constitución, y ADICIONAR el fallo citado, mediante medidas destinadas a la protección de la dimensión objetiva del derecho a la salud y la dignidad humana.

Quinto.- PREVENIR a Solsalud EPS, Capital Salud EPS y la Nueva EPS, para que no vuelvan a

incurrir en actuaciones dilatorias injustificadas en los trámites de autorización, en la prestación de procedimientos médicos requeridos con urgencia, o en las omisiones a las órdenes de los jueces de tutela. Toda vez que ello atenta contra las garantías constitucionales de los usuarios y desconoce su obligación de garantizar la prestación real, efectiva y oportuna de los servicios de salud.

Sexto.- Por medio de la Secretaria General de la Corte Constitucional, REMITIR copia de los expedientes de tutela a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en el ámbito de sus competencias investigue a Solsalud EPS, Capital Salud EPS y la Nueva EPS, con ocasión de la violación a los derechos fundamentales de Adolfo Durán Chacón, Crispiniano Ballesteros Cáceres, Ana Rita Castro de Torres y Maximino Murcia Cubillos, para que allí, de considerarse procedente, se impongan las sanciones a que haya lugar.

Séptimo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (E)

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Los fallos en referencia fueron seleccionados y acumulados para revisión por la Salas de Selección Número Doce y Dos. Mediante auto proferido el catorce (14) de diciembre de dos mil once (2011) se escogió el expediente T-3299086, correspondiente al caso de Adolfo Durán Chacón; por auto del diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012) se seleccionó el expediente T-3370308, correspondiente al caso de Crispiniano Ballesteros Cáceres; y finalmente, por medio de auto de veintiocho (28) de febrero de dos mil doce (2012) se escogieron para revisión los expedientes T-3374363 y T-3377416, correspondientes a los casos de Ana Rita Castro de Torres y Maximino Murcia Cubillos, respectivamente.

2 Ninguna de las decisiones fue apelada.

3 Historia clínica elaborada por el Hospital Universitario de Santander. En ésta se informa que el actor padecía de “(...) cáncer [de] lengua [en] estado avanzado con metástasis.” (Folio 18 del cuaderno principal del expediente T-3299086). En adelante para este caso, siempre que se haga mención a un folio, se entenderá que hace parte del cuaderno principal, del expediente referenciado, a menos que se diga expresamente otra cosa

4 Órdenes realizadas por el médico internista a nombre de Adolfo Durán Chacón. Allí se solicita para él un “(...) equipo [de] aspiración de secreciones”, y “(...) oxígeno domiciliario por ventury al 50%”. (Folios 20, 22 y 23).

5 En el escrito de tutela se pueden apreciar diferentes afirmaciones del accionante que informan la realidad de su delicado estado de salud. Indica, por ejemplo, que “(...) [e]l cáncer ya me hizo metástasis y muy pronto moriré. (...) Los médicos del HUS [Hospital Universitario de Santander] desean que regrese a mi hogar y pase mis últimos días allí. También comparto ese anhelo; lo que no comparto es que me vayan a dejar desprotegido.”. (Folio 2).

6 Ciertamente, en el expediente obra la autorización de servicios de salud emitida por Solsalud EPS a favor de Adolfo Durán Chacón, a propósito de lo ordenado por el médico tratante. (Folios 19 y 21). Igualmente, se puede establecer que el señor Adolfo Durán Chacón estaba afiliado a Solsalud EPS, según consta en el carné No. CSUP0010000759599 emitido por dicha entidad. (Folio 6).

7 Jhon Alexander Ardila Antolines manifestó que era sobrino de Adolfo Durán Chacón y que lo agenciaba oficiosamente para la presentación de la acción de tutela. Así se puede leer en el

escrito de amparo y la declaración rendida ante el juez de primera instancia. (Folio 1 y 28).

8 En efecto, la empresa Ingemédicas Ltda. explicó que Solsalud EPS presentaba una mora en pago de servicios superior a los treinta millones de pesos (\$30.000.000), y que procedieron con la suspensión “(...) haciendo uso de la facultad legal y contractual contemplada en la cláusula décima quinta del contrato.”. Por tanto, sugieren que la responsabilidad en la omisión de proporcionarle al accionante los equipos requeridos es exclusiva de la EPS mencionada. (Folios 36 y 37).

9 (Folios 38 y 39).

10 Sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011) emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga. En la parte resolutive del fallo se dispone lo siguiente: “DISPONER que la EPS Solsalud, suministre una atención integral requerida por el usuario ADOLFO DURÁN CHACÓN para la recuperación de su salud, en atención al diagnóstico de cáncer de lengua.” (Folio 8 al 17. El aparte transcrito pertenece al folio 16).

11 (Folio 58).

12 Historia clínica elaborada por el Hospital Universitario de Santander, en la cual se informa que Crispiniano Cáceres Ballesteros tenía sesenta y cinco (65) años y padecía “cáncer de esófago y metástasis en el cerebro desde el mes de agosto”. (Folios 13, 14 y 15 del cuaderno principal del expediente T-3299086. En adelante para este caso, siempre que se haga mención a un folio, se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa).

13 Formato de autorización de procedimientos quirúrgicos del Hospital Universitario de Santander. En éste se lee que el médico Rafael González Barragán autorizó la cirugía de “craneotomía suboccipital” para Crispiniano Ballesteros Cáceres. (Folio 9).

14 Autorización de servicios de salud emitidas por Solsalud EPS mediante las cuales se proporciona al accionante, entre otras, diversas consultas con especialistas en oncología y anestesiología, además de que se ordena a su favor la cirugía de “craneotomía suboccipital” en el Hospital Universitario de Santander. (Folios 36 al 45).

15 Dioneida Ballesteros Ballesteros señaló que era hija de Crispiniano Ballesteros Cáceres, y que había presentado la acción de tutela agenciando a su padre. (Folio 17).

16 De hecho en la contestación de tutela el Hospital Universitario de Santander afirma que la “(...) institución s[ó]lo cuenta con 12 camas de UCI para aproximadamente 100 mil pacientes que componen el Nororiente colombiano. || El ente asegurador (SOLSALUD EPS) como directo responsable de la seguridad social del paciente debe remitirlo a otra institución que tenga disponibilidad de UCI.”. (Folio 35).

17 Ob cit, autorizaciones de servicios de salud emitidas por Solsalud EPS. (Folios 36 al 45).

18 Ciertamente, Solsalud EPS señaló en el escrito de contestación que “(...) la programación del evento quirúrgico obedece a una actividad de la IPS en este caso el HUS, en el cual el servicio de unidad de cuidados intensivos depende de la disponibilidad de la IPS, pues no es un servicio que se pueda reservar. Toda vez que aun con la reserva en caso de urgencia siempre prima la urgencia.”. En su intervención no manifestó haber recurrido a otra IPS para que se practicara la intervención quirúrgica requerida. (Folios 36 al 39).

19 El despacho de la Magistrada Sustanciadora se comunicó telefónicamente con la hija del peticionario y pudo confirmar la información de que su padre, Crispiniano Ballesteros Cáceres, falleció el siete (7) de enero de dos mil doce (2012). Adicionalmente, señaló que nunca se le asignó por parte de la EPS una unidad de cuidados intensivos. La Corte Constitucional en el ejercicio de su función de Revisión de fallos de tutela ha considerado que, en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, resulta pertinente requerir información por vía telefónica a los peticionarios o sus familiares sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad dentro del trámite de la acción. Esta decisión encuentra pleno sustento en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela. Al respecto, se pueden revisar entre otras decisiones, las sentencias T-603 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-476 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-341 de 2003 (MP. Jaime Araújo Rentería), T-643 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-219 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-726 de 2007 (MP. Catalina Botero Marino).

20 Cédula de Ciudadanía de Ana Rita Castro de Torres. En ésta se puede apreciar que nació el veintidós (22) de abril de mil novecientos veintidós (1922). (Folio 5 del cuaderno principal

del expediente T-3374363. En adelante, para este caso, siempre que se haga mención a un folio, se entenderá que hace parte del cuaderno principal del expediente referenciado, a menos que se diga expresamente otra cosa).

21 Historia Clínica de Ana Rita Castro de Torres expedida por el Hospital Municipal de Acacias ESE, en la cual se observa que además de la insuficiencia cardiaca padecía de desnutrición proteica y hemorragia de vía digestiva alta. (Folios 6 al 21).

22 Véase el formato de remisión diligenciado por la Dra. Stefania Silva Carranza. Allí se puede leer que la paciente necesitaba ser trasladada de manera “prioritaria urgente”, y que “a pesar de múltiples intentos de remisión a II nivel continúa con estancia hospitalaria puesto que ha sido denegada en diferentes instituciones por no disponibilidad de camas.”. (Folios 22, 23 y 24).

23 Marco Antonio Torres manifestó que era hijo de Ana Rita Castro de Torres, y que interpuso la acción de tutela agenciado a su madre. (Folio 1).

24 Cedula de Ciudadanía del señor Maximino Murcia Cubillos. En la cual se observa que nació el dieciséis (16) de marzo de mil novecientos treinta y ocho (1938). (Folio 11 del cuaderno principal del expediente T-3377416. En adelante para este caso, siempre que se haga mención a un folio, se entenderá que hace parte del cuaderno principal del expediente referenciado, a menos que se diga expresamente otra cosa).

25 Historia Clínica de Evolución elaborada por el Hospital Infantil Universitario de San José, en la que se establece como diagnóstico del paciente: “CA de próstata con metástasis óseas, metástasis espinales múltiples, lesión metastasica extradural- extramedular reseca y canal dorsal estrecho secundario”. (Folio 9 y 10).

26 Órdenes de servicio médico del Hospital Infantil Universitario de San José. (Folios 46 y 47).

27 Sandra Milena Murcia Rodríguez manifestó que era hija de Maximino Murcia Cubillos, y que había interpuesto la acción de tutela a su nombre y en calidad de agente oficiosa. (Folio 1).

28 Certificado de defunción No. 70457117-0 del señor Maximino Murcia Cubillos. En este se

informa que el deceso sucedió el ocho (8) de enero de dos mil doce (2012). (Folio 49).

29 Corte Constitucional, sentencia T-963 de 2010 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). En esa providencia se analizó un caso en el cual una señora pretendía la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada porque su empleadora la había desvinculado del cargo a pesar de tener cáncer, la Corte declaró la carencia actual de objeto por daño consumado como quiera que la actora falleció en el transcurso del proceso. Allí se sostuvo que cuando el sujeto a proteger en la acción constitucional no está, se extingue “la vocación protectora que distingue a la acción de tutela como medio de amparo de derechos fundamentales”.

30 La Corte Constitucional, desde sus inicios, ha sostenido que pese a que hay carencia actual de objeto debe estudiarse de fondo la controversia como forma de garantizar la no repetición de conductas violatorias de los derechos fundamentales. Así por ejemplo, en la sentencia T-476 de 1995 (MP. Fabio Morón Díaz), donde se estudió el caso de dos menores a los cuales los habían suspendido un día de clase por tener determinado corte de cabello, se resolvió aceptar que había un daño consumado, pero se constató la violación de sus derechos fundamentales y se advirtió a la institución educativa para que no volviera a incurrir en ese tipo de actuaciones. En esta misma dirección pueden observarse las sentencias de la Corte Constitucional T-758 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis) y T-842 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

31 Corte Constitucional, sentencia T-685 de 2010 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). En esa ocasión se declaró el hecho superado para un tratamiento de endocrinología porque la entidad demandada ya lo había autorizado para la actora.

32 Corte Constitucional, sentencia T-060 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), se estudió el caso de un ciudadano que solicitó al juez de tutela que ordenara el reconocimiento de un procedimiento médico que su EPS le había negado, con el fin de impedir la amputación de sus piernas. Antes de que el juez de amparo fallara, el estado de salud del demandante empeoró y le fueron amputadas las piernas. En sede de Revisión la Corte constató la vulneración de los derechos fundamentales del paciente, ordenó compulsar copias a la Fiscalía, a la Procuraduría y a la Superintendencia de Salud; y además advirtió al demandante y a sus familiares sobre las acciones civiles y penales que procedían en relación

con el daño causado.

33 La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, en palabras de Alexy, es el resultado de excluir los elementos subjetivos de la estructura de los derechos humanos: (A) titular del derecho; (B) sujeto obligado; (C) situación jurídica fundamental. En efecto, la dimensión objetiva de los derechos humanos se concentra en el estudio de los mandatos de actuación de las autoridades y los particulares, así como en el deber de protección a todos los titulares de la Constitución, en otras palabras es la prescripción normativa pura del contenido esencial del derecho. Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Editorial Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Madrid, 1993. Esta cita fue tomada de la sentencia de la Corte Constitucional T-842 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), mediante la cual se declaró el daño consumado en un caso que el peticionario falleció durante el proceso de tutela, a la espera que una EPS le prestara un servicio de salud requerido.

34 De hecho, en la sentencia T-842 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte Constitucional, con ocasión de un caso en el cual falleció un menor de edad en el transcurso del proceso de tutela a la espera que la EPS le autorizara una medicina y el transporte hacia otra ciudad, presentó unos parámetros que deben seguir los jueces cuando se configura un daño consumado. Allí se sostuvo que en estos eventos, las autoridades judiciales debían “(i) [d]ecidir de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone un análisis y determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales. (ii) Realizar una advertencia “a la autoridad pública [o particular] para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)” de acuerdo con el artículo 24 del decreto 2591 de 1991. (iii) Si lo considera necesario dependiendo del caso concreto, ordenar compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades correspondientes con el fin de que investiguen y sancionen la conducta que produjo el daño. (iv) Informar al demandante y/o sus familiares de las acciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico que pueden utilizar para la obtener la reparación del daño.”. Y efectivamente, en el contenido de esa providencia la Corte analizó la vulneración de los derechos fundamentales, declaró la carencia actual de objeto, previno a la EPS demandada para que incurriera en actuaciones inconstitucionales y compulsó copias a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigara el caso y emitiera las sanciones a que hubiera lugar.

35 Ob, cit. Cédula de Ciudadanía de Ana Rita Castro de Torres. En ésta se puede apreciar que nació el veintidós (22) de abril de mil novecientos veintidós (1922).

36 Ob, cit. Cédula de Ciudadanía del señor Maximino Murcia Cubillos. En la cual se observa que nació el dieciséis (16) de marzo de mil novecientos treinta y ocho (1938).

37 Párrafo 8 de la Observación General No. 14 del año 2000, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, por medio de la cual se plantean cuestiones sustantivas acerca del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

38 *Ibíd.* Párrafo 12.

39 *Ibíd.*

40 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Allí se sostuvo que “el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal).”

41 *Ibíd.* En aquella providencia se dijo expresamente que “toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, contemplados dentro del plan de servicios del régimen que la protege.”.

42 Corte Constitucional, sentencia T-736 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

43 Corte Constitucional, sentencia T-085 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Mediante esa providencia la Corte declaró la carencia actual de objeto por daño consumado, en un caso que el accionante pretendía que se le concediera el transporte en ambulancia pero falleció en el transcurso del proceso de tutela. La regla transcrita es aquella utilizada para evaluar si un servicio no incluido en el POS puede reconocerse a un usuario del sistema, en ese caso el transporte.

44 Ob, cit. Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda).

45 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

46 Ibíd. En esta misma dirección puede observarse la sentencia de la Corte Constitucional T-881 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil). Por medio de la cual se estudió el caso de una usuaria que le había tocado trasladarse entre diferentes IPS para que le diagnosticaran un cáncer de ovarios, y finalmente, cuando estaba claro que necesitaba una cirugía para el tratamiento de la enfermedad, la EPS no se la autorizó porque estaba en liquidación. Y luego, cuando le asignaron otra EPS, solicitó nuevamente la cirugía, pero no se la reconocieron porque debía demostrar nuevamente la patología. Sostuvo la Corte que “(...) el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. || (...) [Por lo tanto,] la demora en la práctica de la operación que a la demandante le es urgente, ha vulnerado los derechos a la salud en conexidad con su vida. Según jurisprudencia que merece reiterarse, cuando una E.P.S. (...), en razón a trámites burocráticos y administrativos, demora la prestación del servicio de salud requerido por un usuario, vulnera el derecho a la vida del paciente, pues solamente razones estrictamente médicas justifican que se retrase la prestación del servicio de salud.”

47 Ob, cit. Pág. 4. Sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011) emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga. En la parte resolutive del fallo se estableció lo siguiente: “(...) DISPONER los tratamientos, exámenes, procedimientos, aditamentos de función biológica, prótesis, consultas especializadas, medicamentos y demás asistencia médica que se requieran para el señor ADOLFO DURÁN CHACÓN[.] [E]starán a cargo de la EPS Solsalud, atendiendo que si bien es cierto se impartió la respectiva autorización, a la fecha no se ha practicado la cirugía denominada GLOSECTOMIA RADICAL (...), quien deberá adoptar dentro de las 48 horas siguientes las medidas necesarias para garantizar la prestación de los servicios requeridos por dicho usuario, de carácter urgente y realizarse en un término no inferior de treinta días (...). || DISPONER que la EPS Solsalud, suministre una atención integral requerida por el usuario ADOLFO DURÁN CHACÓN para la recuperación de su salud, en atención al diagnóstico de cáncer de lengua.”

48 Precisamente respecto el derecho a la salud, en la sentencia de la Corte Constitucional T-927 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) se declaró procedente una acción de tutela en

la cual el accionante solicitaba el acompañamiento de su médico tratante, luego de que en una sentencia precedente se había ordenado practicarle una cirugía de reconstrucción de segmento maxilar. La Sala Tercera de Revisión entendió que la nueva acción de tutela no era temeraria porque la pretensión era “(...) diferente a la cobertura de tratamiento integral dada en el 2007, puesto que lo que solicita el accionante no es la realización de un procedimiento sino el acompañamiento de su médico tratante, quien no se encuentra adscrito a la entidad demandada.”.

49 Corte Constitucional, sentencia T-568 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño). En aquella oportunidad se declaró procedente una acción de tutela mediante la cual se pretendía un trasplante hepático, el cual previamente se había ordenado mediante otro fallo constitucional. La Sala de Revisión comprendió que la segunda acción de tutela no era temeraria, porque a pesar de que concurrían los mismos hechos, objetos y causas, la justificación era adecuada para presentarla, ya que “(...) (i) los hechos que hoy alega la accionante le vulneran su derecho a la salud en conexidad con la vida (la falta de prestación de los servicios médicos derivados de la operación y la dilación de la cirugía), no habían ocurrido antes; (ii) la accionante al momento de la interposición de la primera no podía prever la negación de los servicios médicos derivados del trasplante y desconocía la espera a la que sería sometida para la práctica de la operación; y (iii) la dilación, al parecer injustificada, de la cirugía de trasplante hepático a la accionante puede ocasionar un detrimento de su estado de salud.”.

50 Ob, cit. Corte Constitucional, sentencias T-881 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-826 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-700 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

52 Ob, cit. Corte Constitucional, sentencia T-700 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Como se expuso atrás, en esa ocasión se estudió el caso de una persona con VIH positivo a la cual no le prestaron servicio de hospitalización por falta de disponibilidad de camas. La EPS accionada consideró que no había violado derecho alguno porque inclusive “autorizó el traslado de la paciente a una clínica ubicada en otro municipio diferente al de su residencia”, pero que la paciente y su familia se opusieron a ello por no tener recursos económicos suficientes. Al respecto, la Corte sostuvo que “era obligación de CAPRECOM E.P.S.-S autorizar el servicio de transporte y manutención del afiliado y su acompañante, máxime

cuando el paciente se encontraba en estado terminal y era lo más humano autorizar su traslado junto con un acompañante, circunstancia que se constituye en un bálsamo para el paciente y en un aliciente que mejoraría su estado anímico.”.

53 Ob, cit. Corte Constitucional, sentencia T-700 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Igualmente, debe observarse que el el derecho a la salud ampara a las personas frente a la falta de un servicio aceptable de transporte para acceder al servicio de salud, pues de ese modo se logra superar de una manera admisible dos tipos de falencias primarias del Sistema de Salud. “(i) En primer término, permite subsanar un problema de accesibilidad al sistema en general, que en principio se presenta cuando, por ejemplo, la zona geográfica desde la cual se va a trasladar el solicitante está ubicada lejos del centro de salud, cuando hay obstáculos para ir desde ese sitio al establecimiento que presta los correspondientes servicios o cuando no se cuenta con los recursos económicos para el traslado. (ii) En segundo lugar, el servicio de transporte persigue superar los problemas iniciales de disponibilidad, que se experimentan cuando el tratamiento requerido no se presta (o se presta de manera deficiente) en el lugar de residencia del paciente.”. Corte Constitucional, sentencia T-473 de 2011.

54 Ob, cit. Observación general No. 14 de 2000, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Párrafo 25.

55 Ob, cit. Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

56 Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2011 (MP. Mauricio González Cuervo). Allí, con ocasión de un caso en el cual una EPS había denegado el servicio de enfermería domiciliaria a una persona de la tercera edad, la Corte señaló que “(...) dado que el servicio de atención domiciliaria por enfermería ordenado por la médica tratante del señor Quevedo se encuentra incluido dentro del POS (...), la negación del mismo por parte de la EPS constituye de manera directa una vulneración al derecho fundamental autónomo a la salud del señor Eberto Quevedo”. En la misma dirección puede observarse la sentencia de la Corte Constitucional T-736 de 2004, en la cual esta Corporación señaló de manera expresa que “no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho

fundamental a la salud.”.

57 Artículo 177 de la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

58 Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud, por medio del cual sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud. Bajo los códigos 890105 y 890113 se incluyen los servicios de atención domiciliaria por enfermería y terapia ocupacional en el Listado de Procedimientos y Servicios del Plan Obligatorio de Salud.

59 Ob, cit. Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

60 Es de aclarar que a las afirmaciones del accionante no se opuso la entidad demandada durante el proceso de tutela, aunque tuvo la oportunidad de hacerlo. Por lo cual opera la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991, y la Sala entenderá que los familiares de Maximino Murcia Cubillos carecían de recursos económicos para financiar el transporte en ambulancia.

61 Historia clínica de Maximino Murcia Cubillos elaborada por el Hospital Infantil Universitario de San José. Allí se puede constatar que el “transporte hospital casa y hospital [era] para citas médicas y radioterapia”. (Folio 9).
