

Sentencia T-730/10

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa/AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Hijo en representación de su padre enfermo

DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitarlo mediante acción de tutela

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR CON LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Parientes tienen el deber de ayudar a familiares que se encuentran en situación de debilidad manifiesta debido a su edad o enfermedad

El principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto los familiares tienen el deber de suministrar pañales desechables al actor teniendo en cuenta el principio de solidaridad

Si los recursos que el accionante obtiene de su pensión resultan insuficientes para adquirir los pañales desechables, lo cual no demostró, le corresponde a su familia realizar un esfuerzo para adquirirlos, teniendo en cuenta que el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes, y con mayor razón cuando se trata de las personas de la tercera edad, que no están en capacidad de procurarse lo que necesitan. De esta manera también contribuye con la realización del interés colectivo en materia de seguridad social integral, teniendo en cuenta que dentro de nuestra sociedad hay miles de personas que necesitan más de la ayuda estatal, porque no cuentan con ningún

ingreso o porque los que perciben los dejan por debajo de la línea de pobreza.

Referencia: expediente T-2.661.967

Demandante:

Cesar Augusto Bernal Zamudio como agente oficioso de Víctor Manuel Bernal Martínez

Demandados:

EPS SANITAS y el MINISTERIO de la PROTECCIÓN SOCIAL

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

en el trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá, el 9 de abril de 2010, mediante el cual se negó la acción de amparo constitucional instaurada por el señor Cesar Augusto Bernal Zamudio.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos, fundamentos y pretensiones

El señor Cesar Augusto Bernal Zamudio, en calidad de agente oficioso de su padre Víctor Manuel Bernal Martínez, quien, conforme lo indica la historia clínica allegada al expediente, padece de afasia primaria progresiva e incontinencia urinaria, instauró acción de tutela contra la EPS Sanitas, por considerar que fueron vulnerados los derechos fundamentales a la vida y a la vida digna de éste al negársele el suministro de los pañales desechables que requiere.

Señala el señor Cesar Augusto Bernal Zamudio que vive con su padre Víctor Manuel Bernal

Martínez, de 86 años de edad, quien se encuentra afiliado a la Empresa Prestadora de Servicios de Salud EPS Sanitas, en el Régimen Contributivo.

Manifiesta que su padre es pensionado del Instituto de Seguros Sociales -ISS-, y recibe una mesada pensional de un millón veintiún mil quinientos noventa y ocho pesos (\$1.021.598), lo que, a su juicio, es una exigua mesada pensional que apenas si le alcanza para satisfacer sus necesidades básicas de alimentación, elementos de aseo personal y del hogar y pago de servicios públicos domiciliarios.

Continúa relatando que su padre padece de la enfermedad denominada afasia primaria progresiva, demencia leve y progresiva, intensificada desde julio de 2008, por la muerte de su esposa y, así mismo, ya no controla esfínteres. Su médico especialista en medicina interna, adscrito a la EPS, le ordenó medicamentos, terapias y el uso de pañales desechables, para lo cual le prescribió 540 unidades, para seis meses.

Sostiene el señor Bernal Zamudio que el médico tratante presentó el caso al Comité Técnico Científico de la EPS Sanitas, con el propósito de que autorizaran los pañales desechables que prescribió, por cuanto estos se encuentran excluidos del plan obligatorio de salud -POS-. La respuesta que obtuvo del comité fue negativa, con el argumento de que las autorizaciones se encuentran delimitadas por la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, en la cual se señala que el suministro de pañales desechables se niega, porque éstos no son necesarios para preservar la vida o la integridad personal.

Por lo anterior, el representante del actor presentó el amparo constitucional, cuya pretensión consiste en que se protejan los derechos fundamentales a la vida y a la vida digna del señor Víctor Manuel Bernal Martínez y, en consecuencia, se ordene la autorización de los 540 pañales desechables que le prescribió su médico tratante.

2. Pruebas que reposan en el expediente

* Respuesta del Comité Técnico Científico de la EPS Sanitas¹.

* Historia clínica del señor Víctor Manuel Bernal².

* Prescripción médica de 540 pañales desechables a nombre del señor Víctor Manuel³.

* Desprendible de pago de la mesada pensional del ISS a nombre del señor Víctor Manuel Bernal, por valor de un millón veintiún mil quinientos noventa y ocho pesos (\$1.021.598)⁴.

3. Respuesta del ente accionado

El Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá D.C., mediante Auto del 24 de marzo de 2010, admitió la demanda, vinculó al Ministerio de la Protección Social – a través de la Subcuenta del FOSYGA- y corrió traslado a las entidades accionadas para que se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones.

3.1. EPS Sanitas

El 6 de abril de 2010, la entidad accionada respondió la solicitud de tutela. Informó que no ha violado los derechos fundamentales del actor, por cuanto el no suministro de los pañales desechables obedece a que se encuentran excluidos del numeral 14 del artículo 54 del Acuerdo 8 de 2009, expedido por la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, motivo por el cual el médico tratante solicitó al Comité Técnico Científico su autorización. En sesión del 20 de octubre de 2009, el comité estudió el caso y decidió no autorizarlos, ya que la patología no comprometía el estado vital del paciente y así fue considerado en la Sentencia T-760 de 2008.

De igual forma argumentó que los pañales desechables tienen registro ante el INVIMA como elementos de aseo y estos no cambian el curso de la enfermedad, tampoco constituyen su tratamiento, y por lo tanto se considera que su suministro no corresponde a un servicio de salud.

Por lo expuesto, la EPS Sanitas solicitó denegar el amparo de que aquí se trata, pero en caso de que se conceda pide que se ordene al Ministerio de la Protección Social, a través del FOSYGA, el reintegro del 100%, de los pañales desechables.

3.2. Ministerio de la Protección Social

El 29 de marzo de 2010, la entidad manifestó que, en virtud del Acuerdo 8 de 2009, los pañales desechables se encuentran excluidos del POS, y cuando el afiliado del régimen

contributivo requiere de servicios adicionales no incluidos en el POS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de los servicios adicionales, podrá acudir a la Secretaría de Salud Departamental del lugar de su residencia, para que sea remitido a las instituciones públicas o aquellas privadas que tengan contratos con el Estado, las cuales estarán en obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación⁵.

Así también, señala que deben tenerse en cuenta las Sentencias T-344 de 2002 y T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), en lo que respecta al estudio de la capacidad económica, para decidir sobre la procedibilidad de la acción de tutela respecto de servicios no POS.

Por ello, solicita que se denieguen las pretensiones del actor, y que, en caso contrario, se niegue el recobro de la EPS ante el Ministerio de la Protección Social -FOSYGA-. Así mismo, solicitó que se ordene la atención médica del actor a través de la red pública de salud.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

1. Primera Instancia

El Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá D.C., mediante sentencia del 9 de abril de 2010, negó la protección constitucional solicitada, argumentando que no se autorizó el cubrimiento de los pañales desechables, debido a que se encuentran excluidos del Acuerdo 8 de 2010 y, una vez revisada la historia clínica, se estableció que la patología no compromete el estado vital del paciente. Por otro lado, el fallador estimó que el paciente puede sufragar el costo de lo que requiere, pues devenga una mesada pensional por más de dos salarios mínimos y a la familia le compete una asistencia básica.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la Sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación Activa

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, por los particulares.

En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, estableció que la tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos. A su vez, el inciso segundo de esta disposición establece la posibilidad de ejercer la acción de tutela a través de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud. Así mismo, podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, en guarda de los derechos fundamentales⁶.

En el presente caso la acción de tutela fue presentada por el señor Cesar Augusto Bernal Zamudio, en calidad de agente oficioso de su padre Víctor Manuel Bernal Martínez, quien padece de demencia leve, por lo que se puede afirmar que, en efecto, la representación es procedente por cuanto se ajusta a las exigencias de la disposición antes citada.

Así las cosas, en el presente caso existe legitimación en la causa por activa para el ejercicio de la acción de tutela.

2.2. Legitimación Pasiva

La EPS Sanitas y el Ministerio de la Protección Social, entidades demandadas en esta causa, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas como parte pasiva, en la medida en que a ellas se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

3. Problema Jurídico

A partir de los hechos y consideraciones presentados corresponde a esta Sala determinar si se vulneran los derechos fundamentales a la vida y a la vida digna, de una persona que padece de incontinencia de esfínteres a la cual el médico tratante ordenó pañales desechables que la EPS se ha negado a suministrar debido a que se encuentran excluidos del POS, contemplado en el Acuerdo 8 de 2010, porque la patología no compromete el estado vital del paciente y, también, porque el paciente puede sufragar el costo de lo que requiere, pues se trata de persona que devenga una mesada pensional por más de dos salarios mínimos y a la familia le compete una asistencia básica

Para responder al problema jurídico planteado, la Sala se ocupará de examinar, preliminarmente, los siguientes temas reiterados por la Corte: (i) derecho fundamental a la salud y jurisprudencia constitucional respecto de los servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (ii) principio de solidaridad familiar con las personas de la tercera edad.

4. Derecho fundamental a la salud y jurisprudencia constitucional respecto de los servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud

La seguridad social, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el cual se garantiza como un derecho irrenunciable, de todas las personas.

Por su parte, el artículo 49 Superior establece que la Salud hace parte de la Seguridad Social. Por lo tanto, es un servicio público a cargo del Estado y, por ello, debe ser garantizado a todas las personas. Para el cumplimiento de este postulado constitucional, le corresponde al Estado, y a las entidades territoriales, implementar las medidas correspondientes en materia asistencial, presupuestal, financiera, de dirección, organización, reglamentación, control y vigilancia, señalados en la ley.

Posteriormente la jurisprudencia constitucional consideró que la salud es un derecho fundamental autónomo, porque se concreta como una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, teniendo en cuenta que es uno de los elementos que le dan sentido al uso de la expresión 'derechos fundamentales', alcance que se le otorga de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del

ordenamiento jurídico colombiano (Art. 93 C.P.).⁸

Esta interpretación efectuada por el juez constitucional dejó de lado el criterio de la conexidad, porque se consideró artificioso e innecesario para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales, pues todos los derechos, unos más que otros, tienen definitivamente un componente prestacional⁹, por lo que “la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud.”¹⁰

En este último sentido ha considerado que el derecho a la salud también es fundamental autónomo, porque la Constitución le otorga un grado de protección altamente reforzada, bien sea en razón de la edad, como sucede en el caso de los niños y niñas¹¹ y los adultos mayores, o dadas las especiales circunstancias de indefensión y vulnerabilidad, cuando se trata de las mujeres en estado de embarazo, los reclusos, los discapacitados físicos o psíquicos, las personas con enfermedades catastróficas y la población desplazada.

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la Ley 100 de 1993, las personas tienen derecho al acceso a los servicios que sean necesarios para conservar o restablecer su salud, cuando sea necesario.

Con el fin de garantizar el acceso a los servicios de salud, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece el plan obligatorio de salud -POS-12, que es un conjunto de servicios para la atención en salud, al cual tiene derecho todo afiliado, y la prestación debe ser garantizada por el prestador de los servicios. El contenido de los planes actualmente se encuentra establecido en el Acuerdo 8 de 2009, expedido por la CRES, en el cual se actualizaron las prestaciones y las exclusiones de los servicios que deben ser prestados en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado.

El sistema de seguridad en salud, en ambos regímenes, se financia con la Unidad de Pago por Capitación -UPC-, fijado por el Ministerio de la Protección Social, a partir de estudios técnicos que comprueban la suficiencia de la UPC para solventar los servicios contenidos en los respectivos Planes Obligatorios de Salud de ambos regímenes. Por ello, para que el sistema sea sostenible financieramente, cuando se requiera de un servicio médico prescrito por fuera del POS, se deberá atender lo establecido por el Ministerio de la Protección Social, mediante la Resolución No. 3099 de 2008¹³, la cual reglamenta los Comités Técnico-

Científicos, establece en su artículo 4° sus funciones, e indicando que se debe: “1. Evaluar, aprobar o desaprobar las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud [manual listado]sic de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS);2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta la pertinencia con relación al o los diagnósticos del paciente, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas.”

En este sentido esta Corporación ha señalado los criterios jurisprudenciales que permiten la procedibilidad del amparo constitucional a la salud, cuando se requiere del suministro de medicamentos o servicios que no se encuentren contemplados en los planes de servicios de salud, a saber: (i) que la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) que el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) que 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; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo¹⁴. En consecuencia, cada situación fáctica debe examinarse con los criterios jurisprudenciales para decidir si deben ser aplicados a las personas que solicitan la protección de sus derechos fundamentales, por parte de los Comités Técnico Científicos y por las autoridades que tengan a su cargo la competencia para la autorización de servicios que se encuentran por fuera de los Planes Obligatorios de Salud.

5. Principio de solidaridad familiar con las personas de la tercera edad

De acuerdo con el artículo 1º del Ordenamiento Superior, Colombia es un Estado Social de Derecho, cuya organización política tiene como uno de sus objetivos la solidaridad. En lo que respecta a la responsabilidad de protección y la asistencia de las personas de la tercera edad¹⁵, concurren el Estado, la sociedad y la familia.

De igual, forma, el artículo 95, ibídem, establece que el ejercicio de los derecho y libertades

implica una serie de obligaciones, entre las cuales se encuentra la de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 2º, establece sus principios y en el literal c indica que la solidaridad:

“Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables”.

La solidaridad implica que, dentro de nuestra sociedad, por existir numerosas personas que se encuentran en difícil situación económica requieren de la asistencia mutua de todos los estamentos gubernamentales y sociales. Tal solidaridad se torna fundamental frente a la evidente precariedad económica de nuestro estado social de derecho. En este sentido, el gobierno difundió el informe de la misión para el empalme de las series de empleo, pobreza y desigualdad -MESEP-, que convocaron el DANE y Planeación Nacional, en el cual indican que en nuestro país, según los índices de personas en situación de pobreza¹⁶, indigencia, o de pobreza extrema, se encuentran 18 de cada 100 hogares en el año 2009.

Así también, el conflicto armado interno que sufre Colombia ha profundizado las necesidades de miles de personas que, por su situación de vulnerabilidad, requieren una urgente intervención estatal para satisfacer sus necesidades básicas. Estas personas y las que se encuentran en los niveles 1, 2 y algunas del nivel 3 del SISBEN, son quienes tienen prioridad en la asignación de subsidios y ayudas estatales. Para otras personas que, en principio, no dependen de manera absoluta del Estado para alcanzar un nivel de vida digna, bien sea porque cuentan con ingresos propios o porque tienen familiares cercanos que los ayudan, no resulta tan urgente la ayuda estatal.

Lo anterior permite concluir que cuando las personas de la tercera edad cuentan con ingresos propios y tienen apoyo familiar, no requieren con tanto apremio los subsidios, ayudas y beneficios estatales que deben ser entregados, prioritariamente, a quienes están en evidentes circunstancias de vulnerabilidad. Ello con el fin de que el estado pueda alcanzar paulatinamente las metas de eliminación de la pobreza y de asistencia social para las personas más necesitadas.

Esta Corporación ha indicado los elementos que permiten identificar el principio de solidaridad así:

En efecto, debe tenerse en cuenta que la Constitución, establece el principio de solidaridad social como parte fundante del Estado social de derecho, artículo 95 numeral 2, según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes. Es decir, son los tres hijos de la demandante quienes en primera instancia deben tomar las medidas necesarias para asegurar que durante el tiempo en que su progenitora permanezca en la ciudad de Barranquilla, cuente con la presencia de algún acompañante si éste llegare a ser indispensable, (Sentencia T-1079 de 2001 MP. Alfredo Beltrán Sierra).

Así mismo, esta Corporación ha definido el principio de solidaridad como “un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”¹⁷.

De esta manera, el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado¹⁸, que deben concurrir a su protección y ayuda.

En este sentido, con el propósito de favorecer el interés colectivo en materia de seguridad

social integral, los recursos que el Estado destina a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios deben beneficiar en primer lugar, a las personas que por sus condiciones, requieren mayor atención, a fin de garantizarles los derechos irrenunciables. El cumplimiento de las obligaciones estatales, está condicionado por las circunstancias de cada caso particular, y se debe tener en cuenta las contingencias concretas. Por esta razón el juez de tutela debe ponderar el principio de solidaridad, para determinar a quién le corresponde, en primer término, el cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones, pues, en primer lugar, se encuentra el propio individuo y después, la familia, la sociedad y el Estado.

De esta forma, la Corte, en Sentencia T-900 de 2002 (MP.Alfredo Beltrán Sierra), respecto de una solicitud de suministro de los recursos necesarios para un desplazamiento al lugar donde se autorizó realizar un procedimiento quirúrgico o tratamiento médico, indicó que:

“si la persona afectada en su salud no puede acceder a algún servicio expresamente excluido, de índole meramente económico o logístico, son los parientes cercanos del afectado, en aras del principio de solidaridad, a los que se les debe exigir el cumplimiento de este deber, y que, en tal virtud, deben acudir a suministrar lo que el paciente requiera y que su capacidad económica no le permite. A lo cual agrega que: tales gastos pueden ser asumidos por la propia persona o por sus familiares cercanos, en cumplimiento del deber de solidaridad social de que trata la Constitución Política. Sólo si se está ante la falta comprobada de recursos económicos por parte de la persona enferma o de sus parientes, y existe certeza de que al no acceder al tratamiento médico ordenado se pone en peligro la vida o la salud del paciente, sólo en esas circunstancias, recaerá, se repite, en cabeza del Estado la obligación de poner a disposición del afectado los medios que le permitan el acceso al tratamiento indicado”.

Así pues, es claro que sólo ante la falta de recursos económicos del actor o de su familia, le corresponde al Estado asumir su asistencia.

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, entra la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración.

6. Caso Concreto

Como se expuso en los antecedentes, el señor Cesar Augusto Bernal Zamudio, actuando en calidad de agente oficioso del señor Víctor Manuel Bernal Martínez, solicitó a la EPS SANITAS y al Ministerio de la Protección Social el suministro de pañales desechables que le prescribió su médico tratante, argumentando que la mesada pensional de su padre sólo le alcanza para cubrir sus necesidades básicas. Las entidades accionadas negaron la solicitud porque esa prestación no se encuentra incluida dentro del POS y, además, las autorizaciones de prestaciones no incluidas en el POS se encuentran delimitadas por la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se puede afirmar que el señor Víctor Manuel Bernal Martínez, de 86 años de edad, es pensionado por el ISS, y recibe una asignación básica mensual de un millón veintiún mil quinientos noventa y ocho pesos (\$1.021.598), con lo cual satisface sus necesidades básicas, de alimentación, elementos de aseo personal y del hogar y pago de servicios públicos domiciliarios. Además, padece una enfermedad que no le permite el control de esfínteres, por lo cual requiere de pañales desechables.

La prescripción médica de 540 pañales para seis meses, arroja un promedio de 90 pañales mensuales, los cuales en el mercado¹⁹ tienen un costo por unidad de entre mil ochocientos catorce pesos (\$1.814) y mil ochocientos setenta y nueve pesos (\$1.879), para una suma mensual de entre ciento sesenta y tres mil doscientos sesenta pesos (\$163.260) y ciento sesenta y tres mil doscientos sesenta pesos (\$169.110), cifra que no afectaría el mínimo vital del actor, por cuanto le quedaría disponible más de ochocientos mil pesos (\$800.000), dinero con el cual vive una familia de cuatro integrantes, de acuerdo con informe de la misión para el empalme de las series de empleo, pobreza y desigualdad -MESEP-.

Por su parte, el señor Cesar Augusto Bernal Zamudio, se encuentra reportado en la base de datos única del sistema de seguridad social del FOSYGA²⁰, como activo en el régimen contributivo en la EPS, Sanitas y, por lo tanto, se debe presumir que percibe una remuneración o cuenta con un mínimo de recursos. Así mismo, se deduce del escrito de tutela que vive con su padre, con quien debe compartir los gastos del hogar.

Al respecto, le corresponde a esta Sala, como ya se precisó, establecer si la EPS SANITAS y el Ministerio de la Protección Social vulneraron los derechos fundamentales a la vida y a la vida

digna, de una persona que padece de incontinencia de esfínteres, al negarle el suministro de pañales desechables.

De acuerdo con las consideraciones generales de la presente sentencia, el propósito que persiguen los preceptos constitucionales, las normas reseñadas y la jurisprudencia constitucional, cuando se requiere el suministro de medicamentos o servicios médicos que no se encuentran en el POS, es proteger el derecho a la salud. Sin embargo, fuera de que el suministro de pañales no apunta directamente a que esta última se recupere, es menester recordar que para que proceda el amparo constitucional, se requiere del cumplimiento de unos requisitos entre los cuales se encuentra el que el interesado no pueda costearlo directamente, ni cubrir las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie.

Conforme con las circunstancias fácticas reseñadas, el interesado no cumple con el anterior requisito jurisprudencial para que proceda el amparo constitucional, por cuanto tiene la capacidad económica suficiente para costear directamente los ciento setenta mil pesos (\$170.000), mensuales que cuesta la prestación que solicita.

Así pues, no es posible que la Sala imponga al Estado la carga de suministrar los pañales desechables solicitados. Esto teniendo en cuenta que la mesada pensional del señor Víctor Manuel Bernal Martínez asciende a la suma de un millón veintiún mil quinientos noventa y ocho pesos (\$1.021.598), suma aparentemente suficiente para sufragar sus necesidades en vista de que no tiene personas a su cargo.

Pero aún en el supuesto de que no le alcanzara su mesada pensional para procurarse los pañales, le corresponde a sus hijos y parientes más cercanos el deber de asistirlo y ayudarlo económicamente con las necesidades que él ahora requiere, como lo impone el principio de solidaridad que adquiere singular relevancia en las relaciones entre hijos y padres y familiares en general.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá D.C., del 9 de abril de 2010, en la que se negó la acción de amparo constitucional, solicitada por el señor Cesar Augusto Bernal Zamudio, en calidad de agente oficioso de Víctor Manuel Bernal Martínez.

Segundo.- LÍBRESE la comunicación por Secretaría de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver folio 3 y 4 del cuaderno principal.

2 Ver folio 5 al 9, del cuaderno principal.

3 Ver folio 10, del cuaderno principal.

4 Ver folio 11, del cuaderno principal.

5 De acuerdo al artículo 28 del Decreto 806 de 1998.

6 De acuerdo a los numerales 1, 2 y 7, del artículo. 277, y 282 de la Constitución Política.

7 Ver Sentencia T-053 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

8 T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte en buena parte de su jurisprudencia ha invocado la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la observación general N° 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que fijó el sentido y alcance de los derechos y obligaciones derivados del pacto.

9 Ver Sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

10 T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

11 Constitución Política, Artículo 44.

12 La Ley 1122 de 2007, creo la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, la cual tiene asignada la función de definir y modificar el contenido del POS, en el Régimen Contributivo y Subsidiado, para lo cual expidió el Acuerdo 08 de 2009 “Por el cual se aclaran y actualizan íntegramente los Planes Obligatorios de salud del Régimen Contributivo y Subsidiado”.

13 Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.

14 Sentencias T-406 de 2001 y T1213 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-46 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la cual se reitera la jurisprudencia.

15 Artículo 46 de la Constitución Política.

16 En Colombia se considera que un hogar está en condición de pobreza cuando, estando conformado por cuatro personas, tiene ingresos inferiores a un millón 100 mil pesos mensuales. En cuanto a la indigencia (pobreza extrema), se hace referencia a los hogares que no tienen ingresos suficientes para comprar una canasta básica de alimentos, que en el

país se estima que cuesta 450 mil pesos para cuatro integrantes, informe en web.presidencia.gov.co/sp/2010/abril/30/mesep.pdf

17 En sentencia T-550 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

18 Las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta debido a su estado de salud, el principio de solidaridad adquiere una mayor connotación, pues de acuerdo con el artículo 13 Superior, “el estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

19 El valor lo estableció el despacho mediante indagación telefónica a diversos expendedores.

20 Página en internet www.fosyga.gov.co, actualizada hasta el 7 de septiembre de 2010.