

Sentencia T-685/10

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Caso en que EPS-S niega cita médica para valoración con especialista en endocrinología por considerar que tal servicio no está cubierto por el plan subsidiado

DERECHO A LA SALUD-Protección según reglas establecidas por la jurisprudencia de esta Corporación

DERECHO A LA SALUD Y REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Regulación jurídica y alcance poblacional

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Fundamental como parte de la salud

SECRETARIAS DEPARTAMENTALES DE SALUD-Competencias dentro del Régimen Subsidiado de Salud

DERECHO A LA SALUD Y REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Entidades territoriales tienen la competencia de prestar servicios de salud a personas vinculadas al régimen subsidiado mediante contratos con Empresas Sociales del Estado

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Alcance constitucional sobre el hecho superado y el daño consumado

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Secretaria Departamental de Salud del Tolima realizó valoración por endocrinología

Referencia: expediente T-2.641.991.

Acción de tutela presentada por Edna Rocío Campos Oliveros contra Caprecom E.P.S. y otro.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., dos (2) de septiembre de dos mil diez (2010).

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la decisión adoptada en primera instancia por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué el tres (03) de diciembre de dos mil nueve 2009.

I. ANTECEDENTES.

1.- Hechos y Pretensiones

La señora Edna Rocio Campos Oliveros, de 24 años de edad, instauró acción de tutela contra Caprecom E.P.S., por considerar que fueron vulnerados los derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital y a la seguridad social, de conformidad con los siguientes hechos:

-. Manifiesta la accionante que el 29 de octubre de 2009 acudió a una cita médica en el centro asistencial Caprecom, afirma que la atendió el médico adscrito a dicha E.P.S.-S quien revisó su estado de salud y en su orden medica dejó consignado que la accionante tiene como antecedente meningitis y retraso en su desarrollo. En la orden médica solicitó como tratamiento la valoración por endocrinología.

-. Indica que solicitó a su E.P.S.-S la autorización y respectiva cita médica con el médico endocrinólogo el 30 de octubre de 2009, pero dicha institución médica le entregó un formato de negociación de servicio de salud, pues afirma que esa cita médica con especialista no está cubierto por el plan subsidiado de salud. Sin embargo, considera la accionante que tal decisión de su E.P.S.-S, afecta su salud y su vida, ya que requiere dicho tratamiento médico.

-. Con todo lo dicho, la accionante solicita que a través de éste medio se ordene a la E.P.S.-S adscrita la (i) remita al médico especialista endocrinólogo con el objeto de que le haga la respectiva valoración y le garantice e indique el tratamiento integral a seguir, según la patología que presenta, y (ii) le proporcione los medicamentos, tratamientos, hospitalizaciones y demás que requiera con el único fin de mejorar su estado de salud.

2.- Intervención de la entidad demandada.

Caprecom E.P.S.-S, una vez notificado de la acción de tutela por la instancia pertinente, manifestó que la afiliación de la accionante efectivamente se encuentra activa, que se le han

prestado todos los servicios y suministros de medicamentos incluidos en el POS-S, es decir con los recursos del régimen subsidiado entregados a la EPS-S bajo el régimen subsidiado, sin que estén obligados por mandato legal a asumir procedimientos distintos no incluidos en el plan de beneficios del POS-S. Además dentro de los fundamentos de su defensa expone:

“(…) El servicio medico denominado TRATAMIENTO POR ENDOCRINOLOGIA según diagnostico RETARDO EN EL DESARROLLO PSICOMOTOR que padece EDNA ROCIO CAMPOS OLIVEROS, NO se encuentra incluido en el Acuerdo 306 de 2005 en concordancia con la Resolución 5261 de 1994 MAPIPOS, que contiene los procedimientos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, es decir que su realización debe ser asumida por la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, al respecto el Acuerdo 306 de 2005 que reza “la competencia de los servicios del POSS, a cargo de los recursos del subsidio a la oferta: en la etapa de transición, mientras se unifican los contenidos del POSS con los del POS del régimen contributivo aquellos beneficiarios del régimen subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POSS, tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las instituciones públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto, con cargo a los recursos de subsidio a la oferta ”(comillas y subraya fuera de texto), de igual forma se estableció la misma obligación en el artículo 49 de la Ley 715 de 2001 y art. 20 de la Ley 1122 de 2007, es decir que corresponde al Estado colombiano a través de la secretaría de salud departamental asumir los exámenes, consultas especializadas, procedimientos y suministros que requiere EDNA ROCIO CAMPOS OLIVEROS de no ser así, se estarían generando cargos adicionales a la EPS-S, para los cuales no cuenta con recursos.(…)”

De otra parte CAPRECOM EPS-S mediante sendos contratos cubre a través del Hospital San Juan de Dios de Honda, Hospital Nueva la Candelaria de purificación, Hospital San Juan Bautista de Chaparral, Hospital San Rafael de Espinal y el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, los niveles II, III y IV de atención en salud respectivamente a sus afiliados, es decir toda la atención requerida por los afiliados respecto de los niveles antes señalados e incluidos en el P.O.S.S. en todo el territorio Tolimense.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

Primera Instancia

Mediante sentencia de 3 de diciembre de 2009, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué negó la tutela solicitada con los siguientes argumentos:

“A partir de la Ley 1122 de 2007, garantizar la prestación de los servicios de salud que la persona requiera es responsabilidad de las EPS, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado (L. 1122/2007, art. 14) (...)

En el caso bajo examen, encuentra este despacho judicial que la accionante efectivamente pertenece al régimen subsidiado, quien requiere un procedimiento especializado denominado TRATAMIENTO POR ENDOCRINOLOGÍA, el cual fue negado por su EPS-S accionada, argumentando que aquellos beneficiarios del Régimen Subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POSS, tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las instituciones públicas o en las privadas con las cuales el estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio de la oferta. (...) No obra en el expediente manifestación hecha por la accionante de haber solicitado a la secretaria de salud departamental de Tolima, de la autorización de la consulta especializada de valoración por endocrinología; por consiguiente no se podrán amparar por vía de tutela los derechos en cita, por cuanto no se ha vulnerado derecho alguno, pues la directa responsable de emitir la autorización de servicios o medicamentos no ha sido negligente u omisiva a las pretensiones de la demandante.(...)”.1

5. Pruebas que reposan en el expediente.

-. Copia de la solicitud de servicio de endocrinología emitido por el médico adscrito al sistema integral de referencia y contrarreferencia Caprecom, doctor Omar Mondragón, de 29 de octubre de 2009 respecto de la señora Edna Rocio Campos. (fl. 8 cuaderno principal)

-. Copia de formato de negación de servicios de salud de la consulta ambulatoria de medicina especializada por no estar cubierto por el plan POS-S emitido por Caprecom EPS-S a la señora Edna Rocio Campos Oliveros. (fls. 9 cuaderno principal)

-. Copia del carné No. 73001053308 de la señora Edna Rocio Campos Oliveros del sistema

general de seguridad social en salud régimen subsidiado nivel socioeconómico 1. (fls. 7 cuaderno principal)

5.1. Actuaciones surtidas en la Corte Constitucional.

Mediante auto de 16 de julio de 2010 se resolvió poner en conocimiento el presente proceso al Departamento de Tolima- Secretaría de Salud Departamental, y se ordenó a Caprecom E.P.S., aportara la siguiente información:

“(…)1.- Se allegue la historia clínica de la señora Edna Rocío Campos Oliveros identificada con cedula de ciudadanía numero 1.110.458.156 de Ibagué.

2.- Que a través del médico tratante de la señora Edna Rocío Campos Oliveros, indique cual es tratamiento requerido para la enfermedad que padece la señora Campos en atención a sus condiciones de salud. . (…)”

5.1.1. En respuesta allegada a ésta Corporación el 3 de agosto de 2010 el Secretario de Salud del Departamento de Tolima, presentó escrito de traslado de la acción de tutela indicando lo siguiente:

“ (...) Inicialmente se tiene que verificados los derechos de la accionante conforme a la base de datos oficial del FOSYGA se registra afiliada al REGIMEN SUBSIDIADO EPSS CAPRECOM, por consiguiente, la prestación del servicio de salud se encuentra subsidiado por el Estado por intermedio de dicha afiliación. Así mismo, al visualizar el HISTORIAL PERSONAL DE AUTORIZACIONES DE LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, se tiene que la usuaria solo registra una solicitud de servicios, de fecha 16 de febrero de 2010 en el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E., siendo el procedimiento: valoración por endocrinología, es decir, por consiguiente, desde ya se advierte que la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL no ha vulnerado derechos fundamentales, por cuanto, ha autorizado lo solicitado por la usuaria y no le ha negado servicio médico alguno. Al ahondar en la acción de tutela se tiene que la usuaria pretende una valoración por ENDOCRINOLOGÍA Y TRATAMIENTO INTEGRAL, si bien, la Secretaría de Salud Departamental ya AUTORIZÓ dicha especialidad, es claro señor Juez, que la obligación legal, en principio, esta a cargo de su EPSS, se encuentre o no en el POSS lo requerido, por cuanto, de esta forma se evita tramites administrativos innecesarios a los pacientes (paseo de la muerte) y además dicha entidad tiene el derecho al recobro frente

al ente territorial sobre los medicamentos y procedimientos NO POSS, por consiguiente, no se puede exonerar de tal responsabilidad a CAPRECOM EPSS; el ente que represento, no niega los servicios médicos en ningún momento a ningún paciente, no obstante dicha gestión no puede ser interpretada para endilgarnos responsabilidades que no nos corresponde asumir, de forma directa por consiguiente se solicita desde ya que se ordene a CAPRECOM EPSS el suministro de medicamentos, procedimientos y demás al usuario.”(negrilla fuera de texto)2

Además anexó los siguientes documentos:

-. Copia de resultado de consulta emitido por el Ministerio de la Protección Social Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud - FOSYGA, donde hace constar que la señora Edna Rocío Campos Oliveros identificada con c.c. 1110458156 se encuentra afiliada a la EPS CAPRECOM en el régimen subsidiado desde el 01/04/1998. (fls.18 cuaderno 2)

5.1.2. En respuesta a oficio OPTB-782/2010 emitida por el Director Territorial del Departamento de Tolima de Caprecom EPS-S, remitió la siguiente documentación:

-. Copia de la historia clínica de la señora Edna Rocío Campos Oliveros emitida por Caprecom EPS-S. (Ver folios 23 a 40 cuaderno 2)

-. Copia de los servicios autorizados por Caprecom (Primer Nivel) respecto de la accionante. (Ver folio 21 cuaderno 2)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De conformidad con los hechos antes relatados, corresponde a esta Sala de Revisión

determinar si Caprecom E.P.S.-S o la Secretaría Departamental de Salud del Tolima ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud de la señora Edna Rocío Campos Oliveros, al negarle autorizar la cita médica con especialista en endocrinología ordenada por su médico tratante de la E.P.S.-S demandada.

A fin de resolver el asunto la Sala procederá a pronunciarse acerca de los siguientes tópicos: (i) Protección por vía de acción de tutela al derecho fundamental a la salud según las reglas establecidas por la jurisprudencia emitida por esta Corporación (ii) Derecho al diagnóstico. Reiteración Jurisprudencia (iv) Competencias de las Secretarías Departamentales de salud en el régimen subsidiado (iii) Aclaraciones sobre la carencia actual de objeto (v) el caso concreto.

1.- Protección por vía de acción de tutela al derecho fundamental a la salud según las reglas establecidas por la jurisprudencia emitida por esta Corporación.

En reiterada jurisprudencia emitida por esta Corporación se ha dispuesto que el derecho a la salud aunque es considerado como un servicio público al igual es un derecho fundamental de carácter autónomo³.

El artículo 49 de la Constitución Nacional señala que le “corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado social de derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas

residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud⁴. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que ‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’.⁵

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen que: “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.’⁶

La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, dispuso que: “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.”⁷

Con lo dicho se infiere que la salud tiene una doble connotación como derecho constitucional y como servicio público, en este orden todas las personas tienen la garantía constitucional ejercida por el Estado de prestar el servicio de salud conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. 8. La reglamentación de la seguridad social en salud se dispuso a través de la Ley 100 de 1993 donde se estableció que dicho servicio se presta en dos modalidades, a través del régimen contributivo y por el régimen subsidiado y se estableció las condiciones de acceso a cada uno de dichos regímenes.

Respecto al régimen subsidiado, está contemplado para las personas con recursos económicos limitados y vulnerables, según el artículo 212 y 213 de la Ley 100 de 1993, cuya

afiliación se hace a través de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales de las entidades territoriales, con dineros del Fondo de Solidaridad y Garantías y con contribuciones de los usuarios.

Las personas que mediante el proceso de selección adelantado por el Sisben son afiliadas en calidad de beneficiarios al Régimen Subsidiado de Salud, tienen derecho a recibir la prestación del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.-S) regulado para éste régimen en el Acuerdo 72 de 1997, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el cual consagra en su artículo 1:

“El Plan Obligatorio de Salud Subsidiado comprende los servicios, procedimientos y suministros que el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a las personas aseguradas con el propósito de mantener y recuperar su salud”

Es claro entonces, que el Régimen Subsidiado debe responder por la satisfacción de las necesidades de salud de la población más pobre y vulnerable del país, de lo cual se sigue que las entidades de previsión social o las entidades territoriales del acuerdo al ámbito de competencia obligadas a brindar tales prestaciones, no pueden oponer argumentos como la imposibilidad de cubrimiento de los tratamientos, procedimientos y medicamentos, que tornen nugatorio el derecho a la salud.

2.1.- Derecho al diagnóstico. Reiteración Jurisprudencia.

Ahora bien, en lo que respecta al derecho al diagnóstico en jurisprudencia emitida por esta Corporación se ha afirmado que el derecho al diagnóstico forma parte integral del derecho fundamental a la salud¹⁰. A este respecto estima la Sala pertinente recordar la definición contenida en el literal 10 del artículo 4º del Decreto 1938 de 1994, de conformidad con la cual debe entenderse por diagnóstico “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”.

Así mismo, esta Corte ha indicado que negar la realización de una actividad que conduzca a un diagnóstico¹¹ (como un examen o una cita con un especialista) significa privar a las personas de su derecho a que se detecte con mayor precisión en qué consiste la enfermedad que las aqueja y cómo se puede tratar su padecimiento e implica, en tal sentido, vulnerar, también, sus derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física, psíquica y emocional¹².

Ahora bien, la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales por la negación del derecho al diagnóstico no ocurre sólo “cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir, sino cuando (...) se niegan diagnósticos que revelarían o descartarían una anomalía en la salud”¹³.

Así mismo, ha sido la Corte enfática en señalar que es al médico tratante al que le corresponde determinar, de conformidad con las circunstancias particulares de cada paciente, si es o no necesario realizar una actividad dirigida a determinar el estado de salud de las personas así como el posible tratamiento a seguir para obtener, bien la mejoría, o las posibles soluciones médicas que le permitan vivir en condiciones dignas, de modo que la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional, “pues esto prorroga caprichosamente la definición del tipo de padecimiento, así como la posibilidad de iniciar un tratamiento médico que permita el restablecimiento del estado de salud del paciente”¹⁴.

2.2. Competencias de las Secretarías Departamentales de Salud en el régimen subsidiado.

Ahora bien, con la expedición del Acto legislativo 01 de 2001 que en su artículo 2° modificó el artículo 356 de la Constitución Política, se fijó la distribución de los recursos y las competencias a cargo de la nación, departamentos y municipios. En desarrollo de lo anterior se expidió la Ley 715 de 2001, que establece las competencias de los Departamentos en

materia de salud, así:

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

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

(...)

43.2. De prestación de servicios de salud

(...)

43.2. De prestación de servicios de salud

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

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

43.3. De Salud Pública (...).”.

De acuerdo con la normatividad anterior, los entes territoriales tienen asignadas obligaciones respecto del régimen subsidiado. Así, a los Municipios les corresponde identificar la población pobre que habite en su jurisdicción y seleccionar los beneficiarios para afiliarlos a las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS-S). Los Departamentos, por su parte, son competentes para financiar con los recursos propios, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental, lo que amplía su marco de cobertura.¹⁵

Ahora bien, para identificar plenamente las competencias respecto a la prestación de los servicios de salud de las entidades territoriales, el artículo 49 de la Ley 715 de 2001, las define dependiendo de la complejidad de la atención a prestar, como se expuso en la Sentencia T-940 de 2005, cuando señaló:

“De acuerdo con las competencias definidas por el legislador, la prestación de los servicios de salud que sean diferentes a los del primer nivel, son responsabilidad del respectivo Departamento. Al respecto la Ley 715 de 2001 en su artículo 49 parágrafo 3º consagró:

(..)

“A cada departamento le corresponderá el 59% de los montos resultantes de efectuar los cálculos anteriormente descritos de los Municipios y corregimientos departamentales de su jurisdicción, los cuales deberán destinarse para garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad, con los mismos criterios que la Nación aplica en la distribución para este componente. El 41% restante se deberá destinar a financiar la atención en el primer nivel de complejidad de cada uno de los Municipios y corregimientos de los respectivos departamentos. (Negrillas fuera de texto).

Conforme a lo anterior, en materia de distribución de recursos para prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, el artículo 49 dispone que a cada departamento le corresponde el 59% de los montos estipulados, los cuales deberán destinarse para garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad, con los mismos criterios que la Nación aplica en la distribución para este componente. El 41% restante se deberá destinar a financiar la atención en el primer nivel de complejidad de cada uno de los Municipios y corregimientos de los respectivos departamentos.

De acuerdo con el precitado artículo, es de competencia de los Municipios cubrir las necesidades médicas correspondientes al primer nivel de complejidad, correspondiendo a los departamentos cubrir los servicios de los demás niveles de complejidad. (...)”. (Se Subraya).

Así mismo, la Resolución número 5261 de 1994, por el cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, determina los

niveles de complejidad, en donde se establece que los departamentos son los encargados de los tratamientos médicos cuyo grado de complejidad supere el primer nivel.”

Además, el Acuerdo 306 de 2005 estableció tres niveles de complejidad en el régimen subsidiado: el nivel I que implica atención básica con el médico general, y los niveles II y III que requieren atención especializada. Por tanto, cuando se habla de procedimientos y medicamentos no cubiertos por el plan básico de salud, así deberá el municipio atender los casos de nivel I y el departamento los de nivel II y III respectivamente.

Además artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 establece que:

“ (...) ARTÍCULO 20. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD A LA POBLACIÓN POBRE EN LO NO CUBIERTO POR SUBSIDIOS A LA DEMANDA. Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.”(subraya fuera de texto)

En concordancia con lo expuesto, el artículo 4 de la Resolución No. 005334 del 26 de diciembre de 2008 emanada del Ministerio de Protección Social prevé que:

“ARTICULO 4. FINANCIACION DE LA ATENCION DE EVENTOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL REGIMEN SUBSIDIADO NO POS-S: La atención de los eventos NO POS-S, se financiará por las entidades territoriales con cargo a los recursos del sistema general de participaciones sector salud prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, y los demás recursos previstos en las normas legales vigentes, garantizando el goce efectivo del derecho a la salud de esta población. Los pagos correspondientes se realizarán de conformidad con los procedimientos presupuestales correspondientes.”

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Sala concluye que las entidades territoriales tienen la competencia de prestar el servicio de salud a las personas vinculadas al régimen subsidiado mediante contratos con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, obligándose

a prestar la atención de (i) la población pobre no asegurada, (ii) lo no cubierto por subsidios a la demanda, y (iii) los servicios de salud mental. Además según lo dispuesto por el Acuerdo 306 de 2005 son competentes de atender en lo no cubierto por el POS los niveles de complejidad II y III que requieren atención especializada.

2.3. Aclaraciones sobre la carencia actual de objeto.

No obstante, es necesario anotar que si bien la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela, relativa a lo solicitado en la demanda de amparo, no surtiría ningún efecto; esto es, “caería en el vacío”¹⁶, este fenómeno puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado.

La carencia actual de objeto por hecho superado, se da cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado. En dicho sentido, no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para Corte en sede de Revisión¹⁷, incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede hacerlo, sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.

En lo que respecta al daño consumado en fallo reciente (T-576 de 2008), se estudió el caso de la falta de adecuada atención en salud a un menor de edad, cuya consecuencia fue su

muerte. La Corte aplicó la tesis de la carencia de objeto por daño consumado, y no sólo compulsó copias del expediente a las autoridades pertinentes y advirtió a la madre del menor sobre las acciones jurídicas respectivas para resarcir el daño; sino que impuso sanciones a la EPS demandada, consistentes, entre otros en: (i) colgar una placa en lugar destacado y visible a la entrada de todas sus Clínicas en las que resalte de manera clara y expresa su obligación de proteger en todo momento los derechos constitucionales fundamentales de niñas y niños; y, (ii) crear un sistema para financiar una beca anual por el lapso de diez años que beneficie la investigación de algún profesional de la medicina del país, sobre temas relacionados con urgencias infantiles.

Con todo, la Sala de Revisión procederá a verificar si en el presente caso de la accionante Edna Rocío Campos Oliveros, se presentan las condiciones y las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional emitida por esta Corporación, a efectos de proteger el derecho de la salud y del diagnóstico por sus condiciones particulares.

3.- Estudio del caso en concreto.

De conformidad con las consideraciones expuestas, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si Caprecom E.P.S.-S o la Secretaría Departamental de Salud del Tolima ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud de la señora Edna Rocío Campos Oliveros, al negarse a autorizar la cita médica con especialista en endocrinología ordenada por su médico tratante de la E.P.S.-S atendiendo las circunstancias particulares de salud¹⁸ en que se encuentra la petente.

En este orden, la Sala de Revisión procederá a evaluar si por esta vía constitucional es procedente ordenar a la E.P.S.-S o a la Secretaría de Salud Departamental del Tolima según su ámbito de competencia, autorice remitir a la accionante al especialista solicitado, ya que el médico adscrito a Caprecom E.P.S.-S que la atendió en su oportunidad, revisó su estado de salud, donde dejó consignado en la orden medica que, la señora Campos tiene como antecedente meningitis y retraso en su desarrollo y así solicitó como tratamiento la valoración por endocrinología.

Consta en el expediente que la accionante se encuentra en el régimen subsidiado nivel socioeconómico 1, así lo establece el carne de afiliación a Caprecom EPS-S19, lo que hace presumir la falta de recursos, según la jurisprudencia de esta Corporación obligando concluir

que la petente no puede sufragar el costo del especialista requerido, constatando así que no cuenta con suficientes recursos económicos para acudir por sus propios medios a dicho especialista.

Además es importante señalar que la accionante es considerada por la jurisprudencia de esta Corporación, como un sujeto de especial protección teniendo en cuenta la condición de discapacidad que presenta, ya que en la historia clínica²⁰ se lee que tiene un retraso en su desarrollo, lo que obliga al Estado procurar sus garantías constitucionales. Para lo anterior, es importante resaltar que esta Corporación ha señalado que las personas consideradas como sujetos de especial protección, se les ha reconocido sus derechos fundamentales en materia de seguridad en atención a la especial vulnerabilidad que padecen y que tornan necesaria una protección particularmente vigorosa de sus derechos. Así, se predica fundamental el derecho a la seguridad social de los niños y las niñas, las personas con discapacidad y aquellas que han llegado a la tercera edad, entre otras.²¹

Con todo lo dicho, fuerza a concluir que la acción de tutela en primer termino es procedente en este caso, por la presunta violación al derecho a la salud de la accionante pues, según la jurisprudencia ya anotada, la tutela procede cuando la persona se encuentra en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho fundamental, y además por ser un sujeto de especial protección por la discapacidad que padece, lo que obliga a proteger sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

Analizada la procedibilidad de la acción de tutela en el caso se pasan a considerar las pretensiones del accionante.

Al respecto, la Secretaria Departamental de Salud del Tolima, en escrito radicado a ésta Corporación el 3 de agosto de 2010 afirmó que conforme a la base de datos oficial del FOSYGA la accionante se registra afiliada al REGIMEN SUBSIDIADO EPSS CAPRECOM, por consiguiente, la prestación del servicio de salud se encuentra subsidiado por el Estado por intermedio de dicha afiliación. Así mismo, dispuso que al revisar el historial personal de autorizaciones de la Secretaria de Salud Departamental, encontró que la usuaria registró una solicitud de servicios, de fecha 16 de febrero de 2010, en el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E., siendo el procedimiento: valoración por endocrinología, solicitud que fue autorizada el 27 de julio de 2010²² por dicho Hospital. En este orden de ideas, considera la

Secretaría de Salud Departamental que no ha vulnerado derechos fundamentales, por cuanto, ha autorizado lo solicitado por la usuaria y no le ha negado servicio médico alguno.

Con base en los hechos comprobados se concluye que el derecho fundamental a la salud fue protegido efectivamente por la entidad que, de acuerdo con las normas que regulan la prestación del servicio, es la competente, de manera que no se presentó vulneración alguna al derecho de la accionante.

Con todo lo dicho, se encuentra que en el presente caso en estudio existe carencia actual de objeto por hecho superado²³, en lo que respecta al servicio médico de endocrinología, por cuanto durante el trámite de revisión del presente recurso de amparo, la valoración por endocrinología fue autorizada por la Secretaría Departamental de Salud de Tolima. En lo que respecta al tratamiento integral es importante señalar que para que proceda dicha solicitud, se requiere en primera instancia un diagnóstico efectuado por el especialista endocrinólogo para que determine el tratamiento efectivo a seguir respecto de la enfermedad que padece y cómo se puede tratar su padecimiento, por lo que la Sala no se accederá a tal solicitud.

Así las cosas, dadas las características particulares que rodean este caso por tratarse de una persona discapacitada por ende sujeto de especial protección constitucional, estima la Corte que el fallo proferido por el Juzgado de instancia ha debido conceder el amparo constitucional para garantizar la protección efectiva del derecho a la salud y en tal medida ha debido ordenar a la Secretaría Departamental de Salud del Tolima, según lo dispuesto por el artículo 20 de la ley 1122 de 2007 y el artículo 4 de la Resolución No. 005334 del 26 de diciembre de 2008, que autorizara la remisión al médico especialista en endocrinología, y en este orden garantizaran el acceso rápido al derecho a la salud de manera integral de la petente, algo que el juez de primera instancia no realizó, no obstante siendo evidente la vulneración del derecho a la salud en el momento en que se profirió el fallo de primera instancia.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala revocará el fallo proferido el 3 de diciembre de 2009 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, declarando a la vez la carencia actual de objeto por existir un hecho superado en lo que respecta a la autorización del servicio médico de endocrinología y negará la pretensión del tratamiento integral por las razones antes señaladas.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Tercero del Circuito de Ibagué, el 3 de diciembre de 2009, en el cual se decidió negar la acción de tutela instaurada por la señora Edna Rocío Campos Oliveros por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- DECLARAR la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado, respecto a la solicitud del servicio de endocrinología.

Tercero.- NEGAR la solicitud del tratamiento integral por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE COPRREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver páginas 21 a 25 cuaderno principal.

2 Ver folios 13 a 16 cuaderno 2.

3 Ver sentencias T-760 de 2008 T-650 de 2009. En esta providencia se dijo: "...la salud es un derecho fundamental autónomo cuando se concreta en una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, entendida esta última como uno de los elementos que le da sentido al uso de la expresión 'derechos fundamentales', alcance efectuado adicionalmente en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art. 93 C.P.)"

4 Ver sentencia T-1182 de 2008 que cita: "El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales."

5 Ibídem.

6 Ibídem.

7 Ibídem.

8 Ver sentencias C-572 de 2003, C-1489 de 2000

9 Ver sentencia T-1226 de 2003.

10 Ver sentencias T-253 de 2008, T-323 de 2008, T-593 de 2008, T-553 de 2006, T-323 de 2008, T-050 de 2010.

11 Según el literal 10 del artículo 4º del Decreto 1938 de 1994 de conformidad con la cual debe entenderse por diagnóstico “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad

12 Ver sentencias T-323 de 2008, T-050 de 2010 entre otra.

13 Ibídem.

14 Ver sentencias T-1177 de 2008 y T-1182 de 2008.

15 Ver sentencia T-1108 de 2008 que cita la sentencia T-568 de 2007.

16 Ver sentencia T-309 de 2006.

17

18 Ver folio 3 del cuaderno principal.

19 Ver folio 2 del cuaderno principal.

20 Ver folios 20 a 40 del cuaderno 2.

21 Sentencia T-730 de 2008.

22 Ver folios 17, 14 y 17 del cuaderno 2.

23 Ver sentencia T-170 de 2009, en dicha providencia se cito a la sentencia T-309 de 2006 donde se dijo: Se presenta pues en el caso bajo estudio, el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, según el cual, como quiera que la finalidad de la acción de tutela es garantizar la protección del derecho fundamental de quien acude al amparo constitucional, entonces dicha finalidad se extingue al momento en que la vulneración o amenaza cesa, porque ha ocurrido el evento que configura tanto la reparación del derecho,

como la solicitud al juez de amparo. Es decir, aquella acción por parte del demandado, que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela, ha acaecido antes de la mencionada orden. Al respecto se ha afirmado que existiendo carencia de objeto “no tendría sentido cualquier orden que pudiera proferir esta Corte con el fin de amparar los derechos del accionante, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia.”