

Sentencia T-849/08

ACCION DE TUTELA PARA LA DEFENSA DEL DERECHO A LA SALUD-Requisitos de procedencia o presupuestos procesales

1) Que la acción se interponga para la defensa de los derechos de rango fundamental.2) Que exista legitimación en la causa.

LEGITIMACION POR ACTIVA-Madre en representación de hija

En el presente caso, la Sala detecta lo siguiente: en relación con la legitimación en la causa por activa, observa que no obra en el expediente prueba alguna de que la menor titular de los derechos que se pide tutelar sea efectivamente la hija de quien, a su nombre, interpone la acción; en efecto, la demanda no se acompaña de la copia del registro civil de nacimiento, o de otro documento que pruebe que la señora es la madre y por lo tanto la representante legal de la menor, cuyo derecho a la salud se pide proteger; lo anterior, a pesar de que el magistrado sustanciador explícitamente decretó una prueba en la que se solicitaba a aquella señora remitir a su despacho copia del mencionado registro civil de nacimiento de su menor hija. Así las cosas, prima facie la presente demanda no resultaría procedente por falta de legitimación en la causa por activa. No obstante, esta Corporación judicial ha mantenido una jurisprudencia flexible, conforme a la cual las consideraciones procesales no pueden ser obstáculo para el logro de la protección de los derechos fundamentales de los niños, por lo cual la falta de prueba de la representación legal de los menores no constituye impedimento para la procedencia de la acción de tutela intentada en beneficio suyo

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Práctica de exámenes médicos

La EPS-S demandada está en la obligación de autorizar su práctica, en la IPS con la cual tenga contratado dicho servicio, según el nivel de complejidad de que se trate. En tal virtud, una vez proferida dicha autorización, dicha IPS, sea el Hospital María Inmaculada u otra entidad determinada por la EPS-S Caprecom, seccional Caquetá, deberá proceder a llevar a cabo los exámenes que la menor requiere y que le fueron ordenados por el referido facultativo. Ahora bien, en el evento en el cual dichos exámenes no estén incluidos dentro del POS-S, los mismos deberán ser cubiertos por el Instituto Departamental de Salud del Caquetá, pues como antes se vio, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 43 de la

Ley 715 de 2001, a los Departamentos compete financiar con sus recursos propios, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda. Si este fuera el caso, la Sala no ordenará que este pago sea compartido entre la EPS-S Caprecom Seccional Caquetá y el Instituto Departamental de Salud del Caquetá, por dos razones: (i) porque observa que la omisión en la práctica de los exámenes requeridos por la menor cuyos derechos se busca aquí proteger acaeció con anterioridad a la expedición de la Sentencia C-463 de 2008 ; y (ii) porque dichos exámenes no fueron ordenados por el médico tratante, requisito que fue establecido en dicha sentencia para que se aplique la regla del reembolso de la mitad de los gastos originados en el suministro de prestaciones ordenadas por tutela.

PRESUNCION DE INCAPACIDAD ECONOMICA FRENTE A PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN INSCRITAS EN EL SISBEN

Que tratándose de una menor de edad afiliada al Sistema de Seguridad en Salud Subsidiado, debe presumirse la incapacidad económica de la familia a la que pertenece para costear los exámenes médicos que le fueron ordenados. Ciertamente, sobre este particular debe recordarse que la jurisprudencia ha establecido una presunción de incapacidad económica de los afiliados al SISBEN, teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población.

Referencia: expediente T-1892608

Acción de Tutela instaurada por Arely Rojas Gómez en contra del Hospital María Inmaculada ESE y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto dos mil ocho (2008).

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, 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 proceso de revisión de la Sentencia proferida el día veinte (20) de diciembre de dos mil siete (2007) por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Florencia, Caquetá, dentro del proceso de tutela incoado por Arely Rojas Gómez en contra del Hospital María Inmaculada ESE, Caprecom EPS y el Instituto Departamental de Salud del Caquetá.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. Solicitud

La señora Arely Rojas Gómez, actuando en representación de su menor hija Yesenia Paola Rojas Gómez, solicita al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales a la salud y la vida digna, presuntamente vulnerados por las entidades demandadas. Los hechos en los que funda esta solicitud son los siguientes:

1. Afirma la demandante que ella y su hija se encuentra afiliadas a Caprecom EPS.
2. El día cinco (5) de diciembre de dos mil siete (2007), la demandante llevó a su menor hija Yesenia Paola a consulta médica en Profamilia de la ciudad de Florencia, pues presentaba quebrantos de salud. No especifica cuáles.
3. Le exigieron quinientos pesos por la consulta, los cuales canceló.
4. El galeno que atendió a la niña le ordenó la práctica de unos exámenes, antes de formular los medicamentos, debido a la delicada situación que presentaba.
5. Acudió con la menor al Hospital María Inmaculada de la ciudad de Florencia, a fin de

practicar los exámenes ordenados por el médico. Sin embargo, dicho Hospital no autorizó tal práctica, alegando no tener contrato con Caprecom EPS.

6. Los exámenes a practicar tienen un costo de treinta y cinco mil pesos (\$35.000), que la demandante dice no tener.

Con fundamento en los anteriores hechos, solicita al juez de tutela que ordene la práctica de los exámenes requeridos por su hija

2. Traslado y contestación de la demanda.

Recibida la anterior demanda, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Florencia, Caquetá, la admitió y corrió traslado de la misma al Hospital María Inmaculada ESE, a Caprecom EPS y al Instituto Departamental de Salud del Caquetá.

Dentro del término del traslado, las entidades demandadas respondieron lo siguiente:

- El Hospital María Inmaculada ESE informó al juez de tutela que revisada la Base de Datos de esa institución “no aparece registrada ninguna usuaria con ese número de cédula, al igual que la menor YESENIA PAOLA ROJAS GÓMEZ.”

- Por su parte, el Instituto Departamental de Salud del Caquetá respondió la demanda señalando que “los recursos para la atención de la población pobre no cubierta con subsidio a la demanda fueron ejecutados en un 100%, por lo anterior se expedirá la orden una vez se adicionen recursos al presupuesto de la actual vigencia, adicionalmente le comunico que se trata de un evento ambulatorio que no compromete la vida del paciente y que puede ser programado.”

- Finalmente, Caprecom Caquetá respondió la demanda de tutela informando que “la menor YESENIA PAOLA ROJAS GÓMEZ, no es afiliada a CAPRECOM CAQUETÁ, ella pertenecía a CAPRECOM PUTUMAYO, pero desde el 12 de marzo de 2007, según Resolución N° 011 de la Alcaldía Municipal de Puerto Leguízamo, la menor fue trasladada a la empresa SELVA SALUD.”

3. Pruebas obrantes dentro del expediente

Obran en el expediente como únicas pruebas las dos siguientes:

- a. Copia ilegible de la orden para práctica de exámenes de laboratorio expedida por el doctor Pablo Hernández, consignada en papelería de “Profamilia”.
- b. Copia de la Resolución N° 011 de 12 de marzo de 2007, mediante la cual se resuelve negativamente el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 0010 de 2007, expedida por la Alcaldía municipal de Leguízamo, Putumayo, que declara la terminación de los contratos suscritos entre ese municipio y CAPRECOM ARS.

II. ACTUACIÓN JUDICIAL

1. Sentencia proferida el día veinte (20) de diciembre de dos mil siete (2007) por el juzgado Primero Promiscuo de Familia de Florencia, Caquetá.

Mediante sentencia proferida el veinte (20) de diciembre de dos mil siete (2007), el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Florencia, Caquetá, decidió no tutelar los derechos fundamentales de la menor Yesenia Paola Rojas Gómez. En sustento de esta decisión, expuso las siguientes consideraciones:

Tras recordar que la vida humana, así como la salud y las condiciones de vida digna son derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política y por los tratados internacionales, y que la seguridad social es un servicio público que debe prestarse oportuna y eficazmente, la sentencia descende el caso concreto, que analiza así:

“En el caso que nos ocupa el ente encargado es el Instituto Departamental de Salud; quien tal como lo indica y en esta época del año es razonable que haya agotado el presupuesto de la actual vigencia, vemos además que se trata de un evento de carácter ambulatorio que como tal puede esperar la nueva programación, razón por la cual, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Florencia-Caquetá, administrando Justicia en nombre de la República y por la autoridad e la Ley, ... RESUELVE: PRIMERO NO TUTELAR...”.

La anterior decisión judicial no fue impugnada.

2.1 Mediante auto de dieciocho (18) de junio de 2008, el magistrado sustanciador dentro del presente proceso, considerando que para mejor proveer era necesario decretar unas pruebas, ordenó lo siguiente:

a. Solicitar a la demandante, señora Arely Rojas Gómez, que enviara a su despacho copia del registro civil de nacimiento de su menor hija Yesenia Paola Rojas Gómez, y copia del carné de afiliación suyo y de su hija a la EPS Caprecom, o certificación de estar afiliadas a esa entidad. Además solicitó a la demandante que en forma escrita informara: (i) si durante el año 2008 ella o su menor hija Yesenia Paola habían recibido servicios de salud en la ciudad de Florencia, a través de Caprecom EPS y/o del Hospital de María Inmaculada ESE; (ii) cuál era la enfermedad que padecía o había padecido su hija, y si todavía se encontraba aquejada por ella o si ya se ha recuperado; (iii) por qué razón su grupo familiar había salido de la ciudad de Puerto Leguízamo, Putumayo, y se había radicado en la ciudad de Florencia, Caquetá.

b. Solicitar a Caprecom EPS seccional Caquetá que informara a su despacho si durante el año 2008 había prestado servicios de salud a la señora Arely Rojas Gómez o a sus beneficiarios.

c. Solicitar al Hospital de María Inmaculada ESE de la ciudad de Florencia, que informara a su despacho si durante el año 2008 había prestado servicios de salud a la señora Arely Rojas Gómez o a sus beneficiarios.

2.2 En respuesta a lo anterior, se recibieron en el despacho del magistrado sustanciador las siguientes pruebas:

a. Oficio suscrito por el gerente del Hospital María Inmaculada de la ciudad de Florencia, Caquetá, en el cual informa que revisada la base de datos de dicho Hospital, no se encuentra reporte alguno de atención a la señora Arely Rojas Gómez, y que respecto de sus beneficiarios no es posible establecer si ellos han sido atendidos o no por, por no contar con información acerca de su nombre o identidad.

b. Oficio suscrito por la directora Territorial de Caprecom EPS, en la cual informa, entre otras cosas, que la señora Arely Rojas Gómez figura como afiliada a la EPS-S a partir del primero (1°) de diciembre de 2007; explica además, que Caprecom EPS., división territorial de Caquetá, presta servicios de baja complejidad en la ESE Hospital Comunal Las Malvinas de la

ciudad de Florencia, y los de mediana y alta complejidad en la ESE Hospital María Inmaculada, y en la Clínica Medilaser de la misma ciudad. Agrega que en el transcurso del año 2008, ha prestado a la señora Arely Rojas Gómez servicios de baja complejidad en la ESE Hospital comunal las Malvinas.

C2.3. Respecto de la demandante, no se obtuvo respuesta alguna. No obstante, debe señalarse que el oficio respectivo fue devuelto por Adpostal, al constatarse que en la primera dirección a la que se remitió no residía la actora, y que la segunda no existía. Ambas constan en el expediente como direcciones para notificaciones a la demandante.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. El problema jurídico que debe resolver la Sala.

De los antecedentes del proceso se extrae que son varios los problemas jurídicos que deberían ser resueltos por la Sala, a saber: (i) como cuestión previa, debe establecerse si la madre de una menor de edad puede interponer una acción de tutela a nombre de ella sin acreditar su condición de representante legal de la menor; o si el no acreditar esta condición origina una improcedencia de la acción por falta de legitimación en la causa por parte activa; así mismo debe la Sala precisar si en la presente oportunidad la menor cuyos derechos se busca proteger tiene un derecho a ser atendida por las entidades demandadas, y a reclamar de ellas prestaciones en materia de salud, de manera que pueda darse por cumplido el requisito de legitimidad en la causa por parte pasiva; (ii) si estudiado lo anterior llegara a concluirse que la presente acción resulta procedente, entonces sería necesario determinar si se dan las condiciones para la procedibilidad de la presente acción, en especial si es posible demandar a través de la acción de amparo la práctica de exámenes ordenados por un galeno

que no es el médico tratante de la EPS a la que se demanda; (iii) si la anterior cuestión fuera resuelta en forma afirmativa, entonces la Sala tendría que estudiar si la EPS-S demandada, el Instituto Departamental de Salud del Caquetá y el Hospital María Inmaculada son responsables o no, y en qué condiciones, de la práctica de exámenes médicos ordenados a la menor en cuya protección se interpone la presente acción; (iv) finalmente, si del anterior estudio se encontrara que dicho Instituto Departamental de Salud del Caquetá sí es responsable de practicar dichos exámenes, correspondería a la Sala definir si el agotamiento de los recursos municipales destinados al subsidio a la demanda es un argumento válido para suspender la práctica de servicios médicos a aquellas personas con derechos a ellos.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Sala se referirá inicialmente a los requisitos de procedencia o presupuesto procesales de la acción de tutela cuando es interpuesta para la defensa del derecho a la salud, y posteriormente analizará los requisitos de procedibilidad de la misma acción, particularmente en el caso sujeto a consideración de la Sala.

3. Los requisitos de procedencia o presupuesto procesales de la acción de tutela cuando es interpuesta para la defensa del derecho a la salud.

De manera general, esta Corporación judicial ha distinguido entre los llamados requisitos de procedencia de la acción de tutela y los requisitos de procedibilidad de la misma acción. Los requisitos de procedencia, también llamados presupuestos procesales de la acción, son aquellas circunstancias que tienen que estar presentes para que el juez constitucional pueda entrar a estudiar si en el caso concreto efectivamente está presente una vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales. Los requisitos de procedibilidad, en cambio, son aquellas circunstancias que hacen que el juez constitucional deba emitir una orden de protección de derechos fundamentales.

Dentro de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, también llamados presupuestos procesales de la acción, se encuentran los siguientes:

3.1 Que la acción se interponga para la defensa de derechos de rango fundamental. Como se desprende de la misma definición constitucional contenida en el artículo 86 superior, la acción de tutela está instituida para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. De esta manera, el primer presupuesto de procedibilidad de tal acción es

que la misma se haya interpuesto, en el caso concreto, para defensa de derechos que tengan esa categoría.

En el presente caso, la acción se interpone para la defensa de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una menor de edad; al respecto, la Sala encuentra que efectivamente se trata de derechos que, por estar radicados en cabeza de una niña, son de rango fundamental. Así, el primer presupuesto procesal de procedencia de la acción de tutela, se cumple en el presente caso.

Ciertamente, la Corte ha dicho que el derecho a la salud de las personas en situación de especial protección, como los niños, se torna fundamental por sí mismo. Véase:

“En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la salud adquiere carácter fundamental cuando se está frente a personas de especial protección como los menores, los adultos y los discapacitados, como quiera que, dentro del marco del Estado Social de Derecho, es permisible un trato que comporte discriminación positiva a favor de las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y, por consiguiente, encuentran limitada su posibilidad de participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables¹.

“En este sentido, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

“En tercer lugar, la Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia², las personas con discapacidad³ y los adultos mayores⁴, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo”⁵.”⁶

3.2. Que exista legitimación en la causa. En segundo lugar, es requisito de procedibilidad que se presente lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “legitimación en la causa”. Este requisito ha sido definido por la Corte así:

“La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable.

Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.”⁷ (Negrillas fuera del original)

Como es sabido, la legitimación en la causa presenta dos facetas: De un lado se encuentra la “legitimación en la causa por activa” que consiste en la exigencia de que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona.⁸ Lo anterior no se opone a que la defensa de los derechos fundamentales no pueda lograrse a través de representante legal, apoderado judicial o aun de agente oficioso.

Así pues, los representantes legales de las personas incapaces, como es el caso de los menores de edad, son quienes jurídicamente están legitimados para actuar en defensa de sus derechos fundamentales; así lo dispone expresamente el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, cuando indica lo siguiente:

“Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante...”. (Subrayas fuera del original)

De otro lado, se encuentra la “legitimación en la causa por pasiva”, que exige que la persona contra quien se incoa la acción de amparo sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar el derecho fundamental; contrario sensu, la acción no resulta procedente si quien desconoció o amenaza desconocer el derecho no es el demandado, sino otra persona o autoridad. Dicha persona, además, debe estar plenamente determinada.⁹ La Corte se ha referido a este requisito de procedibilidad así:

“La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material. La identificación cabal del demandado es una exigencia que tanto la Constitución como del decreto 2591 de 1991 avalan.”¹⁰

Tratándose de la acción de tutela interpuesta para la defensa del derecho a la salud, el requisito de “legitimación en la causa por pasiva” implica que la prestación correlativa al

derecho que se demanda, es decir la obligación de suministrar el servicio, esté en cabeza de la persona a quien se demanda. En otras palabras, no es posible impetrar una tutela en contra de cualquier entidad que tenga por objeto prestar servicios de salud; debe hacerse, en forma exclusiva, respecto de aquella que jurídicamente debe responderle al demandante.

3.2.1. En el presente caso, la Sala detecta lo siguiente: en relación con la legitimación en la causa por activa, observa que no obra en el expediente prueba alguna de que la menor titular de los derechos que se pide tutelar sea efectivamente la hija de quien, a su nombre, interpone la acción; en efecto, la demanda no se acompaña de la copia del registro civil de nacimiento, o de otro documento que pruebe que la señora Arely Gómez Rojas es la madre y por lo tanto la representante legal de la menor Yesenia Paola Rojas Gómez, cuyo derecho a la salud se pide proteger; lo anterior, a pesar de que el magistrado sustanciador explícitamente decretó una prueba en la que se solicitaba a aquella señora remitir a su despacho copia del mencionado registro civil de nacimiento de su menor hija. Así las cosas, prima facie la presente demanda no resultaría procedente por falta de legitimación en la causa por activa.

No obstante, esta Corporación judicial ha mantenido una jurisprudencia flexible, conforme a la cual las consideraciones procesales no pueden ser obstáculo para el logro de la protección de los derechos fundamentales de los niños, por lo cual la falta de prueba de la representación legal de los menores no constituye impedimento para la procedencia de la acción de tutela intentada en beneficio suyo. Véase el siguiente recuento de dicha jurisprudencia:

“Tratándose del amparo de los derechos de los niños, la Corte Constitucional ha sido claramente expansiva en la aplicación de la preceptiva constitucional, al punto de admitir que consideraciones procesales relativas a la representación legal del menor no pueden obstaculizar la protección efectiva de sus derechos, pues, tal como lo admite el mismo artículo constitucional, “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. 11(Negrillas y subrayas fuera del original)

Así pues, conforme a la anterior jurisprudencia, la Sala encuentra que, a pesar de la falta de prueba de la representación legal de la menor en cuya defensa se interpone la acción, la

presente acción resulta procedente.

3.2.2. En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, en el caso que ocupa su atención la Sala observa lo siguiente:

3.2.2.1. A fin de establecer si la presente demanda fue dirigida en contra de aquellas entidades que jurídicamente deben responder por la satisfacción del derecho a la salud de la menor hija de la demandante, el magistrado sustanciador solicitó a Caprecom EPS, seccional Caquetá, que informara a su despacho si por cuenta de esa entidad se venían prestando servicios de salud a la señora Arely Rojas Gómez en condición de afiliada, o a sus beneficiarios.

En respuesta a esa solicitud, Caprecom EPS, seccional territorial de Caquetá, informó que la señora Arely Rojas Gómez figura como afiliada suya en el régimen subsidiado a partir del primero de diciembre de 2007. Así pues, dado que la presente acción de tutela fue interpuesta el día 6 de diciembre de ese mismo año, por hechos acaecidos el día anterior, en principio debe presumirse que Caprecom EPS sí es la entidad jurídicamente obligada a prestar los servicios de salud a la menor hija de la señora Arely Rojas Gómez, en su presunta condición de beneficiaria suya.

3.2.2.2. Ahora bien, en cuanto al Hospital María Inmaculada de la ciudad de Florencia, IPS a la cual la demandante dice que se dirigió a solicitar la práctica de los exámenes ordenados a su hija por un médico adscrito a Profamilia, pero que la prestación respectiva fue denegada alegando falta de contrato suscrito con la EPS, no obra en el plenario prueba alguna que indique a la Sala que efectivamente la menor hija de la demandante haya sido o venga siendo atendida por esa entidad hospitalaria, o que se hay acercado a ella a solicitar servicios que no hayan sido autorizados por la mencionada razón de falta de contrato. Por su parte, el Hospital en la contestación de la demanda afirma que ni la niña ni su madre figuran en su base de datos como usuarias suyas, sin que la demandante haya allegado al expediente prueba alguna de estar inscrita como usuaria de dicha institución, tener derecho a reclamar sus servicios, o al menos de haber acudido a la misma a solicitarlos y haberle sido denegados.

No obstante, en la respuesta a la solicitud de información que Caprecom EPS envió al despacho del magistrado sustanciador, se lee que la división territorial de Caquetá de esa

EPS, presta servicios de baja complejidad para el régimen subsidiado en la ESE Hospital Comunal Las Malvinas de la ciudad de Florencia, y los de mediana y alta complejidad se prestan en la ESE Hospital María Inmaculada y en la Clínica Medilaser de la misma ciudad. Así pues, la Sala observa que sí existe un contrato entre la EPS a la que se encuentra afiliada la demandante y el Hospital María Inmaculada de Florencia, de manera que esta última institución eventualmente sí puede llegar a ser responsable de la atención de la salud de su menor hija, si se dan ciertas circunstancias adicionales. En tal virtud, concluye que sí existe legitimación en la causa por pasiva respecto de esta IPS.

3.2.2.3. Finalmente, en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva frente al Instituto Departamental de Salud del Caquetá, la Sala observa que, en cuanto la ley dispone que a los Departamentos les corresponde financiar la prestación de ciertos servicios de salud¹², en aquello que no quede cobijado por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, en principio ese Instituto podría verse obligado a costear servicios de salud que le hubieran sido legalmente denegados por la EPS-S a la menor hija de la demandante.

“4. Competencias de las Secretarías Departamentales y Municipales de Salud dentro del régimen subsidiado.

“A partir del Acto legislativo 01 de 2001 artículo 2° que modificó el artículo 356 de la Constitución Política, se modificó la distribución de los recursos y las competencias a cargo de la nación, departamentos y municipios.

“En esas condiciones 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 (...)"

En cuanto a las competencias de los Municipios la misma Ley dispone:

“ARTÍCULO 44. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. Corresponde a los Municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

44.1. De dirección del sector en el ámbito municipal:

(...)

44.2. De aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud

44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin.

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia.

44.2.3. Celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población

pobre y vulnerable y realizar el seguimiento y control directamente o por medio de interventorías.

(...)

44.3. De Salud Pública (...)."

"De acuerdo con las citadas normas, los entes territoriales tienen obligaciones respecto del régimen subsidiado. Los Municipios tienen la competencia de identificar la población pobre que habite en su jurisdicción y seleccionar así a los beneficiarios, para afiliarlos a una entidad administradora del Régimen Subsidiado (ARS). 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."¹⁴

Así pues, como puede verse, a los Departamentos les corresponde financiar la prestación de ciertos servicios de salud¹⁵, en aquello que no quede cobijado por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado.¹⁶ En tal virtud, concluye que sí existe legitimación en la causa por pasiva respecto del Instituto Departamental de Salud del Caquetá.

De esta manera, la Sala encuentra acreditados los presupuestos procesales básicos de procedencia de la acción de tutela cuando es interpuesta para la protección del derecho a la salud de un menor de edad.

4. La orden del médico tratante como requisito de procedibilidad de la acción de tutela cuando es interpuesta para la defensa del derecho a la salud.

4.1. Como regla general, en reiterada jurisprudencia esta Corporación judicial ha sostenido que la acción de tutela no está llamada a prosperar cuando ella es intentada para lograr que una EPS suministre un medicamento, procedimiento o tratamiento que no ha sido ordenado por un "médico tratante" adscrito a la entidad demandada. Ciertamente, sobre esa circunstancia la Corte ha dicho:

"... la ordenación prescrita por el médico tratante, resulta suficiente para considerar la importancia que la medicina prescrita por el facultativo resulta la herramienta adecuada para evitar una seria amenaza contra la vida, la salud y la integridad de la paciente; no de otra

forma se explica la intervención del galeno. Recordemos que para ello, el artículo 26 de la Carta estableció la discrecionalidad del Legislador para exigir títulos de idoneidad, situación que apenas brota como natural tratándose de los profesionales a quienes les corresponde el cuidado de la salud y en general sobre quienes recae la obligación de hacerles frente a las contingencias respecto a la enfermedad, la vejez y la muerte.

El literal 11 del artículo 4º del decreto 1938 de 1994, por virtud del cual se establecen los lineamientos del Plan de Atención Básica en salud, define el tratamiento como ‘todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo’.

Así, con relación a la necesidad de que el tratamiento o en general cualquier asistencia que requiera el paciente, la ordene el médico tratante adscrito a la EPS, por ser el indicado y el legalmente legitimado para el efecto, ha sido ello un punto pacífico en la jurisprudencia constitucional, como lo demuestra un recorrido por los pronunciamientos de esta Corporación.

El médico tratante, ha entendido este Tribunal, es el profesional vinculado a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente. De no provenir la prescripción del galeno que tenga esa calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la EPS encaminadas a la entrega de medicamentos o la realización de tratamientos determinados por médicos particulares.”¹⁷

4.2 No obstante lo anterior, la misma jurisprudencia ha admitido que en ciertos casos particulares, esta exigencia puede dispensarse, de manera tal que la falta de orden del médico tratante pueda no ser obstáculo para la procedencia de la acción de tutela. En este sentido, en la Sentencia T-1061 de 200718, se explicó que la falta de orden del médico tratante no era obstáculo para conceder la tutela, “pues podría ocurrir que la urgencia, la especificidad del tratamiento o la demora o renuencia de la EPS o ARS en otorgar la cita médica, o la ineffectividad que de ésta se desprenda, sea lo que obligue a acudir a consulta particular, especialmente frente a padecimientos de niños, ancianos u otras persona que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, o estén afrontando enfermedades ruinosas o catastróficas que, pese a no tener suficientes recursos económicos, con mucho

esfuerzo buscan una alternativa para lograr la solución que no encuentran en el sistema general de seguridad social en salud.”

En el mismo sentido, la Corte también ha indicado que en ciertos casos, la negativa del médico tratante para la práctica de un procedimiento o la entrega de un medicamento no es el único criterio que necesariamente debe ser tenido en cuenta por el juez, pues en casos dudosos “puede optar por solicitar una segunda opinión médico-científica (o varias), para poder concluir si en realidad no se ha permitido decidir al paciente sobre la expectativa de cura que le representa el procedimiento. En el evento que las distintas opiniones médicas coincidan en que el tratamiento no se debe aplicar, el juez no puede concluir que se trata de un procedimiento inconveniente, sino más bien no-idóneo. Pero, si las conclusiones médicas son distintas y alguna considera de manera suficientemente fundada en criterios científicos que el tratamiento es adecuado para la patología, el juez debe intervenir para garantizar el margen de decisión auto-responsable del paciente.”¹⁹

4.3 Así pues, como regla general el medicamento, tratamiento o procedimiento que se solicita mediante el ejercicio de la acción de tutela debe haber sido prescrito por orden del médico tratante, aunque en ciertos casos excepcionales, el juez constitucional puede prescindir de dicha exigencia, “especialmente frente a padecimientos de niños”, como sucede en este caso.

Así las cosas, en la presente oportunidad la Sala obvia el requisito general de procedibilidad de la acción de tutela referente a que el procedimiento o medicamento haya sido ordenado por el médico tratante.

5. Responsabilidad de las entidades demandadas en la prestación de los servicios médicos ordenados a la menor hija de la demandante.

5.1 Establecido que la presente demanda de tutela resulta procedente y que los exámenes ordenados por el médico de Profamilia que atendió a la hija de la petente deben ser llevados a cabo, la Sala concluye que, conforme a la ley, la EPS-S demandada está en la obligación de autorizar su práctica, en la IPS con la cual tenga contratado dicho servicio, según el nivel de complejidad de que se trate. En tal virtud, una vez proferida dicha autorización, dicha IPS, sea el Hospital María Inmaculada u otra entidad determinada por la EPS-S Caprecom, seccional Caquetá, deberá proceder a llevar a cabo los exámenes que la menor requiere y

que le fueron ordenados por el referido facultativo.

Ahora bien, en el evento en el cual dichos exámenes no estén incluidos dentro del POS-S, los mismos deberán ser cubiertos por el Instituto Departamental de Salud del Caquetá, pues como antes se vio, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, a los Departamentos compete financiar con sus recursos propios, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda. Si este fuera el caso, la Sala no ordenará que este pago sea compartido entre la EPS-S Caprecom Seccional Caquetá y el Instituto Departamental de Salud del Caquetá, por dos razones: (i) porque observa que la omisión en la práctica de los exámenes requeridos por la menor cuyos derechos se busca aquí proteger acaeció con anterioridad a la expedición de la Sentencia C-463 de 200820; y (ii) porque dichos exámenes no fueron ordenados por el médico tratante, requisito que fue establecido en dicha sentencia para que se aplique la regla del reembolso de la mitad de los gastos originados en el suministro de prestaciones ordenadas por tutela.

5.2 Por último, la Sala estima que tratándose de una menor de edad afiliada al Sistema de Seguridad en Salud Subsidiado, debe presumirse la incapacidad económica de la familia a la que pertenece para costear los exámenes médicos que le fueron ordenados. Ciertamente, sobre este particular debe recordarse que la jurisprudencia ha establecido una presunción de incapacidad económica de los afiliados al SISBEN, teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población. En este sentido, por ejemplo, en sentencia T-908 de 200421 se dijo lo siguiente:

“Cuando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación.”

Esta posición jurisprudencial responde a la finalidad misma del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales SISBEN, que como su nombre lo indica constituye un mecanismo diseñado por el Departamento Nacional de Planeación para seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana, cuyo objetivo es focalizar el gasto social. Como es de público

conocimiento, dicha selección de beneficiarios se logra “a partir de la recolección de datos mediante el mecanismo de encuesta que, una vez analizados, arrojan un puntaje que permite ubicar a las familias o individuos entrevistados en alguno de los seis niveles de pobreza preestablecidos. Se trata de un instrumento que, como esta Corporación ha señalado, es de gran relevancia constitucional, pues contribuye a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los colombianos, y se erige como una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas obligadas a hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados.”²²

5.3 Finalmente, la Sala encuentra que debe referirse al argumento esgrimido por el Instituto Departamental de Salud del Caquetá para defender su ausencia de responsabilidad frente a la prestación de los servicios de salud que mediante la presente acción de tutela se reclaman. Dicho argumento, aceptado por el juez único de instancia conoció de la presente acción, y con base en el cual denegó las pretensiones de la actora, consistió en afirmar que “los recursos para la atención de la población pobre no cubierta con subsidio a la demanda fueron ejecutados en un 100%, por lo anterior se expedirá la orden una vez se adicionen recursos al presupuesto de la actual vigencia”.

Al respecto, la Sala debe recordar que esta Corporación ha explicado que la falta de recursos de las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud no las exime de la prestación oportuna de los servicios médicos que estén obligadas a suministrar. Ciertamente, sobre este asunto la Corte ha vertido los siguientes conceptos:

“- Ahora bien, en la medida en que lo dicho en la tutela no fue desmentido ni desvirtuado por la entidad accionada, se entiende que el examen que se requiere para mejorar las condiciones de salud y de vida de la accionante no se ha realizado, como lo dice la peticionaria, por que el Seguro alega falta de presupuesto. Excusa esta, que ya se ha abordado por vía de jurisprudencia, señalando que la falta de recursos presupuestales no exime a las EPS del cumplimiento de sus obligaciones, pues en aplicación de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta, exigiría mayor eficiencia por parte del ente accionado. Ha sido esta la doctrina contenida en varias sentencias de tutela, de la cual se puede citar la sentencia T-285 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo:

“No es admisible fundamentar la negativa o suspensión del servicio de salud en situaciones económicas que deben ser previstas y solucionadas por la entidad demandada, como acontece con la falta de presupuesto, que resulta inexcusable si se tiene en cuenta que los organismos de seguridad social deben planear con suficiente antelación lo concerniente al normal cumplimiento de sus funciones. (...)”

“Tales circunstancias riñen con los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución a la actividad administrativa y con la función estatal de protección a la salud (art. 49 C.P.), y, desde luego, no son los pacientes quienes deban soportar los efectos de las mismas.

“Eventos como los indicados (...) sólo demuestran el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración de la EPS y repercuten de manera grave en la salud de los usuarios y en el cabal ejercicio de sus derechos fundamentales.”

Y en la sentencia T-812 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, dijo:

“Los beneficiarios del sistema de salud, ha dicho la Corte, no deben padecer los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesan las entidades encargadas de prestar el servicio. Los pacientes no pueden ver obstaculizado o impedido su tratamiento médico, por razón de los trámites internos adelantados por las entidades de salud. Estos procedimientos burocráticos deben ser ajenos a la prestación misma del servicio y, por tanto, no deben afectar la protección ofrecida por el Estado en esta materia.²³ Además, ha dicho la jurisprudencia, quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.²⁴ (negrillas fuera de texto).”²⁵

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: Levantar la suspensión de términos decretada mediante Auto del primero (1°) de

julio de 2008.

Segundo: REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Florencia, Caquetá, que decidió no tutelar los derechos fundamentales de la menor Yesenia Paola Rojas Gómez.

Tercero: CONCEDER la tutela para la protección del derecho a la salud de la menor Yesenia Paola Rojas Gómez; en consecuencia, ORDENAR a la EPS-S Caprecom Caquetá, que en término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, autorice la práctica de los exámenes que le fueron ordenados por el médico adscrito a Profamilia, que la atendió el día 5 de diciembre de 2007; dichos exámenes deberán ser llevados a cabo en la IPS con la cual tenga contratado el servicio respectivo, según el nivel de complejidad de que se trate. En el evento en el cual dichos exámenes no estén incluidos dentro del POS-S, los mismos deberán ser cubiertos por el Instituto Departamental de Salud del Caquetá.

Cuarto: Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente en comisión

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.

3 Sentencia T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

4 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

5 Corte Constitucional, Sentencia T-666 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

6 Sentencia T-592 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7 Sentencia T-416 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

8 Cf. Sentencia T-1191 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

9 Cf. Ibídem

10 Sentencia T-416 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

11 Sentencia T-137 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

12 En general la legislación dispone que los Departamentos son responsables de los tratamientos que corresponden a los niveles II, III y IV de complejidad, y que el nivel I es responsabilidad de los Municipios. Ver Sentencia T-568 de 2007.

13 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

14 Sentencia T-568 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 En general la legislación dispone que los Departamentos son responsables de los tratamientos que corresponden a los niveles II, III y IV de complejidad, y que el nivel I es responsabilidad de los Municipios. Ver Sentencia T-568 de 2007.

16 Las competencias en materia de Salud de los Departamentos y municipios fueron reformadas por la Ley 1122 de 2007.

17 Sentencia T-617 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

18 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

19 Sentencia T-234 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

20 En esta sentencia la Corte declaró exequible el literal j) del artículo 14 de la Ley 1222 de 2007, en el aparte que dispone “En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga”, en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de

beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes.

22 Sentencia T-517 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

23 Cfr. sentencia T-428 de 1998.

24 Cfr. Sentencias T-428 de 1998, T-059 de 1997 y T-109/99.

25 Sentencia T-212 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.