

Sentencia T-545/12

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA/LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-Procedencia de la acción de tutela para su protección

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

DERECHOS DEL INTERNO EN CENTROS PENITENCIARIOS O CARCELARIOS

Si bien el Estado se encuentra en la potestad de limitar algunos derechos fundamentales de las personas que se encuentra reclusas en centros penitenciarios, existen algunos que no pueden ser limitados como la vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, salud, entre otros. Frente a estos, el Estado obtiene un deber positivo de asegurar todas las condiciones necesarias para su protección, en últimas para así asegurar la resocialización de las personas privadas de la libertad.

DERECHO A LA SALUD DEL INTERNO

El derecho a la salud de las personas que se encuentran privadas de la libertad es fundamental, por tanto, éste debe ser garantizado de manera oportuna, integral, eficiente y adecuada. Ahora bien, como la persona que se encuentra reclusa no tiene la posibilidad de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en su régimen contributivo o subsidiado, el Estado tiene la obligación de protegerlo. Dicha protección debe entenderse en tres ámbitos: i) el deber del Estado de brindar atención integral y oportuna a las necesidades médicas del interno, y ii) el deber del Estado de garantizar la integridad física del recluso al interior del establecimiento carcelario, y iii) el deber del Estado de garantizar unas adecuadas condiciones de higiene, seguridad, salubridad y alimentación, al interior del establecimiento carcelario.

DERECHO A LA SALUD DEL INTERNO-Ordenar cirugía para remover material de osteosíntesis de miembro inferior derecho

Referencia: expediente T-3395503

Acción de tutela instaurada por Alexander Franco Lerma representado por José Edinson Franco Yanes contra Caprecom EPS y la Secretaría Departamental de Salud de la Gobernación del Valle del Cauca.

Magistrada Ponente

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO.

Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil doce (2012)

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali, en la acción de tutela instaurada José Edinson Franco Yanes, actuando como agente oficioso de su hijo Alexander Franco Lerma, contra Caprecom EPS y la Secretaría Departamental de Salud de la Gobernación del Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Los hechos relatados por el demandante se resumen así:

1.1. Afirma el peticionario que desde el año de 2010, el señor Alexander Franco Lerma, de 24 años de edad, se encuentra recluido en la penitenciaría Villahermosa de la ciudad de Cali.

1.2. Antes de ser recluido, se le practicó una reducción cerrada de fractura de tibia en la pierna derecha, sin embargo, en esa oportunidad no le fue extraído el proyectil de arma de fuego que le causó la fractura.

1.3. Indica el padre del señor Franco Yanes, que su hijo le ha solicitado en varias oportunidades a los representantes de Caprecom al interior de la penitenciaría que le programen el procedimiento quirúrgico para la extracción del proyectil, pues indica que a la fecha tiene la pierna infectada, y requiere con suma urgencia la extracción del mismo. Agrega que tampoco le están suministrando los tratamientos necesarios para su pierna.

1.4. Finalmente, indica que son personas de escasos recursos que no pueden sufragar el costo de la cirugía.

2. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

A continuación se enlistan las pruebas relevantes allegadas al proceso:

2.1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor José Edinson Franco Yanes.1

1. . Copia del registro civil de nacimiento del señor Alexander Franco Lerma.2

2.3. Copia la historia clínica del señor Alexander Franco Lerma.3

3. Solicitud de tutela.

Por medio de escrito, el 16 de enero de 2012, el padre del señor Alexander Franco Lerma, actuando como agente oficioso, interpuso acción de tutela en nombre de su hijo, solicitando la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la integridad y a la seguridad social, y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas que autoricen la cirugía de extracción del proyectil, demás tratamientos médicos y medicamentos necesarios. Finalmente, solicita que se le brinde al accionante un tratamiento integral de las patologías que lo aquejan.

4. Intervención de las partes demandadas

4.1. Secretaría Departamental de Salud de la Gobernación del Valle del Cauca.

La entidad accionada solicitó ser exonerada de toda responsabilidad. Indicó en su escrito que el señor Franco Lerma se encuentra recluso en un centro penitenciario del INPEC y, por tanto, la entidad responsable de los servicios de salud es el Ministerio de Justicia, el cual tiene suscrito un contrato para la prestación de servicios en salud para la población carcelaria con la Empresa Promotora de Salud Caprecom EPS. De manera que es ésta última entidad la encargada de prestar los servicios que reclama el accionante.4

4.2. CAPRECOM E.P.S.

Luego de ser debidamente notificada de la acción impetrada en su contra, de acuerdo con las

normas procedimentales, la entidad prestadora de salud CAPRECOM guardó silencio.

5. Intervenciones de otras entidades.

El Juez de única instancia, luego de avocado el conocimiento de la acción, vinculó de manera oficiosa a la Cárcel de Villahermosa, al Hospital Universitario del Valle, al Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA y al Instituto Nacional Penitenciario- INPEC. Estos manifestaron:

5.1. La Dirección del establecimiento penitenciario de mediana seguridad carcelaria de Cali.

Indicó que el señor Franco Lerma ingresó al establecimiento penitenciario a cumplir una pena de dos años y ocho meses de prisión el 23 de noviembre de 2010. Respecto del tema bajo cuestión, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, ya que el INPEC no es el responsable de prestar servicios de salud.

Estableció que ni el INPEC ni los establecimientos carcelarios, penitenciaros o de reclusión de orden nacional, prestan servicios de salud o atención para los reclusos ni cuentan con asignación presupuestal para el suministro de medicamentos, tratamientos médicos y demás. Lo anterior, debido a que CAPRECOM EPS presta de manera autónoma y directa la atención médica de los internos, los cuales están afiliados al régimen subsidiado, en virtud del Decreto 1141 de 2009, “Por el cual se reglamenta la afiliación de la población reclusa al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, el Decreto 2777 de 2010 y el contrato de aseguramiento No. 092 de 2011 celebrado entre el INPEC y CAPRECOM.

En el caso de que el recluso requiera un servicio NO POS, y luego de que CAPRECOM manifieste por escrito que niega el servicio, el costo del tratamiento debe ser asumido por medio de una póliza de enfermedades de alto costo suscrita con QBE SEGUROS S.A.5

5.2. Hospital Universitario del Valle.

En su intervención el Hospital Universitario del Valle solicitó negar por improcedente la acción. Indicó que en la institución se le prestaron todos los servicios requeridos al señor Franco Lerma. Concluyó diciendo que la EPS o el INPEC deben cubrir el costo de los procedimientos y que dicho rubro no puede ser imputado a las instituciones prestadoras de

servicios, como es el caso del Hospital Universitario del Valle.⁶

5.3. Ministerio de Salud y Protección Social.

Indicó que los procedimientos y tratamientos que estén contemplados como parte del POS-S en el Acuerdo 29 de 2011 deberán ser suministrados por la EPS a la cual se encuentren inscritos. Adicionalmente revelaron que “en cuanto a la responsabilidad de atender y sufragar los costos por el servicio de salud, se debe tener en cuenta que todo servicio de salud incluido en el POSS debe ser atendido por la Red Prestadora de Salud I.P.S. que para el efecto tengan (sic) contrato con la respectiva E.P.S-S.”⁷

En caso que se requiera algún servicio de salud que no esté incluido dentro del POS-S, en virtud de la Ley 715 de 2001, es la Red Prestadora de Salud Pública o Privada con la que tenga contrato la entidad territorial correspondiente a la jurisdicción de la persona, la encargada de prestar o suministrar el servicio. Así, el ente territorial competente deberá pagar a la EPS-S correspondiente los servicios NO POS con los recursos de subsidio del fondo territorial. En relación a las acciones de tutela donde se soliciten servicios NO POS, estas sólo son procedentes cuando se cumplan los requisitos esbozados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Concluye solicitando que en caso que el accionante no cumpla con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para procedimientos NO POS, la acción de tutela sea denegada. Agrega que si la acción es concedida, se niegue a la EPS la posibilidad de recobro ante el FOSYGA y se ordene que el accionante sea atendido en la red pública de salud o en las instituciones públicas o privadas con las cuales la entidad territorial tenga contrato o, en su defecto, se reconozca el recobro de la EPS ante el fondo de las entidad territorial competente.⁸

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

Conoció del proceso en única instancia el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali, el cual, mediante sentencia del ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), resolvió negar el amparo solicitado.

Sostuvo el Juez que el derecho a la salud, de acuerdo con la jurisprudencia es un derecho

fundamental. Sin embargo, para el reconocimiento de servicios que no están incluidos dentro del POS, por medio de acción de tutela, se debe probar que i) la falta del servicio que no está incluido en el POS amenaza la vida e integridad del paciente; ii) se trata de un medicamento o servicio que no puede ser sustituido por uno que sí está incluido en el POS; iii) el paciente no puede sufragar el costo del servicio, ni puede acceder a éste por otro mecanismo; y, iv) el servicio fue prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual está afiliado el paciente. Determinó el Juez, luego de analizar el material probatorio contenido en el expediente, que no existe orden médica que prescriba la necesidad de la cirugía para extraer el proyectil de la pierna del señor Franco. Por lo anterior, dado que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para que se ordene un servicio NO POS, la acción de tutela fue negada.

La decisión no fue impugnada.

III. ACTUACIÓN SURTIDA ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Por medio de auto del nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012), la Magistrada Sustanciadora solicitó:

* A la CLÍNICA SANTILLANA y al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE que remitieran copia de la historia clínica del señor Franco Lerma e informaran si la extracción del proyectil era necesaria y si el procedimiento ya se había efectuado.

* A CAPRECOM EPS, que remitiera la historia clínica del señor Franco Lerma e informara qué servicios médicos le han prestado durante el tiempo que ha estado recluido en la penitenciaría Villahermosa, así como si ya se le extrajo el proyectil que se encuentra en su pierna derecha.

1. Nuevamente, por medio de auto del nueve (9) de julio de dos mil doce (2012), la Magistrada Sustanciadora solicitó nuevamente a CAPRECOM EPS, que remitiera la historia clínica del señor Franco Lerma e informara que servicios médicos le han prestado durante el

tiempo que ha estado recluido en la penitenciaría Villahermosa, así como si ya se le extrajo el proyectil que se encuentra en su pierna derecha.

3. En respuesta a tales requerimientos, el Hospital Universitario del Valle remitió copia de la historia clínica del accionante y manifestó que en la intervención quirúrgica que se le practicó el 8 de enero de 2010 no se extrajo el proyectil. Adicionó que la extracción de éste sólo se debe efectuar cuando está “dentro del abordaje quirúrgico” o cuando presenta síntomas de compresión neurológica. Por su parte, CAPRECOM EPSS guardó silencio frente a los requerimientos hechos.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

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

1. El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del veintidós (22) de marzo del año dos mil doce (2012), proferido por la Sala de Selección Número Tres del mismo año.

2. Delimitación de la controversia bajo estudio, problema jurídico y esquema de resolución.

En el presente caso el padre del señor Franco Lerma, el cual se encuentra privado de la libertad, solicitó por medio de acción de tutela que le sea removido a su hijo un proyectil que reposa en su pierna derecha. Lo anterior, indica el accionante, por cuanto ésta puede ser la causa de la infección que padece en su miembro inferior derecho.

Dentro del trámite de tutela, éste despacho fue informado por vía telefónica, que el accionante fue hospitalizado en la Clínica Colombia en la ciudad de Cali desde el 10 de abril

del presente año por presentar una infección con material purulento visible en el lugar de la fractura. Al comunicarnos con la IPS, ésta informó que era necesario practicarle una cirugía al señor Franco con el fin de retirarle el material de osteosíntesis que le fue colocado en el Hospital Universitario del Valle cuando se le practicó una reducción cerrada de la fractura⁹. Sin embargo, la IPS estableció que era imposible realizarle la cirugía hasta que el Hospital Universitario del Valle no facilitara el instrumental necesario -llave- para retirar el material de osteosíntesis que le fue colocado. Teniendo en cuenta que no consiguieron el instrumental para retirar el material de osteosíntesis y que el señor Franco es una persona que tiene una condena privativa de la libertad, que requiere medidas de seguridad, la IPS decidió, luego de ser estabilizado, darlo de alta el 24 de junio del presente año.

Con base en lo anterior, la Sala estima que, para resolver el caso concreto, debe dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿vulneraron las entidades accionadas los derechos fundamentales del representado a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la integridad y a la seguridad social, al no practicarle una cirugía para extraer el material de osteosíntesis, teniendo en cuenta que es una persona que se encuentra privada de la libertad y que a la fecha se encuentra en riesgo de sufrir una infección nuevamente?

A fin de resolver el problema jurídico, la Sala se referirá a i) La procedencia de la acción de tutela; ii) Los derechos de las personas privadas de la libertad recluidas en establecimientos penitenciarios. Reiteración; y, iii) El derecho a la salud de las personas privadas de la libertad. Reiteración. Finalmente, se resolverá el caso concreto.

3. La procedencia de la acción de tutela. Reiteración.

3.1. La acción de tutela, en virtud del artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, procede contra cualquier acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, amenace violar o viole los derechos constitucionales fundamentales. Para su procedencia como mecanismo sumario para la protección de los derechos se han establecido dos requisitos básicos de procedibilidad: la subsidiariedad y la inmediatez.

3.2. El primero de ellos, la subsidiariedad, se deriva del inciso tercero del artículo 86, en consonancia con el numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, según los cuales, la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un

perjuicio irremediable.” Sin embargo, también la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que en cada caso en concreto se deberá analizar la efectividad de los demás mecanismos judiciales que el sujeto tiene a su disposición para determinar su eficacia e idoneidad con miras a la protección adecuada de los derechos afectados, o en su caso, la viabilidad de la protección constitucional por vía de la acción de tutela.

3.3. El segundo requisito, la inmediatez, de creación jurisprudencial¹¹, busca asegurar que la tutela se utilice como una reacción judicial eficaz frente a la violación o amenaza grave, actual y vigente de los derechos fundamentales, y que al mismo tiempo garantice la debida salvaguarda de la seguridad jurídica. En efecto, se ha establecido en la jurisprudencia que si bien la tutela puede ser interpuesta en cualquier tiempo y en ese orden técnicamente no tiene un límite temporal para su interposición que pueda ser determinado a priori, sí debe ser presentada dentro de un término razonable.

4. Los derechos de las personas privadas de la libertad recluidas en establecimientos penitenciarios. Reiteración.

4.1. La jurisprudencia constitucional ha reconocido el vínculo existente entre las personas privadas de la libertad en centros penitenciarios y el Estado colombiano, como una relación especial de sujeción.¹² En la sentencia T-881 de 2002¹³ se hizo un recuento de las consecuencias jurídicas que acarrea dicha relación, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional. Estas son:

“(…) (i) la subordinación¹⁴ de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial¹⁵ (controles disciplinarios¹⁶ y administrativos¹⁷ especiales y [la] posibilidad de limitar¹⁸ el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado¹⁹ por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad²⁰ del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales²¹ (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación,

habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser²² especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar²³ de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).²⁴

4.2. De lo anterior es claro, que si bien el Estado se encuentra en la potestad de limitar algunos derechos fundamentales de las personas que se encuentra reclusas en centros penitenciarios, existen algunos que no pueden ser limitados como la vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, salud, entre otros. Frente a estos, el Estado obtiene un deber positivo de asegurar todas las condiciones necesarias para su protección, en últimas para así asegurar la resocialización de las personas privadas de la libertad²⁵.

5. El derecho a la salud de las personas privadas de la libertad. Reiteración.

5.1. Ahora bien, es claro que el Estado tiene un deber positivo frente a las personas que se encuentran privadas de la libertad. Respecto del derecho a la salud, la jurisprudencia ha establecido en reiteradas oportunidades que éste no puede suspenderse. De manera que es obligación del Estado garantizar a aquellas personas que estén reclusas en establecimientos penitenciarios y carcelarios el acceso a los servicios de salud que requieran.²⁶

Al respecto la jurisprudencia ha señalado que “por la salud del interno debe velar el sistema carcelario a costa del tesoro público, y la atención correspondiente incluye, también a su cargo, los aspectos médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, entre otros. Los derechos fundamentales del preso resultarían gravemente violados por la negligencia estatal en estas materias, así como por la falta de cuidado y asistencia requeridos para la prevención, conservación y recuperación de su salud. // Además, el Estado responde por los daños que pueda sufrir el recluso en su integridad en el caso de riñas, atentados o motines en el interior de la cárcel. Y, por supuesto, es de su responsabilidad el mantenimiento de las condiciones mínimas de higiene, seguridad y salubridad, así como todo lo relativo a la debida alimentación del personal sometido a su vigilancia”.²⁷

Lo anterior, se encuentra en el Código Penitenciario y Carcelario²⁸, en el artículo 106, que establece:

“ARTÍCULO 106. ASISTENCIA MÉDICA. Todo interno en un establecimiento de reclusión debe

recibir asistencia médica en la forma y condiciones previstas por el reglamento. Se podrá permitir la atención por médicos particulares en casos excepcionales y cuando el establecimiento no esté en capacidad de prestar el servicio.

(...)

El Director del establecimiento de reclusión queda autorizado, previo concepto del médico de planta, a ordenar el traslado de un interno a un centro hospitalario en los casos de enfermedad grave o intervención quirúrgica, bajo las medidas de seguridad que cada caso amerite.

(...)

PARÁGRAFO 1o. El traslado a un centro hospitalario en los anteriores casos, sólo procederá cuando no fuere posible atender al interno en alguno de los centros de reclusión.

PARÁGRAFO 2o. En los establecimientos de reclusión donde no funcionare la atención médica en la forma prevista en este Título, éste quedará a cargo del Servicio Nacional de Salud.”

Así mismo, el Decreto 1141 de 200929, modificado por el Decreto 2777 de 2010, indica que la población reclusa en los establecimientos penitenciarios a cargo del INPEC se hará a través del régimen subsidiado, a través de una entidad promotora de salud del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional.

5.2. Con todo lo anterior, esta Corporación en la sentencia T-825 de 2010 amparó el derecho a la salud de un recluso en la Cárcel Villahermosa, el cual solicitó que le practicaran una cirugía del maxilar inferior para corregir una fractura maxilofacial causada en una riña dentro del centro de reclusión. En esa oportunidad esta Corporación encontró que el derecho fue vulnerado pues transcurrió más de un año desde el episodio que le causó la fractura sin que se programara o autorizara la cirugía. Ahora bien, al momento en el cual la Corte conoció del caso, el accionante ya se encontraba en libertad y no había certeza sobre si la cirugía se había realizado o no. Con base en lo anterior, esta Corporación ordenó a la Administración que le brindara los servicios de salud requeridos por el accionante a la mayor brevedad posible, sin importar que éste ya no se encontrara recluido en el centro penitenciario puesto que las personas que recobran su libertad, una vez purgada la pena, deben encontrarse en

condiciones óptimas de salud “para adelantar con éxito su proceso de reinserción social, y su eficaz inclusión en el mundo laboral y/o académico.”

Así mismo, en la sentencia T-175 de 2012, la Corte estableció que todos los usuarios del servicio de salud, incluyendo las personas privadas de la libertad, tienen derecho a acceder a los servicios médicos que requieran. En esa oportunidad resolvió la acción de tutela interpuesta por una persona privada de la libertad, quien a raíz de un accidente padecía de una lesión lumbar y vertebral, por lo que era necesario que un especialista tratara sus dolencias. Adicionalmente, de acuerdo con la entidad demandada era necesario practicarle una resonancia magnética de abdomen. Al respecto, la EPS-S contratada por el Estado para prestar el servicio de salud de las personas reclusas en centros penitenciarios informó que no era posible autorizar la resonancia magnética puesto que era un servicio no incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Teniendo en cuenta que las personas privadas de la libertad tienen derecho fundamental a la salud, la Corte concedió la protección y ordenó a la EPS-S que le practicara el examen de diagnóstico sin importar que éste fuese no POS.

5.3. En conclusión, el derecho a la salud de las personas que se encuentran privadas de la libertad es fundamental³⁰, por tanto, éste debe ser garantizado de manera oportuna, integral, eficiente y adecuada. Ahora bien, como la persona que se encuentra reclusa no tiene la posibilidad de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en su régimen contributivo o subsidiado, el Estado tiene la obligación de protegerlo. Dicha protección debe entenderse en tres ámbitos: “i) el deber del Estado de brindar atención integral y oportuna a las necesidades médicas del interno, y ii) el deber del Estado de garantizar la integridad física del recluso al interior del establecimiento carcelario, y iii) el deber del Estado de garantizar unas adecuadas condiciones de higiene, seguridad, salubridad y alimentación, al interior del establecimiento carcelario.”³¹

6.1. En el presente caso se estudia la acción de tutela interpuesta por el señor José Edinson Franco en representación de su hijo, Alexander Franco, el cual se encuentra privado de la libertad. Éste solicita que le sea practicada a su hijo una cirugía en su pierna derecha con el fin de remover un proyectil que, a su entender, le está causando una grave infección. Por su parte, el INPEC y la Secretaría Departamental de Salud de la Gobernación del Valle del Cauca indicaron que dicho deber se encuentra en cabeza de CAPRECOM EPS-S, entidad encargada de prestar el servicio de salud de las personas reclusas en centros penitenciarios. Por su

parte, CAPRECOM EPS-S guardó silencio frente al proceso. El juez de primera instancia denegó el amparo, arguyendo que no se cumplen los requisitos para que se ordene por vía de tutela un servicio no POS, pues dentro del expediente no aparece orden médica que prescriba el procedimiento quirúrgico.

6.2. Ahora bien, antes de abordar el problema jurídico la Sala determinará si la acción cumple con los requisitos de procedibilidad esbozados por la jurisprudencia. En un primer término, se encuentra que se cumple con el requisito de legitimación por activa. Al respecto el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, estableció que “se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.³² Aseveración que se ajusta a las condiciones del señor Alexander Franco Lerma, pues éste se encuentra en un estado de debilidad manifiesta por encontrarse privado de la libertad.³³ De manera que el padre del señor Franco se encontraba legitimado para actuar como agente oficioso de su hijo, el cual, se reitera, está privado de la libertad y padece de un grave deterioro de salud.

6.3. Asimismo, se encuentra que la acción cumple con los presupuestos de inmediatez y de subsidiariedad, pues como bien lo afirmó el agente oficioso, su hijo ha solicitado verbalmente en varias oportunidades que le practicarán el procedimiento quirúrgico y a la fecha no cuenta con otro mecanismo para hacer efectivo sus derechos. Por tanto, es claro que la fecha en la cual el accionante interpuso la acción, coincide con el momento en el cual el accionante comenzó a presentar síntomas de infección. La acción fue interpuesta el 16 de enero de 2012 y el titular de los derechos fue internado en la Clínica Colombia en el mes de abril del presente año.

6.4. Ahora, si bien es cierto que el accionante ya obtuvo un tratamiento médico, pues fue internado en un centro hospitalario, a juicio de esta Corte no se está frente a un caso de carencia actual de objeto. De la historia clínica allegada al expediente es posible inferir la necesidad de que practique una cirugía para remover el material de osteosíntesis, causante de la infección de su miembro inferior derecho. Si bien la infección ya fue tratada puede volverse a presentar pues la causa de la misma todavía se encuentra implantada en el miembro del paciente.

6.5. Como se estableció en los apartes 4 y 5 de la presente providencia, la preservación y

cuidado del derecho a la salud de las personas que se encuentren reclusas en centros penitenciarios es una obligación del Estado. En virtud del Decreto 1149 de 2009, dicho deber recae en cabeza de una EPS del régimen subsidiado, que en esta oportunidad es CAPRECOM EPS-S. Ahora, la protección del derecho a la salud implica brindar la atención integral y oportuna de las necesidades médicas del interno.

Respecto del tratamiento solicitado en la acción de tutela, concluye la Sala, a partir del análisis de las pruebas del caso y de la historia clínica aportada por la Clínica Colombia, que la cirugía para remover el material de osteosíntesis es imperiosa, pues desde el 21 de abril del presente año existe una orden de ortopedia de programar la cirugía³⁴ y el diagnóstico de ingreso fue de osteomielitis crónica³⁵. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido, como se dijo anteriormente, que las personas que se encuentren privadas de la libertad tienen derecho a los servicios médicos que requieran, sin importar si se encuentran dentro del POS. De manera, que a diferencia de lo establecido por el juez de única instancia de tutela, era deber de Caprecom EPS-S velar por la realización de la cirugía, aun si esta fuese no POS. Sin embargo, es menester resaltar que al revisar el Acuerdo 29 de 2011 de la CRES, la extracción de cuerpo extraño en tibia o peroné sí está incluida dentro del POS bajo el código número 786702. Con todo, concluye esta Sala que la omisión de realizar la intervención conlleva a una clara vulneración del derecho a la salud del señor Franco Lerma pues éste la requiere, y en virtud de su relación de especial sujeción con el Estado es deber de CAPRECOM EPS-S autorizar el procedimiento y velar por su recuperación.

Adicionalmente, encuentra la Sala que tanto el INPEC como Caprecom EPS-S vulneraron el derecho a la salud del señor Franco, por cuanto no prestaron el servicio de salud de manera oportuna. Si bien se evidencia que el INPEC cumplió con su deber de trasladar al señor Franco a un centro hospitalario puesto que no podía cumplir con la atención del mismo al interior de la penitenciaría, la remisión del recluso fue efectuada en el mes de abril, siendo que el padre del accionante interpuso la acción en el mes de enero y dice que antes de la interposición de la acción su hijo, había solicitado en numerosas oportunidades la atención médica necesaria para tratar la infección que afectaba su pierna. A la fecha en la cual el accionante fue recluido en el centro hospitalario, éste manifestó que sentía dolores intensos en horas de la noche en la tibia derecha, tenía secreción de material purulento con mal olor, y padecía de calor, edema local y fiebre intermitente³⁶; síntomas que evidencian que el accionante llevaba algún tiempo lidiando con la infección. Lo anterior demuestra la falta de

un tratamiento oportuno.

Por su parte, si bien CAPRECOM EPS-S autorizó la hospitalización del señor Lerma, éste duró más de dos meses internado sin que se le practicara la cirugía que requería³⁷, lo que claramente implica una vulneración al derecho a la salud del accionante por no haber tratado oportunamente sus dolencias. Frente a esto era deber de la EPS-S actuar de manera eficiente y con mayor celeridad en la consecución del instrumental quirúrgico requerido para extraer el material de osteosíntesis, o en su defecto trasladarlo al Hospital Universitario del Valle, IPS que tiene el material requerido pues es la entidad donde se realizó la intervención quirúrgica de reducción cerrada de la fractura.

Con base en lo anterior, encuentra la Sala que la decisión del juez de instancia no es de recibo, pues el tratamiento se encuentra dentro del POS y adicionalmente si hay una vulneración al derecho a la salud del señor Franco por falta de prestación oportuna del tratamiento y por no haberse realizado la cirugía que requiere. Por lo anterior, la Sala revocará la providencia de única instancia, concederá el amparo y ordenará a CAPRECOM EPS-S que programe, autorice y ordene la realización de la cirugía para remover el material de osteosíntesis en el Hospital Universitario del Valle, ya que es esta institución la que cuenta con el material quirúrgico requerido para tal fin, de la misma manera se ordenará a la IPS Hospital Universitario del Valle que programe y realice la cirugía objeto de controversia. Así mismo, se ordenará al INPEC, Penitenciaría Villahermosa de la ciudad de Cali, que realice las gestiones administrativas para que el señor Franco Lerma pueda ser intervenido quirúrgicamente y reciba el tratamiento que necesite sin obstáculos ni dilaciones injustificadas.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali, el cual mediante sentencia del ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), resolvió negar el amparo solicitado. En su lugar, CONCEDER el amparo judicial del derecho fundamental a la

salud del señor Alexander Franco Lerma.

Segundo.- ORDENAR a CAPRECOM EPS-S que autorice y realice en el Hospital Universitario del Valle, en un término no superior a quince (15) días a partir de la fecha de notificación de la presente providencia, la cirugía para remover el material de osteosíntesis que el accionante tiene en su miembro inferior derecho. Adicionalmente, deberá velar por su cuidado hasta que éste se recupere a cabalidad.

Tercero.- ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC,- Penitenciaria Villahermosa, que realice todas las gestiones administrativas tendientes a que el señor Alexander Franco Lerma reciba de Caprecom EPS-S la atención médica ordenada en esta sentencia, sin obstáculos y dilaciones injustificadas.

Cuarto.- ORDENAR al Hospital Universitario del Valle que programe y realice, en un término no superior a quince (15) días a partir de la fecha de notificación de la presente providencia, la cirugía para remover el material de osteosíntesis que el accionante tiene en su miembro inferior derecho.

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

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

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

1 Cuaderno 2, folio 1.

2 Cuaderno 2, folio 2.

3 Cuaderno 2, folios 3-17.

4 Cuaderno 2, 50-51. Adicionalmente adjunta la información que reposa en la Base de Datos Único del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud- FOSYGA. En este documento, se informa que el señor Franco Lerma se encuentra afiliado en el régimen subsidiado a CAPRECOM EPS.

5 Cuaderno 2, folios 31-47. dentro de la respuesta anexan copia de los contratos suscritos con CAPRECOM y QBE SEGUROS S.A.

6 Cuaderno 2, folios 48-49

7 Cuaderno 2, folio 53.

8 Cuaderno 2, folios 53-55

9 Folio 20, cuaderno 1.

10 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre otras, por ejemplo, las Sentencias T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002 y T-959 de 2004.

11 Ver sentencias SU-961 de 1999, T-344 de 2000, T-1169 de 2001, T-105 de 2002, T-575 de 2002, T-843 de 2002, T-315 de 2005, T-993 de 2005, T-1140 de 2005.

12 Al respecto, la sentencia T-175 de 2012 indicó que la sentencia hito en la materia es la sentencia T-158 de 1998, en la cual se estudiaron dos expedientes de personas privadas de la libertad las cuales alegaban que las condiciones de hacinamiento en las penitenciarías en las que se encontraban reclusos generaban condiciones de vulneración de sus derechos fundamentales, puesto que el espacio para dormir resultaba insuficiente. La Corte al revisar

las condiciones de hacinamiento en los centros de reclusión del país determinó que las condiciones de hacinamiento se presentaban en todos los centros de reclusión del país y por tanto, los derechos fundamentales de todos los reclusos no estaban siendo protegidos y mucho menos las condiciones de mínimas de dignidad, de manera, que declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional.

13 En esa oportunidad la Corte estudió dos casos de tutela, en uno de ellos los reclusos de un centro penitenciario en la costa atlántica solicitaron la protección a sus derechos fundamentales que presuntamente estaban siendo vulnerados por la administración, ya que por la falta de pago del servicio de electricidad, la entidad prestadora del servicio, estaba efectuando racionamientos eléctricos diarios por un lapso de seis horas. En esa oportunidad la Corte amparó los derechos fundamentales de los reclusos y ordenó a la Administración, específicamente al INPEC y directores del centro de reclusión que ajustaran su “comportamiento a los mandatos de la Constitución en el contexto de las relaciones de especial sujeción que sostienen como parte activa con la población carcelaria (...) especialmente para que provean lo necesario (y en principio efectúen el pago de las facturas de energía adeudadas) para optimizar tanto, las condiciones materiales de existencia en términos de calidad de vida de los actores y de los demás reclusos, como las condiciones generales de seguridad del penal.” Así mismo ordenó a la electrificadota para que ésta se abstuviera de realizar cualquier tipo de racionamiento, suspensión o corte en el suministro de energía.

15 Desde los primeros pronunciamientos sobre el tema, la Corte identificó la existencia de un “régimen jurídico especial al que se encuentran sometidos los internos”, el cual incluye la suspensión y la limitación de algunos derechos fundamentales, en este sentido Cfr. Sentencia T-422 de 1992.

16 Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen disciplinario para los reclusos, así en Sentencia T-596 de 1992.

17 Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen especial de visitas, así en sentencia T-065 de 1995.

18 Sobre los tres regímenes de los derechos fundamentales de los reclusos, según la posibilidad de la suspensión, limitación y goce pleno, ver entre otras las sentencias T-222 de

1993, T-065 de 1995 y T-705 de 1996.

19 En este sentido véase la sentencia C-318 de 1995. La potestad administrativa para limitar o restringir derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, “debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio”, así en la sentencia T-705 de 1996.

20 Sobre la finalidad de la limitación a los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, véase especialmente la sentencia T-705 de 1996. Sobre su relación con la posibilidad real de la resocialización véase la sentencia T-714 de 1996.

21 Entre los especiales derechos de los presos y su correlato, los deberes del Estado, como consecuencia del establecimiento de una relación especial de sujeción, se encuentran “el deber de trato humano y digno, del deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene, lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica, y el derecho al descanso nocturno, entre otros”, citada de la sentencia T-596 de 1992.

22 Sobre los deberes especiales del Estado ver la sentencia T-966 de 2000.

23 Para la Corte esta garantía debe ser reforzada, ya que el recluso al estar sometido a una relación especial de sujeción, tiene limitado su derecho a escoger opciones y le es imposible autoabastecerse, en este sentido ver la sentencia T-522 de 1992, además se encuentra en un estado de “vulnerabilidad” por lo cual la actividad del Estado en procura de la eficacia de los derechos fundamentales debe ser activa y no solo pasiva, en este sentido ver la sentencia T-388 de 1993, y en el mismo sentido la sentencia T-420 de 1994. Ya que el recluso está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma los beneficios propios de las condiciones mínimas de una existencia digna, así en la sentencia T-714 de 1995, o se encuentra en estado de indefensión frente a terceros, así en la sentencia T-435 de 1997.

24 Dicha providencia fue citada en la sentencia T-175 de 2012.

25 Véase al sentencia T-811 de 2002.

26 Op Cit.

27 Sentencia T-353 de 1998

28 Ley 65 de 1993.

29 Al respecto, en la sentencia T-825 de 2010, se hace establece que la promulgación de éste “se dio como respuesta del Gobierno Nacional a una preocupante situación que ha venido atravesando la población carcelaria frente a sus derechos a la salud y a la seguridad social, situación que fue identificada por esta Corporación en varias sentencias como generadora de un estado de cosas inconstitucional.”

30 Respecto de la fundamentalidad del derecho a la salud en la sentencia T-816 de 2008 se estableció que “El carácter fundamental del derecho a la salud, (...), se predica tanto del sujeto como del objeto de este derecho, “ya que se trata de un lado, de un derecho que es predicable de manera universal y sin excepción respecto de todas las personas sin posibilidad de discriminación alguna; de otro lado, se trata de un derecho que es predicable respecto de una necesidad básica de los individuos o seres humanos, esto es la salud, lo cual implica a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación.... Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas”

31 Sentencia T-825 de 2010

32 En la sentencia T-202 de 2008, se reiteró que la agencia oficiosa encuentra fundamento “en la imposibilidad de defensa de la persona a cuyo nombre se actúa. (...) El propósito de la misma consiste en evitar que, por la sola falta de legitimación para actuar, en cuanto no se pueda acreditar un interés directo, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante que pesa sobre ellos. Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del Derecho sustancial, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Carta. //Es, por ello, una forma de lograr que opere el aparato judicial del Estado, aun sin la actividad de quien tiene un interés directo. Se trata de lograr la atención judicial del caso de quien actualmente no puede hacerse oír. Es en su interés que se consagra la posibilidad de que el Estado obre a partir de la solicitud del agente oficioso.”

33 En la sentencia T-669 de 2011 se estableció que aquellas personas que se encuentren privadas de al libertad se encuentran en un estado de debilidad manifiesta. En esa oportunidad, se estudió el caso de un indígena de 60 años que se encontraba privado de al libertad y que fue trasladado a la ciudad de Bucaramanga, siendo que su comunidad se encontraba en otra ciudad. Su hija, como agente oficioso, interpuso acción de tutela solicitando el traslado de su padre a un centro penitenciario cercano a la comunidad indígena. Los jueces de instancia denegaron el amparo bajo el argumento de que no se cumplían los requisitos para que su hija fuera agente oficiosa. Al respecto la Corte estimó que efectivamente sí se cumplían los requisitos, entre varios motivos, por ser una persona en condición de debilidad manifiesta por estar privado de la libertad. En el mismo sentido se pronunció en esta Corporación en la sentencia T-175 de 2012.

34 Folio 50, cuaderno principal. Igualmente en comunicación por parte de la Clínica Colombia de Cali, allegada el 6 de julio de 2012 el paciente ingresó a la Clínica “por presentar signos de infección, se hizo diagnóstico de osteomielitis, para lo cual se instauró tratamiento, se llevó a cirugía en dos oportunidades siendo infructuosos los intentos del retiro del material de osteosíntesis, puesto que las llaves de las cuales se dispone en la institución no funcionaron.” Folio 49, cuaderno principal.

35 Ibidem folio 1.

36 Folio 50, cuaderno principal.

37 Al respecto afirmó la Clínica Colombia que el accionante fue dado de alta pues el instrumental para retirar el material de osteosíntesis que tenían en la institución no funcionaron. Al respecto manifestaron que “Se hizo la gestión directa ante el Hospital Universitario [del Valle] y adicionalmente se entregó documentación al padre del paciente, sin obtener respuesta positiva. Paralelamente se inició proceso de solicitud de remisión del paciente al Hospital Universitario sin darnos nunca cupo. De esta situación fue notificada la EPSS CAPRECOM responsable del aseguramiento del paciente.”