

Sentencia T-668/10

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Caso en que las personas se encuentran imposibilitadas para actuar por sí mismas

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

La jurisprudencia ha hecho énfasis en la estructuración de la salud como un derecho constitucionalmente autónomo, el cual, en la medida en que se encuentra orientado a la realización del principio de la dignidad humana y se configura como un derecho subjetivo, allana el camino hacia la posibilidad de demandar su cumplimiento por vía de tutela. Igualmente, la Corte ha reiterado que para ordenar la prestación del servicio de salud excluido del POS, se deben atender ciertos criterios relacionados con el derecho a la salud, el cual rebasa las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud.

OBLIGACIONES EXIGIBLES A LAS EPS DEL REGIMEN SUBSIDIADO EN PRESTACION DE SERVICIOS EXCLUIDOS DEL POS-S/OBLIGACIONES DE LOS ENTES TERRITORIALES RESPONSABLES DE LA ATENCION MEDICA A POBLACION SUBSIDIADA

Esta Corte ha indicado que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, las direcciones de salud territoriales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud, quienes a su vez, afiliarán a los beneficiarios del subsidio, y prestarán directa o indirectamente los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado – POS-S, para lo cual deberán asumir un papel pedagógico con el fin de que los afiliados conozcan los procedimientos para acceder a estos beneficios. En suma, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela. la Corte en varios fallos ha reiterado que es obligación de las Entidades Promotoras de Salud –EPS- y las Entidades garantizar el derecho a la salud a los participantes que pertenecen al régimen

contributivo y los beneficiarios del régimen subsidiado, respectivamente, y tienen el deber de asistirlos de manera permanente, aunque no estén obligadas a prestar el servicio requerido, esta Sala considera que las entidades accionadas están incumpliendo sus deberes legales y constitucionales. Y por último, que en los casos estudiados, se evidencia la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de los accionantes, a quienes ponen en riesgo, no solo la salud sino su afectación en el desarrollo de sus vidas en condiciones dignas; y reitera que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental. Como conclusión de los casos expuestos, y al estar demostrada la vulneración alegada por los accionantes, esta Sala concederá el amparo de los derechos invocados, y ordenará revocar las sentencias de instancia, para, en su lugar, disponer que las EPS-S CAPRECOM y la Secretaría de Salud del Cauca, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autoricen los procedimientos quirúrgicos, así como todos los exámenes, terapias, medicamentos y demás tratamientos que sean necesarios para tratar las enfermedades de manera integral que los sujetos pasivos de la vulneración en los presentes casos padecen.

Referencia: expedientes T-2.647.074 y T-2.653.069

Acciones de tutela presentadas por la señora Adriana María Ortiz Repizo en representación de su padre Pablo Alí Ortiz Sáenz, contra CAPRECOM EPS-S, y por el señor Norvey Ulchur Rivera contra la Secretaría de Salud Departamental del Cauca.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside – Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela adoptados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué - Sala Civil - Familia, del 16 de marzo de 2010, y por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao - Cauca, del 18 de marzo de 2010, proferidos en los asuntos de la referencia, dentro de las acciones de tutela promovidas separadamente por la señora Adriana María Ortiz Repizo en representación de su padre Pablo Alí Ortiz Sáenz, y por el señor Norvey Ulchur Rivera.

De manera preliminar debe anotarse que la presente Sala de Revisión, a través de auto del 6 de julio de 2010, decidió acumular los citados procesos, a fin que fueran resueltos en una sola sentencia. Lo anterior, en razón a la analogía de los problemas jurídicos en ellos contenidos, circunstancia que a la luz del principio de economía procesal, justifica la mencionada acumulación.

1. ANTECEDENTES

1. Expediente T-2.679.353

La señora Adriana María Ortiz Repizo en representación de su padre Pablo Alí Ortiz Sáenz, presentó solicitud de tutela contra CAPRECOM régimen subsidiado, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no darle el tratamiento que requiere con urgencia.

1. Hechos y razones de la acción de tutela.

1. Sostiene, que su padre nació el 22 de enero de 1939, por lo tanto pertenece a las personas de la tercera edad, contando con más de 70 años; dice, que se encuentra afiliado a

la EPS-S CAPRECOM régimen subsidiado, en el municipio de Ataco, Tolima.

1. Afirma que sufrió una lesión en su ojo izquierdo, por lo que recibió atención médica y fue valorado por un especialista, quien le ordenó una ecografía ocular de su ojo izquierdo.

1. Igualmente, el especialista ordenó a su padre una cirugía denominada “extracción extracapsular de cristalina más lente intraocular”, debido al diagnóstico de catarata que padece en el ojo izquierdo.

1. Dice, que en razón a la demora excesiva de CAPRECOM en autorizar los exámenes solicitados por el especialista, se vieron en la necesidad de realizar particularmente la ecografía ocular del ojo izquierdo, la cual diagnosticó cataratas y desprendimiento posterior del vítreo.

1. El accionante dice que a la fecha, no ha recibido el tratamiento ni se ha autorizado la cirugía requerida por el especialista, por cuanto, según la respuesta de CAPRECOM, no hay convenios aún con las clínicas que realizan este tipo de procedimiento.

1. Por lo anterior, asegura que CAPRECOM está violando el derecho fundamental a la salud de su padre, restringiendo su posibilidad de vida en condiciones dignas.

1. Fundamentos y pretensiones.

1. Actuación procesal.

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, admitió la tutela y solicitó a la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima y a EPS-S CAPRECOM, pronunciarse sobre los hechos expuestos por la señora Adriana María Ortiz Repizo en representación de su padre Pablo Alí Ortiz Sáenz.

Por un lado, la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima respondió mediante escrito del 17 de noviembre de 2009, quien manifestó que no ha vulnerado los derechos del accionante, dado que su petición le corresponde atenderla a la EPS CAPRECOM.

Afirma, que el señor Ortiz efectivamente es usuario del régimen subsidiado afiliado a la EPS-S CAPRECOM, con diagnóstico de cataratas en su ojo izquierdo y requiere de una intervención quirúrgica denominada “extracción extracapsular de cristalina + lente intraocular” lo cual se encuentra cubierto en el POS y le corresponde a la EPS-S CAPRECOM.

Por otro lado, la EPS-S CAPRECOM sostiene que la enfermedad que padece el señor Ortiz, no se encuentra incluido en el Acuerdo 008 de 2009, y le corresponde asumirlos a la Secretaría de Salud del Departamento y, de no ser así, se le estaría generando cargos adicionales a la EPS-S para las cuales no cuenta con recursos.

1. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Pablo Alí Ortiz Sáenz.

1. Copia del carné de afiliación a la EPS-S CAPRECOM del señor Pablo Alí Ortiz Sáenz.

1. Copia de la orden del servicio expedida por la EPS-S CAPRECOM, de fecha 28 de

septiembre de 2009.

1. Demás copias de órdenes expedidas por la EPS- CAPRECOM.

1. Copia del examen de ecografía ocular realizado por Medicadiz y cancelado por el accionante.

1. Decisiones judiciales.

1. Primera instancia Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima.

Mediante fallo del 8 de febrero de 2010, se concede el amparo y ordena a la EPS-S CAPRECOM preste y suministre los servicios quirúrgicos y el tratamiento integral que requiera el señor Pablo Alí Ortiz Sáenz, sin que se le exija el copago correspondiente.

1. Consideraciones del Juzgado.

Dentro del análisis de los hechos precisó que el padecimiento que afecta al accionante sí se encuentra incluido en el POS-S conforme a lo establecido en el Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009, y por lo tanto, le corresponde a la EPS-S CAPRECOM garantizar el servicio quirúrgico que requiere el actor y la atención en forma integral sin que ponga en riesgo su salud y el desarrollo normal de su vida.

1. Segunda instancia. Tribunal Superior de Ibagué Sala Civil - Familia.

Mediante Fallo del 16 de marzo de 2010, revoca la decisión anterior por no encontrarse

probada la legitimación por activa de quien impulsó la acción constitucional, en este caso la hija del señor Pablo Alí Ortiz Sáenz.

1. Expediente T-2.653.069

El señor Norvey Ulchur Rivera, presentó acción de tutela contra la Secretaría de Salud del Cauca, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados al no autorizar una cirugía en su ojo derecho afectado por un tumor con el riesgo de perder la visión.

1. Hechos y razones de la acción de tutela.

1. El señor Norvey Ulchur Rivera, nació el 23 de enero de 1986, en el Cerro Tijeras Altamira, Municipio de Suárez - Cauca, y a la fecha cuenta con 24 años de edad, y se encuentra afiliado al régimen subsidiado en la Asociación Indígena del Cauca AIC EPSI - RS, desde el 1 de octubre de 2006, y es portador del carné 353881.

1. Al accionante se le diagnosticó "MASA EN LA ÓRBITA OCULAR DERECHA", por lo tanto le fue ordenado un examen de "RESONANCIA NUCLEAR".

1. Sostiene el accionante, que desde hace cuatro años viene gestionando en diferentes instituciones como la AIC EPSI, la ESE Norte I de Buenos Aires y Suárez - Cauca, la Clínica Santiago de Cali, la Clínica Rey David y la Secretaría de Salud del Departamento del Cauca, lo referente a una operación que se le debe practicar por una enfermedad en su ojo derecho que le ha causado dificultades en su visión.

1. Del historial clínico se desprende que el accionante presenta una masa protuberante en su ojo derecho, por lo que su médico tratante le ordenó una Resonancia Magnética en forma “urgente” y que la misma ha sido negada por la Asociación Indígena del Cauca AIC EPSI – RS, y por las demás entidades, por no estar incluida en el POS.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao, Cauca, admite la solicitud de tutela el 5 de marzo de 2010 y requiere a las entidades comprometidas en el caso.

La Secretaría de Salud responde el 9 de marzo de 2010 que, revisada la documentación del señor Norvey Ulchur Rivera, le corresponde la atención integral en salud que requiere el accionante a la AIC EPSI-RS ya que la patología que padece, denominada “MASA ORBITA DERECHA”, no se encuentra incluida en el POS-S y que debe realizar los recobros conforme a las sentencias C-316, 463 y T-760 del 2008.

La Asociación Indígena del Cauca AIC EPS-I, mediante escrito del 18 de marzo de 2010, argumenta que sólo administran los recursos del Régimen Subsidiado creado por ley 100 de 1993 para garantizar el POS-S de dicho régimen, cubriendo parcialmente las enfermedades de primer nivel y segundo nivel; y continúa señalando que la historia clínica del accionante no se encuentra dentro del paquete de servicios POS-S, toda vez que el señor Norvey no ha realizado trámite en dicha entidad que les permita evaluar el diagnóstico y la patología referida por él, hecho que confirma el actor en su declaración rendida el 8 de marzo de 2010.

Y concluye explicando que cuando un tratamiento no hace parte del POS-S, se tramita con cargo a los recursos de subsidio a la oferta, bien sea emitiendo la boleta del CRIC para que la red pública lo garantice o, en su defecto, se envía toda la documentación a la Dirección Departamental de Salud del Cauca, para su autorización y, para el caso concreto, esta última entidad no ha enviado ninguna comunicación a la Asociación Indígena del Cauca AIC EPSI – RS, autorizando la atención al señor Norvey Ulchur Rivera.

1. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Norvey Ulchur Rivera.

1. Copia de la solicitud de autorización a la Asociación Indígena del Cauca AIC EPSI - RS, relacionado a la práctica del examen de resonancia magnético en el ojo derecho.

1. Copia de la orden de examen de resonancia magnética en el ojo derecho emitida por el médico tratante, de fecha del 17 de septiembre de 2009.

1. Copia del carné del señor Norvey Ulchur Rivera, en el cual consta que se encuentra afiliado a la Asociación Indígena del Cauca AIC EPSI - RS.

1. Copia expedida por el Cabildo Indígena Cerro Tijeras Altamira, municipio de Suárez, Cauca, del 9 de septiembre de 2009, en donde consta que el señor Norvey Ulchur Rivera pertenece a esa comunidad.

1. Decisión judicial.

1. Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao, Cauca.

Mediante fallo único de instancia del 18 de marzo de 2010, niega el amparo por cuanto considera que no se han vulnerado los derechos fundamentales del actor, teniendo en cuenta

que si éste no ha realizado gestión alguna ante las entidades accionadas para que le sea autorizado la cirugía que necesita y el tratamiento integral derivado de la misma, advirtiendo que sólo ha recibido atención médica y por lo tanto debe realizar los trámites del caso.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA.

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

De los antecedentes y pruebas obrantes en el expediente, la Sala de Revisión pasará a determinar si, en los casos expuestos, se puede negar el amparo al derecho a la salud de una persona de la tercera edad por no probar la calidad de agente oficioso por parte de la persona que promovió la solicitud. Así mismo, se estudiará si se vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana de los accionantes, al no recibir la autorización para las cirugías y tratamientos solicitados, bajo el argumento de no estar incluidos en el POS-S.

Con el fin de abordar este problema jurídico, la Sala reiterará el precedente constitucional sobre: (i) la procedencia de la figura de la agencia oficiosa en materia de tutela, en los casos de aquellas personas que se encuentran imposibilitadas para actuar por sí mismas; (ii) el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud; (iii) si procede la acción de tutela para ordenar el servicio de salud tendiente a mejorar la calidad de vida de una persona; (iv) obligaciones exigibles a las empresas promotoras de servicios de salud del Régimen Subsidiado en la prestación de servicios excluidos del POS-S, y los entes territoriales responsables de la atención médica a la población subsidiada; (vi) los casos concretos.

1. Procedencia de la figura de la agencia oficiosa en materia de tutela, en los casos de aquellas personas que se encuentran imposibilitadas para actuar por sí mismas.

La Corte Constitucional ha reiterado que la agencia oficiosa debe ser probada como tal y demostrar que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, “quien actuará por sí misma o a través de representante”.

Igualmente, esta disposición contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

En efecto, el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, dispone:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante los poderes se presumirá auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia acción. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud...”

En ese sentido se pronunció la Corte en Sentencia T-294 de 20041 en la cual reiteró los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, así:

“La Corte ha señalado que dos de los elementos de la agencia oficiosa en materia de tutela son: (i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio.”

Y por último, puede concluirse que, una tercera persona puede actuar como agente oficioso en los casos en que el titular de los derechos invocados no esté en condiciones de hacerlo,

siempre y cuando ésta circunstancia se exprese en el escrito de la tutela, o se deduzcan de los hechos presentados en la tutela.

1. El carácter fundamental del derecho a la salud.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social(...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”²

En igual forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”³

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” En el mismo sentido, se encuentra la Observación No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud. “1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.”⁴

En nuestro ordenamiento colombiano, la Constitución Política de 1991 consagra el derecho a

la salud y a la seguridad social en el artículo 48, cuando define la seguridad social como "... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)".

Atendiendo este mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el sistema de seguridad social con el fin de configurar entre otros, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, así mismo desarrollar sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal⁵.

Inicialmente el derecho a la salud no tenía el carácter de fundamental, por cuanto era considerado esencialmente un derecho prestacional; mas, sin embargo, podía ser protegido por vía de tutela cuando su vulneración implicaba la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

Después de varios análisis, la jurisprudencia de esta Corporación determinó "la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna."⁶

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta⁷.

La salud es una condición de bienestar integral, que cuando afecta el estado psíquico o físico de las personas, estas se ven disminuidas afectando su calidad de vida, por lo que requieren prontamente de la asistencia de los profesionales encargados de la salud, y de la ayuda del Estado para recuperar su calidad de vida.

1. La procedencia de la acción de tutela para ordenar el servicio de salud necesario para

mejorar la calidad de vida de una persona.

Ahora bien, es preciso determinar si la salud, como bien jurídico amparado por el texto constitucional y los tratados internacionales, lo cual permite su configuración como derecho fundamental autónomo, permite a su vez, la posibilidad de demandar su satisfacción por vía de tutela.

Para abordar lo anterior, inicialmente debemos tratar el tema de la naturaleza jurídica del derecho a la salud y su protección a través del amparo, el cual ha pasado por varias etapas jurisprudenciales.

En efecto, esta Corporación ha señalado que la protección del derecho a la salud no es una pretensión que resulte prima facie procedente por vía de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional desde sus más tempranos pronunciamientos ha sido enfática en brindar una verdadera protección de los derechos fundamentales que pudieran resultar vulnerados cuando se refieren a los problemas de salud. Como se dijo anteriormente, por un amplio período, sostuvo que el derecho a la salud en sí mismo, no ostentaba el carácter de fundamental, y que únicamente en casos excepcionales era viable su protección, cuando en su vulneración se desconocen otras garantías de carácter fundamental, como la vida, y la integridad física.

Ahora bien, con la expedición de la sentencia SU-819 del 20 de octubre de 1998, se trató el tema de la vocación de transmutación que caracteriza a la totalidad de los derechos sociales, categoría dentro de la que se inscribe el derecho a la salud, en virtud de la cual se reconoce que, en la medida en que los órganos competentes llenan de contenido tales garantías, éstas abandonan el campo aparentemente indeterminado que dificulta su judicialización para convertirse, entonces, en verdaderos derechos subjetivos cuya protección puede solicitarse, entre otras instancias, ante los estrados judiciales.

En ese mismo sentido, la Corte se pronunció en sentencia T-941 del 24 de julio de 2009, de la siguiente forma:

“Si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, sí puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar este último, a través de la recuperación del

primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas”.¹⁰

En ese orden de ideas, no era necesario que la vida de la persona corriera peligro, pues, bastaba con que la afectación de su derecho a la salud le impidiera el desarrollo normal de sus actividades diarias, así como el despliegue de sus facultades corporales y espirituales.¹¹

De otro lado, la Sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003¹², estableció que el catálogo de derechos fundamentales comprendidos en el texto constitucional, no constituye un listado cerrado que impida el reconocimiento de garantías iusfundamentales diferentes, pues, una conclusión en contrario no sólo perdería de vista la dinámica vital de las sociedades a la cual la jurisprudencia siempre debe estar volcada en busca de la más alta realización de la libertad y la dignidad humana, sino que se opondría a lo establecido en el artículo 94 superior.

Dando aplicación a esta disposición, la Corte concluyó en la providencia en comento que el juez de constitucionalidad cuenta con un instrumento adicional a la obligatoria consulta de la Constitución y los referidos tratados para establecer la naturaleza fundamental de un determinado derecho, cuya aplicación demanda un examen dirigido a la confirmación de dos criterios: (i) en primer lugar, se debe establecer que el derecho bajo análisis se encuentre orientado a la realización del principio de la dignidad humana. (ii) En segundo término, el juez se encuentra llamado a definir si dicha garantía se puede traducir a un derecho subjetivo, lo cual supone examinar si en el caso concreto existe una prestación definida y, a su vez, si se encuentran determinados los sujetos de aquélla.

Igualmente, la Corte mediante Sentencia T-1048 del 31 de octubre de 2003¹³, explicó lo siguiente:

“el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando la presencia de ciertas anomalías en la salud, aún cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles, poniendo en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a

procurar alivio a sus dolencias, a buscar, por los medios posibles, la posibilidad de una vida, que no obstante las dolencias, pueda llevarse con dignidad". 14

Al respecto, en la sentencia T-573 del 27 de mayo de 2005¹⁵ la Corporación indicó:

"Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto en que hoy sería muy factible afirmar que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental. (...)

Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales. (...)

De esta manera y en aras de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en varias ocasiones¹⁶, ésta Corte se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación igualitaria, universal, continua, permanente y sin interrupciones, de los servicios de atención médica y de recuperación de la salud."

Importa destacar aquí lo establecido por esta Corporación en sentencia T-1041 del 5 de diciembre de 2006¹⁷:

"Ahora bien, el contenido del derecho fundamental a la salud no se agota en las prestaciones establecidas en estos planes, sino que incorpora aquellas obligaciones que, de acuerdo a la observación general 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son de inmediato cumplimiento por parte de los Estados por el hecho de haber ratificado el Pacto Internacional. En ese sentido, el Estado Colombiano tiene la obligación de (i) ofrecer los servicios de salud sin discriminación de ningún tipo, (ii) adoptar medidas para la realización del artículo 12 del Pacto, y (iii) abstenerse de acoger medidas regresivas que

limiten el margen de protección del derecho a la salud. En este último evento, en caso de restringir el espectro de protección, el Estado debe ofrecer una justificación suficiente que de cuenta de las medidas alternativas adoptadas, las cuales deben asegurar la satisfacción del resto de derechos consagrados en el tratado con base en la “plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”

Ahora bien, en sentencia C-463 del 14 de mayo de 2008¹⁸ ésta Sala señaló acerca de los principios y el carácter fundamental del derecho a la salud lo siguiente:

“... La naturaleza constitucional del derecho a la seguridad social en salud junto con los principios que la informan ha llevado a esta Corte a reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud.

(...)

En virtud del entendimiento del derecho a la salud como un derecho constitucional con vocación de universalidad y por tanto de fundamentabilidad, esta Corte en su jurisprudencia, ha resaltado la importancia que adquiere la protección del derecho fundamental a la salud en el marco del estado social de derecho, en cuanto afecta directamente la calidad de vida¹⁹.

La Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo²⁰ y por conexidad²¹, de forma progresiva la jurisprudencia constitucional ha reconocido su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo²².”

Y por último, recientemente en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008²³, esta Corporación ha ampliado su posición, reconociendo el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud. Ha dicho la Corte:

“Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. (...) En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer “(...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas

estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.”²⁴

En este orden de ideas, tenemos que las disposiciones legales y reglamentarias que dan alcance a las obligaciones que en materia de salud, el Estado y, el Sistema de seguridad social han adquirido, están definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, y cuya responsabilidad se encuentra en cabeza de las entidades que conforman el Sistema.

Ahora bien, en aquellas hipótesis en las cuales el tipo de dolencia o el procedimiento o medicamento no se encuentra incluido en los mencionados listados de los planes obligatorios, el compromiso del Estado con la prestación del servicio que demandan las personas que requieren atención en salud a fin de garantizar la existencia misma y su derecho a vivir dignamente y que no cuenten con los recursos para tal fin, no está sujeto a las restricciones que éstos imponen.

En efecto, el juez de tutela está llamado a hacer una valoración de la dimensión de la vulneración de la salud cuya protección no ha sido considerada por los aludidos planes. En ello, el juez no solo debe atender la afectación sino que, adicionalmente, debe atender otros criterios, como la situación económica del paciente, la posibilidad de ofrecer un sucedáneo del medicamento o procedimiento, entre otros, con el objetivo de determinar si es necesario emitir una orden de amparo, pues en estos casos excepcionales, según la normatividad de seguridad social, corresponde a la persona asumir el costo de tales servicios.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la salud, rebasa las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud, cuando esto es el fundamento para su no reconocimiento ²⁵, y de ello se derive que:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad

encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.²⁶ [T-1022 de 2005]. El anterior criterio ha sido utilizado por esta Corporación indistintamente, se trate del régimen contributivo²⁷ o del régimen subsidiado²⁸”.

En resumen, la jurisprudencia ha hecho énfasis en la estructuración de la salud como un derecho constitucionalmente autónomo, el cual, en la medida en que se encuentra orientado a la realización del principio de la dignidad humana y se configura como un derecho subjetivo, allana el camino hacia la posibilidad de demandar su cumplimiento por vía de tutela.

Igualmente, la Corte ha reiterado que para ordenar la prestación del servicio de salud excluido del POS, se deben atender ciertos criterios relacionados con el derecho a la salud, el cual rebasa las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud.

1. Obligaciones exigibles a las empresas promotoras de servicios de salud del Régimen Subsidiado en la prestación de servicios excluidos del POS-S, y los entes territoriales responsables de la atención médica a la población subsidiada.

El artículo 48 de la Constitución Política indica, que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

La Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: derecho y servicio público²⁹, precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.³⁰

En aplicación de los mencionados principios, se estableció el régimen subsidiado, constituido con el fin de satisfacer el derecho a la salud de la población “más pobre y vulnerable del país”, mediante el pago por parte del Estado “de una cotización subsidiada, total o

parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad...”³¹

De igual manera, señaló como regla rectora del Sistema que “La afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago.”³²

Precisa así mismo, los tipos de participantes en el servicio: unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado, cada uno con características propias y sobre los cuales la Corte se ha pronunciado en reiteradas oportunidades³³, y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. Al primer tipo pertenece la población con capacidad contributiva y sus beneficiarios, administrado a través de las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.)³⁴. Al segundo, y en aplicación del principio de solidaridad, se afilia la población sin capacidad contributiva; este régimen es administrado por las EPS-S. Y por último, pertenece también al Régimen de Seguridad Social la población simplemente “vinculada”, condición temporal sólo pueden vincularse al régimen subsidiado, el cual está destinado a cubrir a la población pobre y vulnerable y, a sus grupos familiares que no tengan capacidad de cotizar; su administración está confiada a las direcciones locales, distritales y departamentales de salud.³⁵

En efecto, debe precisarse que las entidades encargadas de garantizar tal derecho a la población pobre y vulnerable, están obligadas a permitir el acceso a los servicios de salud de todas las personas que lo requieran. En ese sentido, el artículo 43.2 de la Ley 715 de 2001, señala que es competencia de los departamentos, entre otras: “Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.”

En virtud de ello, igualmente ha considerado la Corte que el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales que demandan las personas que requieren atención en salud, a fin de garantizar la existencia misma y su derecho a vivir dignamente y que no cuentan con los recursos para tal fin, no está sujeto a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios. Por tal razón, si una persona bajo estas circunstancias demanda la

atención idónea y oportuna, o requiere de un tratamiento, procedimiento, cirugía o medicamento, excluidos del Plan Obligatorio que rige su vinculación, debe ser atendido por la entidad que le preste el servicio, la cual puede exigir el reintegro de los gastos en que incurra en cumplimiento de lo anterior.³⁶

Se infiere entonces que la anterior responsabilidad por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud cobra aún más importancia cuando se trata de una persona afiliada al régimen de seguridad social subsidiado, pues, según se estableció en la Sentencia T-541 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentarías, “por su misma condición de debilidad manifiesta se encuentren en desventaja respecto de aquellas que pertenecen al régimen contributivo, quienes tienen más posibilidad de costear con sus propios recursos los procedimientos, tratamientos y medicamentos excluidos del P.O.S.”

En varias oportunidades la Corte ha reiterado que, de conformidad con lo normado en el artículo 4º del Acuerdo No. 72 de 1997 del CNSSS, y en armonía con lo previsto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, los beneficiarios del régimen subsidiado de salud que requieran servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y no tengan capacidad de pago, podrán acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, que tendrán la obligación de atenderlos, caso en el cual las instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.³⁷

Así mismo, esta Corporación ha considerado que el juez de tutela no puede absolver a las E.P.S y a las A.R.S. de toda responsabilidad respecto de la atención de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, bajo el argumento de que el procedimiento requerido no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios que rigen la prestación del servicio, porque aunque la actividad no esté incluida en el Plan y determinadas acciones y procedimientos no les corresponda adelantarlos directamente, el afectado sigue siendo su afiliado y por ende su recuperación se encuentra bajo su cuidado y responsabilidad.³⁸

Con fundamento en lo anterior, la Corte ha sostenido que dependiendo de las particularidades del caso y el grado de afectación al derecho a la salud en condiciones dignas, en los eventos en los cuales las ARS no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas, prestar determinados servicios médicos o suministrar medicamentos, por no estar incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado POS-S, la protección de los derechos

fundamentales invocados por el actor puede llevarse a cabo de dos maneras³⁹:

“i) mediante la orden a la ARS para que realice la intervención, preste el servicio o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, o ii) mediante la orden a la ARS de que coordine la atención del usuario con las entidades públicas o las privadas con las que el Estado tenga contrato. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con recursos del citado fondo o con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto”.⁴⁰

En síntesis, cuando la prestación del servicio que se requiere se encuentra excluido en el POS-S, la protección constitucional del derecho a la salud, puede llevarse a cabo a través de las alternativas mencionadas.

Conforme a lo expuesto, frente a la complejidad de la reglamentación de protección de seguridad social en salud, dentro del régimen subsidiado y vinculado, son las entidades de carácter administrativo las encargadas de coordinar la clasificación de la población en el SISBEN, y las encargadas de autorizar los servicios con recursos a la oferta, y las que prestan los servicios médicos (EPSS), por ello es importante que éstas asuman un papel pedagógico para facilitar la utilización de servicios del mencionado régimen por parte de los habitantes.

Concluyendo lo anterior relacionado al funcionamiento de las EPS del Régimen Subsidiado y su responsabilidad en la prestación de los servicios médicos requeridos por sus afiliados, esta Corte ha indicado que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, las direcciones de salud territoriales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud, quienes a su vez, afiliarán a los beneficiarios del subsidio, y prestarán directa o indirectamente los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado – POS-S, para lo cual deberán asumir un papel pedagógico con el fin de que los afiliados conozcan los procedimientos para acceder a estos beneficios.

En suma, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S,

vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela⁴¹.

1. Análisis de los casos concretos.

1. Expediente T-2.647.074.

En el presente caso, la acción de tutela es presentada por la señora Adriana María Ortiz Repizo, en calidad de agente oficioso de su padre, el señor Pablo Alí Ortiz Sáenz, quien es una persona de la tercera edad, que padece de graves quebrantos de salud, motivo suficiente para demostrar que se encuentra en situación de debilidad manifiesta y por lo tanto, a diferencia de lo sostenido por el juez de instancia, la legitimación por activa se encuentra plenamente demostrada.

Por lo anterior, esta Sala considera que el juez de segunda instancia ha debido estudiar de fondo si los derechos fundamentales del señor Ortiz se han visto vulnerados, y no simplemente desecharlos aduciendo que no se encontraba probada la agencia oficiosa. Para el análisis del caso, se debe tener en cuenta:

El señor Pablo Alí Ortiz Sáenz, nació el 22 de enero de 1939, y actualmente cuenta con 71 años de edad, según copia del documento que se aporta en el proceso y fue diagnosticado con catarata en su ojo izquierdo, razón por la cual, para el mejoramiento de su estado de salud requiere de una cirugía denominada “extracción extracapsular de cristalino más lente intraocular”, prescrito por el médico especialista.

Igualmente, se encuentra plenamente probado que el accionante se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud a CAPRECOM EPS-S, Nivel 2 del municipio de Ataco, Tolima, según consta en la fotocopia del carné que el actor aportó al proceso, quien recibe atención médica desde agosto de 2009, por una lesión que sufrió en su ojo izquierdo.

A raíz de ello fue valorado por los especialistas, quienes le ordenaron una ecografía, la cual le tocó asumir su costo ante la demora en autorizarla por parte de CAPRECOM EPS-S. Los resultados del examen determinaron que el actor requería de una cirugía, para lo cual la EPS-

S no la autorizó por no tener convenios con clínicas que realizan ese tipo de procedimientos.

Al ser requerido por el juez de instancia, CAPRECOM EPS-S argumentó que al señor Ortiz "... se le vienen prestando todos los servicios médicos y medicamentos incluidos en el POS-S, sin embargo, el servicio médico especializado denominado "Cirugía de Ojos", según patología ocular no se incluye dentro del POSS, correspondiendo por ende, a la Secretaría de Salud Departamental del Tolima garantizar su atención."

Por su parte, la Secretaría de Salud Departamental del Tolima manifestó que el accionante pertenece a la EPS-S CAPRECOM, entidad responsable de suministrar y prestar los servicios médicos que requieran los afiliados, y que el procedimiento que requiere el paciente, se encuentra incluido en el POSS, según el Acuerdo 08 de 2009.

En efecto, en el Acuerdo 000306 suscrito el 16 de agosto de 2005, publicado por el Diario oficial No. 46.096 en noviembre 18 de 2005, por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, en el artículo 2º, que establece los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado POS-S, en el literal b) y numeral 2º, que se refiere a la cobertura de servicios de segundo y tercer nivel de complejidad, se lee:

"(...)

2. Cobertura de servicios de segundo y tercer nivel de complejidad. El POS-S cubre:

(...)

2.5. Atención de los casos con diagnóstico de cataratas de cualquier etiología en cualquier grupo de edad, ambulatoria, con hospitalización, quirúrgica, no quirúrgica, diagnóstica y terapéutica para dicha patología e incluye:

- Suministro del Lente Intraocular y su implantación.
- Atención de las complicaciones inherentes a las cataratas y a su tratamiento."

Es así que, como lo dispone el anterior acuerdo, el tratamiento de la enfermedad que padece el señor Pablo Alí Ortiz Sáenz en su ojo izquierdo, está cubierto por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado de forma integral. Es decir que el procedimiento quirúrgico de

la extracción de catarata e implante del lente intraocular, ordenados por el médico especialista, se encuentran dentro del POS-S, así como todos los exámenes, terapias, medicamentos y demás tratamientos que sean necesarios para tratar la enfermedad que el sujeto pasivo de la vulneración, en el presente caso, padece.

Por tanto, una vez se ha verificado que el tratamiento integral de la enfermedad que padece el señor Pablo Alí Ortiz Sáenz está cubierto, en su totalidad, por el POS-S, la Sala encuentra que la entidad encargada de prestar y garantizar la atención del servicio de salud de la accionante es la EPS-S CAPRECOM, quien debe garantizar no solo la autorización sino la práctica de la misma.

Dentro del análisis de los hechos precisó que el padecimiento que afecta al accionante sí se encuentra incluido en el POS-S conforme a lo establecido en el Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009, y por lo tanto, le corresponde a la EPS-S CAPRECOM garantizar el servicio quirúrgico que requiere el actor y la atención en forma integral sin que ponga en riesgo su salud y el desarrollo normal de su vida.

Analizado lo anterior, no encuentra la sala justificación valedera para que el juez de segunda instancia revocara el fallo por no encontrarse probada la legitimación por activa de quien impulsó la acción constitucional, en este caso la hija del señor Pablo Alí Ortiz Sáenz.

La Corte ha reiterado, que un tercero podrá actuar como agente oficioso sin que medie poder para el efecto, en los casos en que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio, siempre que esta circunstancia se exprese en el escrito de tutela.

Estudiando el caso que nos ocupa la legitimación de la hija del afectado se encontraba plenamente probada, en razón de que el señor Ortiz se encuentra limitado por la enfermedad que padece, lo que hace presumir su incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción, y por ello, a su nombre lo hizo su hija y así lo manifiesta en el escrito de tutela. En consecuencia, se ha debido reconocer por parte del ad-quem la condición de agente oficioso del accionante, máxime si se trata de la hija.

1. Expediente T-2.653.069.

De las pruebas que se aportan al proceso, se tiene que accionante se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud a la Asociación Indígena del Cauca AIC-EPS-I, ESE Norte de Suárez, dentro del Nivel 1 de pobreza, según consta la fotocopia del carné que el actor aportó, lo que indica que carece de medios económicos para costearse la intervención requerida.

Así mismo, existen evidencias de que el accionante ha gestionado en la AIC-EPS-I, en el Hospital Francisco de Paula Santander ESE y otras instituciones, lo referente a una operación que se le debe practicar por una enfermedad que padece en su ojo derecho y que le ha causado dificultades en su visión, diagnosticada como “existencia de una masa en la órbita ocular derecha”.

Igualmente se observa, que el señor Norvey Ulchur Rivera fue diagnosticado con “existencia de una masa en la órbita ocular derecha”, razón por la cual, para el mejoramiento de su estado de salud requiere de una cirugía de vital importancia prescrita por el médico especialista.

El accionante es una persona de 24 años de edad, perteneciente a la comunidad del Cabildo Indígena Cerro Tijeras Altamira del Municipio de Suárez, Cauca, que reclama la autorización de un examen especializado que necesita con urgencia, el cual es sometido a una demora injustificada en su realización, que lo obliga a tener que soportar la dolencia y los síntomas de su enfermedad, además, las limitaciones en la visión que ésta genera, cosa que se pudieron evitar de haberse realizado oportunamente el mencionado examen.

Ante el requerimiento del juez de instancia, la Secretaría de Salud del Departamento del Cauca, mediante escrito del 9 de marzo de 2010, dice que la documentación del señor Ulchur Rivera fue revisada por un médico especialista de esa Secretaría, quien concluyó como diagnóstico “MASA ÓRBITA DERECHA” y le ordenan “RESONANCIA NUCLEAR MAGNÉTICA”. Aclara la Secretaría de Salud, que si en algún momento al paciente se le diagnostica una enfermedad maligna, el tratamiento deberá ser garantizado por la AIC EPS-I de conformidad con el acuerdo 008 de 2010, ya que se considera una patología de “ALTO COSTO, RUINOSA O

CATASTRÓFICA.”

Agrega, que la atención integral que requiere el accionante, es de competencia de la AIC EPS-I ya que la patología que padece denominada MASA ORBITA DERECHA no se encuentra inmersa en el POS-S y para lo que debe realizar los recobros correspondientes. Agrega que esa Secretaría sólo administra recursos del Sistema General de Participaciones para la población más pobre y vulnerable no cubierta con subsidios a la demanda, que no tienen seguridad social.

La Asociación Indígena del Cauca AIC-EPS-I, mediante escrito del 18 de marzo de 2010 manifiesta que es una entidad promotora de salud de la comunidad indígena administradora de recursos del Régimen Subsidiado para garantizar el POS-S. Dice que a la comunidad no le llegan recursos adicionales, y cubre parcialmente las enfermedades de Nivel 1 y 2, como son: urgencias, traumatología, obstetricia, cirugía, oftalmología y menores de un año, y demás que se encuentran dentro del POS-S.

Sostiene, que no existe historia clínica del accionante ni petición sobre el tema y por ello no pueden estudiar el caso, por lo que suponen, que el tratamiento por la enfermedad que padece el señor Ulchur Rivera, no se encuentra incluida en el POS-S.

En efecto, en el Acuerdo 000306 suscrito el 16 de agosto de 2005, publicado por el Diario oficial No. 46.096 en noviembre 18 de 2005, por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, no contempla el examen de “RESONANCIA NUCLEAR MAGNETICA” que requiere el accionante para determinar la procedencia de una MASA ORBITA DERECHA, que padece y le está generando serios problemas de visión.

Ahora bien, una vez se ha verificado que lo requerido por el señor Pablo Alí Ortiz Sáenz no está cubierto por el POS-S, debe advertirse que en esos casos, se tramita con cargo a los recursos de subsidio a la oferta, bien sea emitiendo la boleta del CRIC para que la red pública lo garantice o, en su defecto, se envía la documentación a la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, para su autorización.

En el caso presente, se observa igualmente que el actor ha gestionado la documentación en la Secretaría de Salud del Departamento del Cauca y no a la AIC EPS-I, para que se le autorice el tratamiento ordenado por el especialista, para lo cual sólo ha obtenido respuestas

evasivas, carentes de información de fondo.

Ahora bien, la AIC EPS-I no puede excusarse con el pretexto de no encontrar una solicitud del caso, basta con el conocimiento del mismo para que sea diligente, dada su condición especial de prestadora de salud a las comunidades indígenas que, como ya se dijo, gozan de especial protección constitucional. Además, se debe tener en cuenta que este tipo de población con alto grado de pobreza, carece de la información sobre trámites y demás procedimientos administrativos, y, no por ello, deben padecer de la negativa a la prestación de los servicios de salud obligatorios para todas las personas en general.

1. Conclusiones.

De lo anterior y en tanto la Corte en varios fallos ha reiterado que es obligación de las Entidades Promotoras de Salud -EPS- y las Entidades garantizar el derecho a la salud a los participantes que pertenecen al régimen contributivo y los beneficiarios del régimen subsidiado, respectivamente, y tienen el deber de asistirlos de manera permanente, aunque no estén obligadas a prestar el servicio requerido, esta Sala considera que las entidades accionadas están incumpliendo sus deberes legales y constitucionales.

Y por último, que en los casos estudiados, se evidencia la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de los accionantes, a quienes ponen en riesgo, no solo la salud sino su afectación en el desarrollo de sus vidas en condiciones dignas; y reitera que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental.

Como conclusión de los casos expuestos, y al estar demostrada la vulneración alegada por los accionantes, esta Sala concederá el amparo de los derechos invocados, y ordenará revocar las sentencias de instancia, para, en su lugar, disponer que las EPS-S CAPRECOM y la Secretaría de Salud del Cauca, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autoricen los procedimientos quirúrgicos, así como todos los exámenes, terapias, medicamentos y demás tratamientos que sean necesarios para tratar las enfermedades de manera integral que los sujetos pasivos de la

vulneración en los presentes casos padecen.

Igualmente, se requerirá particularmente a la Asociación Indígena del Cauca AIC-EPS-I, para que una vez sea autorizado el tratamiento del señor Ulchur Rivera, proceda de inmediato a la práctica del tratamiento integral que requiera el actor.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el dieciséis (16) de marzo de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué – Sala de Familia y, en su lugar, dejar en firme el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito del 8 de febrero de 2010, que concede el amparo solicitado por el señor Pablo Alí Ortiz Sáenz, por las razones expuestas.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a la EPS-S CAPRECOM que autorice, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, al señor Pablo Alí Ortiz Sáenz el procedimiento quirúrgico denominado extracción extracapsular de cristalina más lente intraocular, así como todos los exámenes, terapias, medicamentos y demás tratamientos que sean necesarios para tratar la enfermedad que el sujeto pasivo de la vulneración en el presente caso padece.

CUARTO.- En consecuencia, ORDENAR a la Asociación Indígena del Cauca AIC-EPS-I, para que una vez sea autorizado el tratamiento del señor Norvey Ulchur Rivera, proceda de inmediato a la práctica del examen denominado RESONANCIA NUCLEAR MAGNÉTICA así como los procedimientos quirúrgicos que requiera y todos los exámenes, terapias, medicamentos y demás tratamientos que sean necesarios para tratar la enfermedad que el sujeto pasivo de la vulneración en el presente caso padece.

QUINTO: PREVENIR a las entidades enunciadas para que en el futuro aplique todas las normas vigentes que regulan los Planes Obligatorios de Salud y se abstenga de negar el suministro de los servicios de salud expresamente allí contenidos.

SEXTO: DISPONER que se remita copia de esta providencia a la Superintendencia Nacional de

Salud, para que adelante la investigación y adopte los correctivos que considere, respecto de la negativa de la EPS -S accionadas, de autorizar el procedimiento prescrito por el médico tratante, previsto en el Plan Obligatorio de Salud de Régimen Subsidiado POS-S y no POS-S. Oficiése por Secretaría General y remítase copia de esta providencia.

SEXTO.- 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.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta oportunidad, la Corte estudió la legitimación por activa de un Director del Departamento Ambiental de Cartagena para interponer una acción de tutela contra una sentencia proferida por la jurisdicción civil, mediante la cual se declaró la prescripción adquisitiva de un bien de uso público.

2 Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

3 Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

4 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales art. 12.

5 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

6 Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 C. P. art. 13.

8 MP. Álvaro Tafur Galvis.

9 MP. Alejandro Martínez Caballero.

10 Sentencias T-593 del 17 de julio de 2003, MP. Álvaro Tafur Galvis; SU- 111 del 6 de marzo de 1997 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-039 del 19 de febrero de 1998 MP Hernando Herrera Vergara; T-236 del 21 de mayo de 1998 MP: Fabio Morón Díaz; T-395 del 3 de agosto de 1998 MP. Alejandro Martínez Caballero; T-489 del 11 de septiembre de 1998 MP Vladimiro Naranjo Mesa; T-560 del 6 de octubre de 1998 MP. Vladimiro Naranjo Mesa; T-171 del 17 de marzo de 1999 MP. Alejandro Martínez Caballero; T-271 del 23 de junio de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T-494 del 28 de octubre de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

11 Sentencia T-499 del 21 de agosto de 1992, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 MP. Eduardo Montealegre Linett.

13 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

14 Sentencias T-224 del 5 de mayo de 1997 MP. Carlos Gaviria Díaz; T-099 del 18 de febrero de 1999 MP. Alfredo Beltrán Sierra; T-722 del 5 de julio de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil y T-281 del 3 de abril de 2003 MP. Álvaro Tafur Galvis.

15 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

17 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

18 MP: Jaime Araujo Rentería.

19 Sentencia T-597 del 15 de diciembre de 1993 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

20 Sentencias: T-085 del 9 de febrero de 2006 MP. Clara Inés Vargas; T-850 del 10 de octubre de 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil; T-1081 del 11 de octubre de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-822 del 21 de octubre de 1999 MP. Álvaro Tafur Galvis; SU-562 del 4 de agosto de 1999 MP. Alejandro Martínez Caballero; T-209 del 13 de abril de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz; T-248 del 26 de mayo de 1998 MP. José Gregorio Hernández.

21 Sentencias: T-133 del 22 de febrero de 2007 MP. Humberto Antonio Sierra Porto; T-964 del 23 de noviembre de 2006 MP. Clara Inés Vargas; T-888 del 31 de octubre de 2006 MP. Jaime Araujo Rentería; T-913 del 1 de septiembre de 2005 MP. Clara Inés Vargas; T-805 del 4 de agosto de 2005 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-372 del 8 de abril de 2005 MP. Clara Inés Vargas.

22 Sentencias T-016 del 22 de enero de 2007 MP. Humberto Antonio Sierra Porto y T-1041 del 5 de diciembre de 2006 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

23 MP. Manuel Cepeda Espinosa.

24 Sentencia C-811 del 3 de octubre de 2007 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

25 Sentencia T-557 del 18 de julio de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

26 Sentencia T-1204 de 2000, Sentencia T-484 de 1992, T-505 de 1992 y T-548 de 1992 Sentencia T-224 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-631, T-628 y T-691 de 1998 y SU-819 de 1999].

27 Sentencia T-1022 del 7 de octubre de 2005 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-080 del 29 de enero de 2001 MP. Fabio Morón Díaz; T-591 del 17 de julio de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett; T-058 del 29 de enero de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa; T-750 del 6 de agosto de 2004 MP. Rodrigo Uprimny Yepes; T-828 del 1 de septiembre de 2004 MP. Rodrigo Uprimny Yepes; T-882 10 de septiembre de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa; T-901 del 16 de septiembre de 2004 MP. Clara Inés Vargas; T-984 del 8 de octubre de 2004 MP. Humberto Antonio Sierra Porto; T-016 del 20 de enero de 2005 MP. Rodrigo Uprimny Yepes; T-024 del 20 de enero de 2005 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-086 del 3 de febrero de 2005 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

28 Sentencia T-1022 del 7 de octubre de 2005 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-829 del 1

de septiembre de 2004 MP; T-841 del 1 de septiembre de 2004 MP. Rodrigo Upimny Yepes; T-833 del 1 de septiembre de 2004 MP. Álvaro Tafur Galvis; T-868 del 6 de septiembre de 2004 MP. Jaime Córdoba Triviño y T-096 del 4 de febrero del 2005 MP. Jaime Córdoba Triviño.

29 Sentencias T-134 del 28 de febrero de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 del 18 de julio de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

30 Sentencias T-207 del 12 de mayo de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 del 12 de septiembre de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonel y C-577 del 4 de diciembre de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

31 Artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

32 Artículo 153 inciso 2º Ley 100 de 1993.

33 Sentencia C-130 del 26 de febrero de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

34 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

35 Artículo 43.2 Ley 715 de 2001.

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

37 Sentencias T-593 del 17 de julio de 2003 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-1048 del 31 de octubre de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernandez.

38 Sentencias T-593 del 17 de julio de 2003 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-1048 del 31 de octubre de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernandez.

39 Sentencias la T-1087 del 12 de octubre de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa ; T- 972 del 7 de septiembre de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa ; T-754 del 13 de septiembre de 2002 MP. Manuel José Cepeda Espinosa ; T-911 del 25 de octubre de 2002 MP. Manuel José Cepeda Espinosa ; T-410 del 23 de mayo de 2002 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-632 del 8 de agosto de 2002 MP. Jaime Córdoba Triviño.

40 Sentencia T-1048 del 31 de octubre de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernandez.

41 Sentencia T-1185 de 2005.