

Sentencia T-594/13

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Fundamental

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU EXIGIBILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Alcance

La acción de tutela es prima facie procedente para (i) salvaguardar todas las facetas negativas del derecho; (ii) garantizar aquellas facetas positivas que no suponen altas erogaciones; (iii) asegurar las dimensiones que han sido objeto de concreción normativa, bien sea por vía jurisprudencial, legal o reglamentaria; (iv) verificar si obligaciones de desarrollo progresivo son judicialmente exigibles, a partir de los mandatos de progresividad y -muy especialmente- en eventos en que se constate un retroceso injustificado en el nivel de eficacia de un derecho, o cuando la violación surja del desconocimiento del principio de igualdad y la prohibición de discriminación; y (v) analizar si, como juez de tutela, puede contribuir a la creación de garantías, cuando la regulación general es en principio adecuada, pero deja por fuera sujetos vulnerables, personas en condición de debilidad manifiesta, o facetas imprescindibles para la satisfacción de la dignidad humana.

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Reiteración de jurisprudencia

En relación con solicitudes de acceso a servicios de salud (aspecto relacionado con el elemento de accesibilidad), la jurisprudencia constitucional ha sentenciado que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios de salud que requiere. Cuando estos servicios hacen parte de los planes básicos de atención en salud y existe constancia o prescripción médica sobre la necesidad del servicio, pero a pesar de ello la entidad encargada de su prestación niega el acceso al servicio, existe una violación a la obligación de garantía del derecho a la salud, y la tutela es un mecanismo judicial procedente para su protección. Cuando se trata de una prestación excluida del pos, la Corporación ha

sentenciado que la prestación puede ser reclamada por vía de tutela, si la persona requiere el servicio con necesidad, expresiones definidas en la sentencia T-760/08, así: una persona requiere un servicio de salud cuando (i) es necesario para mantener el máximo nivel de salud posible, de acuerdo con (ii) concepto, recomendación, o prescripción médica, suscrita por un profesional adscrito a la EPS en que se encuentra afiliado el paciente; y (iii) no existe un sustituto de igual efectividad en los planes básicos de salud, aspecto que deberá ser demostrado por la entidad accionada. El servicio es requerido con necesidad, si (iv) el paciente o su grupo familiar no cuenten con la capacidad económica necesaria para obtenerlo por su cuenta.

REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE PROCEDENCIA DE ACCION DE TUTELA PARA OBTENER PRESTACIONES EXCLUIDAS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Reglas probatorias aplicables para establecer capacidad económica y concepto de carga soportable

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA EN ESTADO DE DISCAPACIDAD-Orden a la Dirección de Sanidad de la Policía, establezca junta médica interdisciplinaria para evaluación integral de paciente en estado vegetativo y determine la intensidad con la que debe prestar el servicio de enfermería

Acción de tutela instaurada por Ana Milena Soto Portillo, en calidad de agente oficiosa de su hermano, Martín Fabián Soto Portillo contra la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander, el seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012), y en segunda instancia, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013)[1].

I. ANTECEDENTES

La Señora Ana Milena Soto Portillo interpuso acción de tutela, en calidad de agente oficiosa de su hermano, Martín Fabián Soto Portillo[2], con el objeto de solicitar la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna. A continuación se exponen los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda, la respuesta de la autoridad accionada, y las decisiones judiciales de instancia, objeto de revisión en este trámite.

1. Fundamentos jurídicos y fácticos de la demanda[3].

1.1. El señor Martín Fabián Soto Portillo ingresó a la Policía Nacional como patrullero el ocho (8) de abril de dos mil dos (2002). Estando en servicio activo, y mientras efectuaba una ronda en motocicleta, sufrió un accidente que le ocasionó trauma craneoencefálico (TCE). El evento ocurrió el veintiocho (28) de junio de dos mil ocho (2008) y, en un comienzo, Martín Fabián no reflejó síntomas de posibles secuelas, de manera que fue reincorporado a sus funciones.

1.2. Sin embargo, posteriormente manifestó problemas para respirar, los cuales fueron calificadas por los médicos tratantes como afecciones asmáticas, pulmonía, o simples circunstancias psicósomáticas. Con base en esos dictámenes, le fue ordenado un examen denominado fibrobroncoscopia. Este no se pudo realizar con agilidad, debido a problemas contractuales con la IPS que debía adelantarlos; y técnicos, por averías en los equipos médicos requeridos para el efecto.

1.3. Cuando finalmente se programó la evaluación, Martín Fabián no pudo asistir, pues sufrió un paro cardiorrespiratorio, que a la postre lo llevó a un “estado vegetativo” o “de coma”, del cual no se ha recuperado. Con posterioridad se adelantó el examen descrito y se estableció que el peticionario padecía de estenosis de tráquea, originada en el

procedimiento de intubación al que fue sometido con ocasión del accidente de tránsito, previamente descrito.

1.4. Esas circunstancias motivaron su retiro de la Institución, previo reconocimiento de la pensión de invalidez por disminución del 100% de la capacidad psicofísica, con fecha de estructuración de veintiuno (21) de mayo de dos mil diez (2010).

1.5. En Junta médica de neurología y neurocirugía llevada a cabo por la Cooperativa de neurólogos y neurocirujanos – Cooneuro, el veintinueve (29) de abril de dos mil nueve (2009), se determinó que el peticionario es un paciente con vida neurovegetativa persistente, condición de carácter irreversible. Por ese motivo, se formularon diversas recomendaciones médicas, entre las que su agente oficiosa destaca la directriz de brindarle cuidados básicos de enfermería.

1.5. El veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012), la señora Ana Milena Soto solicitó a la Dirección de Sanidad de Policía, de Norte de Santander, prestarle al actor el servicio de enfermería permanente (24 horas), por su delicado estado de salud, y en atención al concepto de la Junta médica recién citado. En ese sentido, explica en la demanda que el actor debe recibir un amplio conjunto de medicamentos en dosis precisas; que actualmente utiliza sonda gástrica para alimentarse, y traqueotomía para la función respiratoria; y añade que ha presentado convulsiones que lo llevan a desconectar involuntariamente el dispositivo usado para su alimentación[4].

1.6. La Dirección de Sanidad de la Policía negó el servicio solicitado, argumentando que se trata de una prestación excluida del plan de beneficios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (SSMP), de conformidad con el Acuerdo 002 de 2007, del Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (CSSMP); y que no existe disponibilidad presupuestal para asumir los costos que generaría este servicio.

1.7. La señora Ana Milena Soto Portillo indica que su hermano vivió en la Clínica Santa Ana de Cúcuta durante 3 años, y que hace año y medio vive en la casa de su padre, quien está próximo a cumplir 70 años, razón por la cual no puede asumir adecuadamente su atención.

1.8. En relación con sus ingresos, manifestó que recibe la mesada pensional de su hermano, de la cual le corresponde el 50%, equivalente a 629.000, pues el 50% restante se lo entrega a la cónyuge de Martín Fabián, como cuota alimentaria de su hijo. Esa cifra –indica- resulta insuficiente para asumir los gastos que demandan los cuidados de su hermano.

2.1. La Dirección de Sanidad de la Policía Nacional de Norte de Santander solicitó declarar la improcedencia de la acción, con base en los siguientes argumentos:

(i) En la junta de neurología y neurocirugía mencionada por la agente oficiosa no se prescriben cuidados de enfermería. “Los referidos cuidados básicos de enfermería son respecto de una solicitud realizada por la Oficina de Referencia y contrarreferencia del área de Sanidad Denor, para remisión a IV Nivel a la ciudad de Bogotá en aquella época (...) así mismo es preciso señalar que solo menciona cuidados básicos de enfermería, los cuales son realizados en la actualidad por personal de esta área de sanidad Denor en las dos visitas diarias que se realizan al señor Portillo en su domicilio”.

(ii) El informe de la clínica Santa Ana, de once (11) de marzo de dos mil nueve (2009), corresponde a la evolución médica del paciente en la UCI de la Clínica, a su posible salida de la unidad, y a un eventual traslado por avión a la ciudad de Bogotá. No constituye un criterio médico o prescripción sobre cuidados de enfermería de tiempo completo en su domicilio.

(iii) Los cuidados paliativos del paciente no son asumidos exclusivamente por su hermana, pues la Dirección de Sanidad le suministra los medicamentos e insumos que requiere, a través de un equipo multidisciplinario dispuesto para su atención. En tal contexto, el actor recibe diariamente dos visitas de fisioterapia, que incluyen terapia respiratoria, vigilancia del funcionamiento de la traqueotomía y gastrostomía, y terapia de acondicionamiento. El suministro de los medicamentos es llevado a cabo por sus familiares, quienes “fueron instruidos para tal fin a través de la gastrostomía con el fin de hacer del cuidado del paciente una tarea conjunta con la institución”.

Por otra parte, la señora Ana Milena Soto Portilla no reside en el domicilio de su hermano, así que los cuidados adicionales requeridos por el paciente son asumidos por otro de sus hermanos, quien sí reside con Martín Fabián.

(iv) El área de Sanidad ha cumplido con la entrega de los insumos requeridos por el actor a través de la IPS Clínica Santa Ana y los familiares del paciente.

(v) El estado de salud del señor Martín Fabián no es grave. Aunque es irreversible, no requiere de hospitalización. Sin embargo, en caso de que el paciente lo requiera, recibirá atención hospitalaria.

(vi) Como se explicó en respuesta a las solicitudes de la accionante, el servicio de enfermería 24 horas en el domicilio no hace parte del SSMP, ni el Sistema cuenta con recursos para autorizarlo.

3. Decisiones de instancia.

3.1. Primera instancia.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura concedió el amparo a los derechos fundamentales de Martín Fabián Soto Portillo. Ordenó a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional de Norte de Santander que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, adelantara las actuaciones necesarias para proveer el servicio de enfermería 24 horas al día en la residencia del peticionario.

La Seccional de Sanidad de la Policía Nacional de Norte de Santander impugnó el fallo. Solicitó revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, declarar la improcedencia del amparo. Indicó que Sanidad de Policía invierte \$3.175.488 (al parecer mensuales) en los cuidados paliativos del señor Soto Portillo, que incluyen atención básica por enfermería, mediante visitas domiciliarias. Agregó que, aunque la hermana del ex patrullero afirma que cuenta con solo \$629.000 para el cuidado de su hermano, en el año 2010 recibió 68 millones de pesos, por concepto de indemnización, en razón del accidente que generó su condición médica actual, de manera que tiene capacidad económica para contratar el servicio que desea.

3.2. Segunda instancia.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia de veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013), decidió revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, negar el amparo, considerando que el servicio médico requerido no

fue ordenado por médico adscrito a la entidad encargada de la prestación del servicio médico del actor. Estos son los fundamentos centrales de la providencia:

“Si bien en su escrito de tutela la señora ANA MILENA, sostuvo que en la Junta Médica realizada el 29 de abril de 2009, se recomendó al paciente ‘cuidados básicos de enfermería’, según el acta obrante a folio 21, esto no es cierto. || No obstante lo anterior, mediante un informe obrante a folios 27 y 28 el médico tratante si (sic) realizó la recomendación de ‘cuidados básicos de enfermería’. || Lo anterior pone en evidencia que dicha recomendación, ha venido siendo cumplida por el Área de Sanidad de la Policía Nacional con visitas domiciliarias diarias, del personal médico, así: ‘visita domiciliaria dos veces al día por parte de Terapia Física Respiratoria, psicología, trabajo social, medicina, odontología según requerimiento (...) valga aclarar se incluyen los cuidados básicos de enfermería prestados por personal propio de esta Área de Sanidad Denor que acompaña las visitas domiciliarias”.

Además, consideró que la peticionaria no cumple el requisito de insuficiencia de recursos económicos, en los siguientes términos: “el accionante no sólo recibe los \$629.000 mensuales para sus sostenimiento y manutención, sino que en el año 2010, recibió la suma de 68.000.000”, por concepto de indemnización, por el accidente sufrido por su hermano.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela referidos, 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, y el auto de selección de dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2013).

2. Problema jurídico planteado

En atención a los antecedentes del presente trámite, corresponde a la Sala Novena de Decisión de la Corte Constitucional determinar si la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional violó el derecho a la salud del actor, al negarle el servicio de cuidado por enfermería permanente, y en el domicilio del paciente, en un escenario en el que existe controversia sobre la existencia de orden médica que demuestre la necesidad del servicios;

y sobre la capacidad o incapacidad económica del peticionario y su grupo familiar para asumir el costo del servicio.

Para dar respuesta a ese interrogante, la Sala efectuará una reiteración jurisprudencial sobre la naturaleza fundamental del derecho a la salud y las subreglas que determinan la procedencia del amparo para el acceso a servicios no contemplados en los planes básicos de salud. Tomando en cuenta que se trata de reglas plenamente consolidadas en la jurisprudencia de este Tribunal, la decisión se motivará brevemente[5].

El derecho fundamental de toda persona a acceder a los servicios de salud que requiere.

1. El derecho a la salud es de naturaleza fundamental. Así lo estableció esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008[6], en la que se consolidó un proceso de construcción doctrinal iniciado desde el año 2003[7], y se sistematizaron las subreglas sobre el derecho de todas las personas a acceder a los servicios de salud requeridos.

2. Esa construcción doctrinal partió de cuestionar la corrección histórica, filosófica y jurídica de la clasificación tradicional de los derechos en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese contexto, tradicionalmente se planteó una división entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, esquema que fue acogido en la jurisprudencia temprana de este Tribunal, mediante una diferenciación análoga entre derechos fundamentales y derechos sociales, acompañada del rechazo, prima facie a la exigibilidad judicial (justiciabilidad) de los segundos, en atención a la necesidad de desarrollo legislativo, la creación de una infraestructura adecuada para la prestación de servicios públicos, y el alto impacto económico que involucraba su satisfacción. Esta concepción de los derechos reposa, principal y paradigmáticamente en la sentencia SU-111 de 1998[8].

3. A pesar de ello, desde el año 1992 la propia Corporación indicó que esa división no debía considerarse tajante o absoluta. Así, en sentencias como la T-002 o la T-406, ambas de 1992, sostuvo que si la vulneración de un derecho social implicaba necesariamente una amenaza o violación de un derecho fundamental, la acción de tutela resultaba procedente para su protección, postulado que se conoció como el “criterio de conexidad”. Explicó también la Corte que el reconocimiento de los derechos fundamentales no parte de un listado taxativo, sino de una evaluación judicial, caso a caso, para determinar si el conflicto

involucraba un derecho de tal naturaleza, a partir de criterios materiales, como la afectación de esferas especialmente protegidas por los derechos humanos, como la libertad, la igualdad, la dignidad y la autonomía de la persona.

4. Posteriormente, la división entre categorías de derechos continuó debilitándose por diversas razones. Así, en la sentencia SU-225/98, la Corporación afirmó que, de conformidad con el artículo 44 Superior, el derecho a la salud de los niños es un derecho a la vez social y fundamental, y en diversas construcciones jurisprudenciales surgidas principalmente entre los años 2002 y 2008, se refirió a elaboraciones dogmáticas y teóricas que sugerían intensamente la necesidad de apartarse de la clasificación tradicional, previamente descrita.

Así, a partir de una exploración sobre el alcance actual del concepto de dignidad humana en el orden jurídico colombiano (sentencia T-881/02) y del significado de la expresión derecho fundamental (sentencia T-227/03), se propusieron criterios que se alejaban cada vez más de la división categórica entre los derechos constitucionales.

En la primera de esas decisiones, sostuvo que la dignidad humana es a la vez un valor fundante del Estado, un derecho fundamental, y un principio; y aclaró que su contenido se proyecta básicamente (aunque no exclusivamente en tres direcciones: vivir como quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones.[9] En la segunda, manifestó que el carácter fundamental de un derecho depende de un conjunto complejo de criterios. En primer término (y con una relevancia especial), un derecho es fundamental si contribuye a la realización de la dignidad humana; en segundo lugar, si se constata la existencia de consensos a nivel dogmático, jurisprudencial, legal o de derecho internacional sobre su naturaleza; y finalmente, corresponde al operador jurídico verificar si es posible su traducción en un derecho subjetivo, es decir, de identificar claramente su titular, obligado o destinatario, y contenido protegido[10].

5. En la sentencia T-595/02, la Corte estudió un caso en el que se discutía la violación del derecho de locomoción de las personas con discapacidad, derivado de las barreras arquitectónicas del sistema de transporte masivo Transmilenio. Al analizar el asunto, constató que en ese escenario la protección de un derecho (tradicionalmente considerado) fundamental requería de considerables gastos, y de políticas públicas adecuadas para su

protección.

Ese problema permitió a la Corte incorporar al panorama nacional planteamientos de la ciencia jurídica sobre el inevitable costo de todos los derechos, y develó uno de los argumentos más fuertes contra la división tradicional entre derechos en un problema cotidiano que afectaba a un número muy amplio de ciudadanos, sujetos de especial protección: todos los derechos cuestan, de manera que la división entre derechos de abstención (los fundamentales) y de prestación (los sociales) debía ser revaluada[11].

6. De forma más amplia, todos los derechos son complejos, multifacéticos o ‘poliédricos’. En consecuencia, todos exigen de su obligado o destinatario diversos tipos de obligaciones para su plena eficacia; positivas y negativas; de abstención y de prestación. En ese marco, precisó la Sala Tercera en la sentencia T-595 de 2002, hablar de un derecho prestacional supone incurrir en un error categorial. Lo prestacional se predica de algunas de sus facetas, pero no de un derecho considerado como un todo[12].

7. También entre los años 2002 y 2008 comienza a ser de uso común en la jurisprudencia la expresión transmutación de derechos sociales en derechos fundamentales. La esencia de esta figura consiste en considerar que si bien los derechos sociales requieren de un desarrollo legislativo, económico y de infraestructura notable, una vez se ha concretado su contenido por las vías democráticas, al menos ese desarrollo normativo tiene naturaleza fundamental y es exigible judicialmente. En otros términos, el criterio atiende a la efectiva traducción del interés iusfundamental en un derecho subjetivo.

8. Precisamente, en materia de salud, consideraciones semejantes llevaron a la Corte a predicar en las sentencias T-859 y T-860 de 2003, la naturaleza fundamental del derecho a la salud en relación con las prestaciones contenidas en los planes obligatorios de salud.

En esas decisiones la Corporación planteó que, mientras en jurisprudencia consolidada había abordado el problema de acceso a servicios excluidos de los planes de salud obligatorios, no había efectuado un análisis igualmente detallado de casos asociados a la negación de prestaciones incluidas en ellos. Preciso que la definición de planes obligatorios o mínimos de salud es una de las obligaciones mínimas del Estado en relación con la garantía del derecho a la salud en el marco del DIDH, y que la existencia de un listado de servicios permite la traducibilidad del derecho en subjetivo[13].

9. En sentencias T-016 de 2007 y T-760 de 2008, se indicó que si bien el criterio de conexidad fue una herramienta adecuada para la protección de distintos derechos constitucionales, con el paso del tiempo se tornó artificioso. La razón de ello radica en que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene recalcando, cada vez con mayor fuerza, la importancia de la realización conjunta de todos los derechos, en tanto todos y cada uno de ellos es necesario para dotar de máxima eficacia a la dignidad humana; principio fundante de ese orden internacional que se edifica en torno a la persona humana, y que se manifiesta en los estados constitucionales, basados en cartas de derechos y en el diseño de garantías apropiadas para su satisfacción.

Esa relación entre todos los derechos, y entre estos y la dignidad humana se manifiesta en los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, y demuestra cómo puede resultar superfluo hablar de conexidad en un escenario en que existe una conexión estrecha entre todos ellos.

10. En las sentencias T-016 de 2007 y T-760 de 2008 (ya citadas) también se explicó que el carácter fundamental de un derecho es un asunto diferenciable de su exigibilidad, proposición que parte también del carácter polifacético de los derechos: dada la multitud de obligaciones que se desprenden de un derecho y el conjunto de posiciones jurídicas que los caracterizan, no es claro que todas ellas deban perseguirse por la vía judicial. No es claro que sea en todos los casos el medio más apropiado y efectivo para que cada derecho irradie toda su fuerza normativa.

Por ello, cabe indicar que si bien en la sentencia T-016 de 2007 se propuso que la fundamentalidad de un derecho es una cosa y su justiciabilidad otra muy distinta, posteriormente esa afirmación fue matizada (Ver, por ejemplo, T-235 de 2011). Se trata, sin duda, de aspectos diferenciables, pero íntimamente relacionados entre sí. La diferencia entre ellos no debe llevar a los jueces a aceptar que un derecho es fundamental, para luego rechazar sin reflexiones adicionales su justiciabilidad.

Por el contrario, la relación que existe entre ambos aspectos debe funcionar como un indicador inicial de procedencia de la acción de tutela, aunque el operador judicial debe verificar qué tipo de acción debe adelantarse, o que tipo de omisión debe suspenderse para lograr la eficacia del derecho y así definir, en atención a las consideraciones del caso

concreto, la procedencia o improcedencia del amparo, tomando en cuenta su aptitud para lograr la eficacia del derecho.

11. Concretamente, de la jurisprudencia constitucional se extraen las siguientes conclusiones –sin pretensión de exhaustividad– sobre la justiciabilidad de los derechos: la acción de tutela es prima facie procedente para (i) salvaguardar todas las facetas negativas del derecho; (ii) garantizar aquellas facetas positivas que no suponen altas erogaciones; (iii) asegurar las dimensiones que han sido objeto de concreción normativa, bien sea por vía jurisprudencial, legal o reglamentaria; (iv) verificar si obligaciones de desarrollo progresivo son judicialmente exigibles, a partir de los mandatos de progresividad y –muy especialmente– en eventos en que se constate un retroceso injustificado en el nivel de eficacia de un derecho, o cuando la violación surja del desconocimiento del principio de igualdad y la prohibición de discriminación; y (v) analizar si, como juez de tutela, puede contribuir a la creación de garantías, cuando la regulación general es en principio adecuada, pero deja por fuera sujetos vulnerables, personas en condición de debilidad manifiesta, o facetas imprescindibles para la satisfacción de la dignidad humana (nuevamente, sobre este aspecto, consultar la sentencia T-235/11).

12. En materia de salud, acudiendo a la dogmática del derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente a la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, intérprete autorizado del Protocolo Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Corporación ha definido el derecho a la salud como “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”, y ha señalado que su estructura comprende cuatro elementos esenciales, en los siguientes términos:

“12. El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con

todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso

a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”.

13. En relación con solicitudes de acceso a servicios de salud (aspecto relacionado con el elemento de accesibilidad), la jurisprudencia constitucional ha sentenciado que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios de salud que requiere. Cuando estos servicios hacen parte de los planes básicos de atención en salud y existe constancia o prescripción médica sobre la necesidad del servicio, pero a pesar de ello la entidad encargada de su prestación niega el acceso al servicio, existe una violación a la obligación de garantía del derecho a la salud, y la tutela es un mecanismo judicial procedente para su protección.

14. Cuando se trata de una prestación excluida del pos, la Corporación ha sentenciado que la prestación puede ser reclamada por vía de tutela, si la persona requiere el servicio con necesidad, expresiones definidas en la sentencia T-760/08, así:

15. En casos similares al que debe resolver la Corporación en esta oportunidad, la Corte ha considerado que la negativa de un servicio de salud necesario para el bienestar del paciente, aunque no se concrete en el suministro de un medicamento o un insumo específico; ni haga referencia a un procedimiento médico o quirúrgico específico, puede violar el derecho al acceso a los servicios de salud.

16. Así lo ha sostenido en eventos en que se niega (i) el suministro de pañales desechables,

a pesar de ser necesario no solo para mantener el bienestar del paciente, sino directamente para asegurar su dignidad humana; (ii) la negativa al pago de transporte para acceder a centros de salud o a tratamientos requeridos por el paciente; o (iii) la negación de servicios asociados a cuidados paliativos para quienes padecen enfermedades ruinosas o enfrentan una condición de salud particularmente delicada, sin expectativas de curación; y (iv) la negación del cuidado por enfermería, cuando este es imprescindible para la preservación de la salud y la dignidad del paciente.

En esos eventos, al problema jurídico sobre acceso, es frecuente que se evidencie un problema adicional, relacionado con la ausencia de una orden médica, o la ausencia de una definición lo suficientemente precisa del servicio, para facilitar su exigencia o su adecuada prestación. En algunos casos, las entidades niegan el servicio por la ausencia de orden médica, pese a tratarse de cuidados elementales y de evidente relevancia para el respeto de la dignidad del paciente, o lo prestan inadecuadamente basándose en supuestos vacíos en la prescripción médica.

17. Por ese motivo, la aplicación de las subreglas (i) y (ii), sobre acceso a servicios de salud no incluidos en el POS debe llevarse a cabo mediante un examen de las circunstancias del caso en el que se evalúe no solo la existencia o inexistencia de prescripción médica, sino las circunstancias del paciente, y la necesidad de preservar para él una vida digna. Debe el juez tomar en cuenta, además, que el carácter cualitativo de una recomendación como “cuidados de enfermería” no debe ser el fundamento para una prestación inadecuada, ineficiente, discontinua, o de baja calidad de los servicios requeridos por cada peticionario.

Con todas esas prevenciones en mente, las distintas salas de revisión han optado, en este tipo de trámites por (i) conceder directamente la prestación, si las circunstancias del caso demuestran que es imprescindible para asegurar la eficacia de la dignidad humana; o bien, (ii) ordenar la valoración médica del paciente para que los médicos tratantes, bajo parámetros científicos, y vinculados por las normas éticas y disciplinarias de la profesión, determinen y precisen la necesidad de un servicio, y la forma en que debe prestarse.[14]

18. También es pertinente efectuar algunas consideraciones adicionales sobre la subregla (iv), relativa a la capacidad económica del afectado. La obligación de demostrar la

incapacidad económica para acceder a servicios excluidos del POS ha sido considerada por la Corte como una manifestación del principio constitucional de solidaridad; y particularmente, de los conceptos de cadena de obligados y cargas razonables.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la definición de planes obligatorios de salud constituye la concreción de las obligaciones mínimas del Estado en materia de acceso a los servicios de salud. Esa concreción obedece a criterios como el perfil epidemiológico de la población colombiana, y el manejo razonable de los recursos públicos. Por ello, resulta razonable desde el punto de vista de la Constitución Política, la finalidad de perseguir una cobertura universal de los servicios que más comúnmente requieren las personas, con la consecuente exclusión de otras prestaciones, de menor demanda social y mayor costo.

Sin embargo, cuando una persona requiere un servicio excluido del POS, pueden presentarse diversas situaciones, según su capacidad económica. Algunas personas podrán acceder al servicio sin sacrificar para ello sus demás derechos constitucionales y, particularmente, manteniendo sin lesión alguna su mínimo vital económico. Otras personas, en cambio, verán la posibilidad de acceso al servicio mediante determinados sacrificios y, particularmente, mediante el apoyo solidario de su grupo familiar; pero habrá quienes enfrenten la imposibilidad material de hacerlo.

Como no está permitido en un Estado social de derecho, que armoniza las facetas formal y material de la igualdad, que unas personas puedan disfrutar del derecho a la salud y otros deban resignarlo para sufragar sus necesidades más apremiantes, la Corporación ha explicado que corresponde asumir los costos de un servicio excluido del POS, en primer término, al peticionario si cuenta con recursos para hacerlo, sin que de ello se derive una restricción desproporcionada al mínimo vital; en segundo lugar, a su grupo familiar, de igual forma, si ello no repercute en una afectación excesiva de su mínimo vital; y, finalmente, al Estado.

La cadena de obligados, y el principio de cargas soportables no defienden entonces obligaciones heroicas, ni para las personas que requieren servicios de salud, ni para sus familias, pues la capacidad económica debe evaluarse siempre en relación con el derecho fundamental al mínimo vital, y bajo la guía metodológica del principio de proporcionalidad.

19. En materia probatoria, este Tribunal tiene definidas desde la sentencia T-683/03 las siguientes subreglas para que el análisis que debe adelantar el juez de tutela:

(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”.

20. Además de ello, de acuerdo con lo expuesto en la sentencia T-499 de 2007, en los “casos límite”, es decir, aquellos en los que no resulta sencillo determinar si los ingresos del actor le permiten o no cubrir el servicio requerido, deberá fallarse a favor del accionante, en aplicación del principio pro hómine, que ordena al juez constitucional adoptar las decisiones que resulten más favorables para la eficacia de los derechos humanos.

21. A partir de las subreglas y criterios de decisión expuestos en este acápite, aborda la Sala el estudio del caso concreto.

III. Del caso concreto.

1. El peticionario se encuentra afiliado al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y

la Policía Nacional (SSMP). El conjunto de prestaciones cubiertas por el plan básico de salud del Subsistema fue establecido por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía en el Acuerdo 02 de 2001, mientras que el listado actualizado de medicamentos cubiertos reposa en los acuerdos 042 de 2005 y 046 de 2007.

2. Revisados esos catálogos de servicios, prestaciones y medicamentos, es posible concluir que no se contempla en ellos el servicio de enfermería permanente, o 24 horas; así se infiere de la lectura de los numerales 89.0.1.05, en el que se prevé el servicio de Atención [Visita] domiciliaria por enfermería, el cual incluye procedimientos realizados por enfermera, y 89.0.3.05 que hace referencia a consulta de control o de seguimiento por enfermería, en el capítulo de control o seguimiento de un tratamiento integral. Otras prestaciones contenidas en el plan como la atención intrahospitalaria por enfermería, resultan ajenas al problema jurídico planteado a la Sala.

3. En consecuencia, el caso se traduce en la negación de un servicio excluido de un plan básico de salud, hipótesis a la que se hizo referencia en los fundamentos normativos 13 a 20 de esta providencia. En consideración a los aspectos que generan mayor controversia, la Sala abordará en primer término el estudio sobre la ausencia de capacidad económica del actor, y posteriormente, evaluará las subreglas sobre existencia de orden de médico adscrito a la entidad accionada que certifique el requerimiento (subreglas i y ii), y ausencia de tratamientos o prestaciones alternativas contenidas en el plan de salud (subregla iii).

4. De acuerdo con los hechos narrados en el escrito de tutela, la señora Ana Milena Soto Portillo afirma que percibe \$629.000 mensuales para el cuidado de su hermano, suma que resulta insuficiente para la adecuada atención de su hermano, en la que cada mes invierte aproximadamente \$1.000.000 en elementos básicos de salud y aseo, diferentes a los que la Dirección de Sanidad le entrega. En consecuencia -indica- no cuenta con recursos para contratar una enfermera o un enfermero 24 horas.

La entidad accionada cuestiona estos argumentos. Si bien no controvierte los datos que aporta la agente oficiosa sobre ingresos y gastos mensuales, sí manifiesta que también percibió 68 millones por concepto de indemnización, derivada del accidente sufrido por su hermano. En consecuencia, estima que sí cuenta con recursos económicos para contratar directamente el servicio que solicita al juez de tutela.

En concepto de la Sala, las afirmaciones de la agente oficiosa del actor son suficientes para considerar probado que su grupo familiar carece de recursos económicos que le permitan asumir por su cuenta el servicio que, en su concepto, su hermano requiere. En primer término, los ingresos que mensualmente percibe para la atención de su hermano apenas exceden el salario mínimo vital, de manera que puede considerarse al paciente como una persona económicamente vulnerable. En segundo lugar, la señora Ana Milena Soto explicó en declaración rendida ante el juez de primera instancia el alcance de los distintos gastos en que incurre para mantener la higiene de su hermano y prevenir problemas como lesiones o escaras derivadas de su condición de salud, y principalmente, de la imposibilidad de locomoción que lo afecta[15].

El argumento según el cual la familia debe utilizar la indemnización que le fue reconocida por la Policía Nacional en razón del accidente que dio lugar a su condición médica actual para sufragar sus gastos en salud, pierde de vista que ese dinero lo recibió el actor (o su familia) como consecuencia de un accidente que truncó sus aspiraciones profesionales, lo privó de mantenerse en el servicio y lo dejó postrado en su lecho. Ese dinero representa una reparación al daño sufrido por el actor cuando ejercía una función relevante para el Estado y los asociados, así que no existe fundamento jurídico que obligue a su familia a utilizarlo en la satisfacción de sus derechos esenciales. En otros términos, no hace parte del concepto de ingresos que corresponde estudiar al juez de tutela para determinar si un gasto en salud constituye, en el marco de la vida cotidiana de una familia, una carga soportable, o una exigencia irrazonable[16]. Así las cosas, estima la Sala que el grupo familiar del actor no cuenta con recursos para sufragar el servicio solicitado.

5. En relación con las subreglas (i), (ii) y (iii), que hacen referencia a la necesidad del servicio, la existencia de orden del médico tratante del paciente, y la inexistencia de prestaciones alternativas para atender la condición de salud del actor, encuentra la Sala que no existe controversia entre las partes sobre la necesidad del servicio de enfermería para el cuidado del paciente. En ese sentido, la Dirección de Sanidad acepta que ha sido prescrito por un médico tratante de la entidad, aunque aclara que no lo hizo la Junta Médica en Neurología y Neurocirugía, a la que hizo alusión la accionante, sino que se trata de un informe de la UCI de la Clínica Santa Ana, en donde estuvo hospitalizado el paciente. La discusión se centra entonces sobre el modo en que debe prestarse ese servicio.

Para la peticionaria, la delicada condición del paciente, así como un concepto médico en el que se hizo referencia a la atención por enfermería durante 24 horas y a la presencia constante de profesionales en el área de salud con capacitación en reanimación, implica que el servicio debe ser permanente. La entidad accionada, en cambio, afirma que esa orden se dictó únicamente para el traslado del actor de la UCI a habitación; o bien, para un posible desplazamiento en avión a la Clínica de Policía de Bogotá. Añade que el servicio se presta mediante visitas domiciliarias de manera efectiva, propiciando el cuidado compartido del paciente entre la Institución y su familia.

En este trámite, existe en efecto una orden médica dictada por un profesional de la UCI de la Clínica Santa Clara, en la que se consignó:

“Plan: traslado a piso, se insiste en la presencia de personal de enfermería las 24 h, o en caso de que esto no sea posible y de común acuerdo con auditoría médica de la policía y con el fin de optimizar los paraclínicos diagnósticos, procedimientos y la terapia para su potencial recuperación, se considera el traslado en avión ambulancia a la Clínica de la Policía en Bogotá”, suscrita por el Doctor Francisco J. Ramírez, UCI de la Clínica Santa Ana. (Folio 15)

Según lo afirma la Institución accionada, y se evidencia en el contexto de la prescripción, el servicio se previó inicialmente para un traslado de habitación; o de centro hospitalario a la ciudad de Bogotá, y además, la orden se dictó hace cuatro años, de manera que no es clara la manera en que actualmente debe prestarse ese servicio. Sin embargo, no existe tampoco evidencia de recuperación del paciente, y la peticionaria relata la necesidad de cuidados que pueden requerir la intervención de un profesional en la salud, así que su petición no es abiertamente infundada.

El punto central a definir es entonces si los servicios que actualmente le presta la Dirección de Sanidad de la Policía son suficientes para mantener el nivel más alto de bienestar posible, dada la condición médica del actor, o si debería intensificarse el servicio de enfermería, de manera que su prestación sea permanente (24 horas).

No es admisible que la Dirección de Sanidad asuma una negativa radical sobre la necesidad del servicio, basándose en la presunta inexistencia de orden médica, cuando esa orden existe, y como lo demuestra el hecho de que la propia Institución demandada ha autorizado

las visitas domiciliarias por enfermería. Lo que hace falta es una definición médica clara y precisa sobre la intensidad y modo en que debe prestarse el servicio.

Tampoco corresponde a la Sala determinar cuál es la forma en que debe prestarse ese servicio, especialmente si se toma en cuenta que el actor recibe diversos cuidados, tanto profesionales, como de carácter puramente asistencial y solidario por parte de sus familiares en la actualidad.

Para dilucidar este aspecto, la Sala recuerda que las subreglas sobre acceso a servicios de salud, en tanto condiciones para establecer una adecuada ponderación entre el adecuado funcionamiento del sistema y el acceso a prestaciones específicas, se enmarcan en el concepto más amplio de proporcionalidad.

Así, la existencia de un concepto médico atañe a la idoneidad del servicio para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud, a la vez que evita interferencias irrazonables en la prestación del servicio por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud, permitiendo que sean los profesionales vinculados a estas, quienes definan la naturaleza de las prestaciones médicas que deben satisfacer. Por su parte, la subregla que ordena indagar sobre la existencia de tratamientos alternativos pretende verificar la necesidad del servicio que se solicita. Es por ese motivo relevante recalcar que el subprincipio de necesidad hace referencia a medidas alternativas que tengan un nivel idéntico, o similar de eficacia para la protección del derecho o la consecución del fin constitucional perseguido. La capacidad económica, según se explicó, permite armonizar los principios de solidaridad, igualdad, cargas soportables, y mínimo vital en el acceso a los servicios de salud.

Por ese motivo, para asegurar una aplicación de las subreglas constitucionales citadas que permita alcanzar el goce del más alto nivel posible de salud al actor, la Sala ordenará a la Institución accionada que efectúe una evaluación sobre los cuidados requeridos por el paciente, en atención a los diversos riesgos que presentan. Esa evaluación deberá ser justificada mediante criterios científicos, y elaborada por una Junta Médica Interdisciplinaria en la que participen profesionales de las distintas especialidades que involucran el caso del actor deberán reunirse para hacer explícita la naturaleza de los cuidados que requiere, así como su intensidad. Como parte central de este dictamen deberá la Junta precisar si los cuidados que su familia puede brindarle actualmente, junto con las visitas domiciliarias que

Sanidad le provee.

El sentido de esa explicación consiste en que en una comprensión de las subreglas constitucionales sobre el acceso a los servicios excluidos de los planes obligatorios desde el principio de proporcionalidad, explica que el único medio alternativo de protección del derecho en este caso es que los cuidados del paciente los adelante su propia familia, y que ello ocurra con el mismo nivel de eficacia que ocurriría si lo lleva a cabo una enfermera.

La razón para solicitar el concepto de la Junta Médica es que la condición del paciente involucra diversas esferas del organismo humano; pero también pretende enfatizar en la importancia de un control mutuo entre los profesionales de la medicina, al momento de definir la naturaleza de una prestación cualitativa, como la intensidad de los cuidados de enfermería.

Además de ello, observa la Sala que, aparte de las visitas domiciliarias han transcurrido varios años desde la última evaluación integral del paciente. Por ese motivo, solicitará a la Junta Médica que determine, en un concepto escrito, la situación actual del paciente, los cuidados que requiere, bien sean de carácter médico o “paliativo”, especificando qué profesional debe proveerlos, y aclarando si requiere el servicio de enfermería permanente, o si estos cuidados pueden asumirse mediante visitas domiciliarias y el concurso de su familia, con el mismo nivel de efectividad.

En caso de que la Junta Médica determine la necesidad del servicio de enfermería permanente, o bien, si en su concepto establece que la familia no puede asumirlos con el mismo nivel de efectividad, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional (Seccional Cúcuta) deberá proveerle el servicio de enfermería permanente (24 horas).

III. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- Revocar los fallos proferidos, en primera instancia, por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander, el seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012), y en segunda instancia, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013), y en su lugar,

conceder al amparo al derecho fundamental a la salud de Martín Fabián Soto Portillo.

Segundo.- Ordenar a la Dirección de Sanidad de Norte de Santander de la Policía Nacional que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia establezca una junta médica interdisciplinaria para una evaluación integral del paciente, en la que se defina la ruta a seguir en su estado actual de salud y, particularmente, establezca cuál es la intensidad con la que debe prestarse el servicio de enfermería.

En caso de que la Junta (i) determine explícitamente que el servicio debe prestarse de manera permanente (24 horas), o concluya que (ii) las visitas domiciliarias unidas a los cuidados familiares que actualmente recibe el paciente no logran cubrir las necesidades del paciente con el mismo nivel de efectividad que la permanencia de la enfermera o el enfermero en su domicilio durante 24 horas, Sanidad de Policía deberá ordenar la prestación requerida en el término de 48 horas, contadas desde la fecha del dictamen.

Tercero.- Solicitar al Defensor del Pueblo para que, a través de sus delegados o agentes competentes oriente a la agente oficiosa del señor Martín Fabián Soto Portillo en la defensa de los derechos de su hermano y coadyuve las peticiones necesarias para el adecuado cumplimiento de esta decisión.

Octavo.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] El expediente de la referencia fue escogido para revisión por auto de dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2013), proferido por la Sala de Selección Número Cinco.

[2] A manera de convención, y para facilitar la exposición, se hará referencia a la señora Ana Milena Soto Portillo, indistintamente, como la agente oficiosa, la cuidadora, o la hermana del peticionario; se hará referencia a Martín Fabián Soto Portillo, como el peticionario, el actor, o el paciente, tomando en cuenta la naturaleza del problema jurídico que abordará la Sala.

[3] Con fines de claridad en la exposición, en este capítulo se relatan los hechos a partir de lo expuesto en la demanda de tutela, y en la declaración que se recibió oficiosamente a la peticionaria en el curso de la primera instancia.

[4] De acuerdo con el escrito de demanda, el peticionario actualmente recibe un antiepiléptico (Fenitoina 100 mg), un anticonvulsivo (Ácido valproico, 8 cc), un medicamento para control de reflujo gástrico (Omeprazol), una anticoagulante (Warfarina), un bloqueador del receptor beta1, para la hipertensión (Metoprolol, 50 mg), y un medicamento para el estreñimiento. De igual forma, precisó que el paciente presente estenosis traqueal subglótica post intubación, con traqueostomía permanente, y sonda gástrica.

[5] El problema sobre acceso a servicios de salud requeridos por las personas y no incluidos en los planes obligatorios de salud ha sido abordado en un amplio conjunto de pronunciamientos de la Corte, y las subreglas aplicables en la materia se encuentran sistematizadas en la sentencia T-760/08. por ese motivo, la Sala efectuará una reiteración sucinta de los criterios y subreglas pertinentes para la solución de este tipo de problemas. Sobre esta metodología de exposición en casos ampliamente reiterados, consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T-535/10, T-127/10, T-019/10, T-189/09, T-465A/06, T-1130/05, T-810/05, T-959/04, T-054/02, T-396/99, y T-549/95.

[6] Si bien esta consideración constituye el resultado de un complejo proceso de desarrollo jurisprudencial, las ideas centrales del mismo fueron sintetizadas en la sentencia T-760 de 2008. Esta reiteración, entonces, hará referencia a diversos pronunciamientos, pero tomará como referencia esencial la sentencia mencionada.

[7] En las sentencias T-859 y T-860 de 2003 la Corporación sentenció que el derecho a la salud, en lo atinente a las prestaciones incorporadas en los planes obligatorios de servicios, es fundamental, y susceptible de protección por vía de tutela, con base en las siguientes reflexiones “11. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas se ha pronunciado sobre el derecho a la salud en su observación No. 14: “Observación General No. 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art. 12 [Pidesc]). De conformidad con lo establecido por el Comité en dicha oportunidad (i) el derecho a la salud se estima fundamental; (ii) comprende el derecho ‘al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente’ y (iii) la efectividad del derecho se sujeta a la realización de procedimientos complementarios. || De lo anterior se desprende que, en sí mismo, el derecho a la salud –sin perjuicio de situaciones puntuales como los mínimos de atención y satisfacción obligatorios (obligaciones básicas) y la puesta en peligro de derechos fundamentales como la vida o el mínimo vital- no es fundamental, pues si bien es cierto está funcionalmente dirigido al logro de la dignidad humana, no es posible traducirlo en derechos subjetivos (...) Así las cosas, prima facie sin la existencia de dicho plan de salud o marco legal del sistema nacional de salud, no es posible derivar un derecho subjetivo a la prestación de la salud. Lo anterior, claro está no impide el reconocimiento de una pretensión subjetiva cuando el Estado, en tanto que garante del derecho a la salud, omite cumplir sus funciones y deberes de protección violando el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...) [Sin embargo,] al adoptarse internamente un sistema de salud – no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza de fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003. || Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de

manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidia (…), así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General No. 14”

[8] “13. Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial”.

[9] “Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciados: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). || De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) La dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”. En el caso se constató cómo la suspensión en la continuidad de la prestación del servicio de energía eléctrica en una cárcel derivó en una grave vulneración a la dignidad humana de los internos del centro penitenciario.

[10] “11. Teniendo lo anterior presente, el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la

‘libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle’ y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad’, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias. || En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica). Así, por ejemplo, en la actualidad existe consenso en torno a la absoluta necesidad de que los procedimientos judiciales y administrativos estén fijados normativamente (principio de legalidad) y que prevean la posibilidad de controvertir pruebas, presentar las propias y de rebatir argumentos y ofrecer los propios (derecho de defensa), para que la persona pueda ser libre y activa en sociedad, mientras que serán las circunstancias concretas las que definan si una cirugía estética únicamente persigue intereses narcisistas o responden a una necesidad funcional ...”

[11] Al respecto, consultar sentencia T-595/02, así como el texto “El costo de los derechos”. Stephen J. Holmes y Cass Sunstein. Editorial Siglo XXI. Buenos Aires, 2011.

[12] Los análisis de los derechos fundamentales desde el punto de vista estructural, confirman esa naturaleza compleja, y las diversas obligaciones que surgen para la satisfacción de las distintas facetas de un derecho fundamental. En la doctrina, consultar, entre otros, el trabajo de W.N. Hohfeld, Conceptos Jurídicos

Fundamentales, Buenos Aires, Centro Editorial de América Latina, 1968; y, Teoría de los Derechos Fundamentales, de Robert Alexy; Centro de Estudios Constitucionales; 2006, en

donde se refiere a los derechos considerados como un todo, como un haz de posiciones jurídicas diversas.

[13] Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena, 14 a 25 de junio de 1993 (A/CONF. 157/23). 4. La promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales deben ser consideradas como objetivo prioritario de las Naciones Unidas, de conformidad con sus propósitos y principios, en particular el propósito de la cooperación internacional. En el marco de esos propósitos y principios, la promoción y protección de todos los derechos humanos es una preocupación legítima de la comunidad internacional. Los órganos y organismos especializados relacionados con los derechos humanos deben, por consiguiente, reforzar la coordinación de sus actividades tomando como base la aplicación consecuente y objetiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos. || Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos y libertades fundamentales”

[14] Ver, entre otras, las recientes sentencias T-841/12, T-739/11 y T-320/11.

[15] Sobre este punto, la peticionaria indicó, en declaración rendida ante el juez de primera instancia, que si bien Dirección de Sanidad le entrega periódicamente insumos para el cuidado de su hermano en cumplimiento de un fallo de tutela, estos resultan insuficientes, de manera que se ve obligada a comprar, en adición a lo autorizado por la accionada, los siguientes insumos: “cada mes 5 paquetes de pañitos desechables, valen más o menos \$50.000, tres cajas de guantes, tres cajas de tapabocas, una caja de gorros, crema para antipañalitis, yodora desodorante, todos los útiles de aseo, champú, cremas de dientes, 3 cajas de gasas, cuchillas de afeitar, cremas para el cuerpo para que no se escare, talco para los pies, habón de polvo para lavarle los tendidos, el ambientador para echarle en el cuarto, cloro, desinfectante, como a él lo tenemos en un cuartito para él solo, necesita tener todo desinfectado, es que a él se le pegan muchas bacterias, pañales porque los que le da la policía no le alcanzan, toca pagar el recibo de la luz porque el médico dijo que debía

ponérsele aire acondicionado para que no se reproduzcan las bacterias por el calor, y siempre es costoso, el último recibo fue de \$180.000, hay que comprar gas solo para él porque toca bañarlo con agua tibia, lavarle la bolsa de alimentación, hacerle la sopa de él especial, se gasta en gas \$40.000 mensual, en total en mi hermano me gasto aproximadamente \$1.000.000, sin contar que se dañan las sábanas y hay que comprarlas, la bolsa de alimentación se daña y hay que comprar jeringas, le compro vaselinas para que no se enferme tanto”.

[16] De la exposición de la demanda de tutela y la intervención de la Policía Nacional no es posible establecer la naturaleza jurídica de ese pago. La Sala desconoce si se trata de un reconocimiento administrativo o con fundamento en sentencia judicial, por reparación directa. Lo relevante para el caso de estudio es que no puede exigirse a la familia que la utilice en servicios básicos de salud, pues no se trata de un ingreso corriente del grupo familiar, sino de una suma recibida con ocasión de un hecho traumático.