

{p}

Sentencia T-919/03

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Concepto

ACCION DE TUTELA-Puede configurarse improcedencia con ausencia de temeridad/JUEZ DE TUTELA-Examen detallado del proceso para determinar identidad de partes, hechos y pretensiones

Sin embargo, la Corte ha precisado que la simple configuración de improcedencia en razón de la presentación de varias tutelas por los mismos hechos y derechos, no implica per se temeridad, por lo cual el Constituyente ha señalado la importancia de la valoración de ésta última con el fin de no incurrir en sanciones injustas. En este orden de ideas, partiendo de la base de que puede configurarse improcedencia sin temeridad la Corte Señala que hay lugar a declarar la improcedencia en aquellos casos en que se presenta más de una tutela con identidad de pretensiones, partes y hechos, lo cual implica una decisión desfavorable a las pretensiones del actor. Esta consecuencia conlleva por parte del juez un examen detallado del proceso con el objeto de determinar claramente la configuración de la “triple identidad”, ya que de tal constatación dependerá la concesión o negación del amparo.

ACCION DE TUTELA-Inexistencia de temeridad para el caso

ACCION DE TUTELA-Obligación de prestar juramento

JUEZ DE TUTELA-Examen detallado del proceso para determinar causales de improcedencia

Cuando en un proceso aparezca como factible la declaración de improcedencia en virtud de una posible identidad de partes, hechos y pretensiones, el juez tiene el deber de verificar que tal posibilidad en efecto se configure en el caso concreto y adicionalmente que no existe una causa razonable para hacer uso nuevamente de la acción, en el caso de que efectivamente se presente la identidad. Ante un caso en el que se evidencia un posible desconocimiento del significado de las normas y en consecuencia un posible detrimento de los intereses de quien solicita el amparo, es deber del juez constatar no solo lo dicho por el accionante sino su

significado. Lo contrario podría conducir a una injusta negación de acceso a la administración de justicia.

FALLO DE TUTELA-Cumplimiento conforme lo fija la parte resolutive

La Corte ha establecido con relación al cumplimiento, que la autoridad o particular obligado en cada caso, deben cumplir los fallos de acuerdo a la manera como lo fije la sentencia, y en el término fijado para ello, el cual debe figurar en la parte resolutive con carácter perentorio. Así mismo se ha entendido que vencido el plazo fijado en el fallo, y transcurridas 48 horas, el juez de instancia una vez conoce del incumplimiento, se debe dirigir al superior del incumplido para requerirlo a hacer cumplir el fallo y si es del caso dar inicio u ordenar iniciar procedimiento disciplinario contra el funcionario remiso, y sancionar por desacato al responsable.

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA-Corresponde al juez de primera instancia

AUTORIDAD JUDICIAL-Debe asegurar el efectivo cumplimiento de las órdenes que imparte

ACCION DE TUTELA-El afectado puede optar por insistir en su cumplimiento o presentar una nueva/ACCION DE TUTELA-Opción de presentar una nueva cuando surge una violación adicional

Si bien el principal papel del juez de tutela es hacer efectivo el cumplimiento de los fallos de tutela, la Corte ha considerado que en los casos en que se presente una violación por un mismo concepto, cuando la violación se mantenga o se agrave por otra u otras violaciones, el afectado podrá optar por insistir en el cumplimiento ante el juez competente o acudir nuevamente a la acción de tutela. Cuando la vulneración está mediada además por un riesgo adicional ocasionado por la negativa de las E.P.S a suministrar medicamentos y exámenes de carácter necesario, el accionante puede también recurrir nuevamente a la acción de tutela como medio expedito para la efectiva protección de sus derechos fundamentales.

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Condicionen que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Examen de carga viral y CD4 fundamental para tratamiento del SIDA

JUEZ DE TUTELA-Erró en la declaración de improcedencia/JUEZ DE TUTELA-Omisión en el examen detallado del proceso

Ante la existencia de un hecho y pretensión nuevas, el juez de instancia erró en la declaración de improcedencia, por demás negligentemente, puesto que un pequeño estudio de la tutela lo habría llevado claramente a tal conclusión. El accionante manifestó textualmente en la acción de tutela que: “ha instaurado dos acciones por los mismos hechos y otros contra el Seguro Social”, y de tal afirmación el juez de instancia dedujo sin mayor examen, que el amparo era improcedente por haberse presentado otras tutelas por los mismos hechos que en ésta se exponen. El a - quo, desconociendo su función de garante en la protección de los derechos fundamentales en sede de tutela, omitió verificar la necesaria conexión entre las tutelas a fin de configurar el presupuesto de hecho del citado artículo 38, es decir omitió constatar que se tratara de tutelas por los mismos hechos y derechos.

DERECHO A LA SALUD Y VIDA DE ENFERMO DE SIDA-Vulneración por no suministro de medicamentos por EPS/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No suministro de medicamentos conlleva desgaste injustificado de administración de justicia

La negativa a suministrar los medicamentos requeridos pone en peligro la vida, la salud y la integridad física del accionante de manera injustificada e incluso reprochable ya que tanto el tratamiento médico como el suministro de los medicamentos son necesarios para preservar la vida del accionante, y mejorar sus condiciones de salud, para que pueda llevar una existencia digna. Debe advertirse que la reticencia de las E.P.S a suministrar los tratamientos requeridos, conlleva un desgaste injustificado de la administración de justicia, además del sin sentido que se presenta cuando quienes padecen esa mortal enfermedad se ven obligados a hacer un uso reiterado de la tutela para hacer valer sus derechos cada vez que un médico tratante les formula un determinado medicamento u ordena un específico procedimiento para conservar la salud y neutralizar el riesgo que pueda correr su vida.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repeticón contra el Fosyga

Referencia: T-759 965

Peticionario: Jhonatan Niceffreg Talero Barrero

Accionado: Seguro Social

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil tres (2003).

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1-. El señor Jhonatan Talero Barrero, se encuentra afiliado en calidad de pensionado por invalidez, al Sistema General de Salud que administra la EPS ISS. El 14 de abril de 2003 interpuso derecho de petición ante tal entidad, solicitando la práctica y entrega puntual de los medicamentos y exámenes ordenados previamente por el médico tratante, para el tratamiento de su enfermedad terminal, VIH/SIDA.

2-. Ante la ausencia de respuesta por parte del Seguro Social, y en consecuencia la no entrega de los medicamentos y realización de los exámenes correspondientes, el señor Talero Barrero interpuso la presente acción de tutela contra la entidad mencionada solicitando la protección a sus derechos a la vida, la salud y la seguridad social.

En este sentido el accionante manifestó que si bien el Programa del Seguro Social le entrega puntualmente el control de fórmulas y exámenes, las dependencias del mismo no le dan cumplimiento ni en la entrega de los medicamentos ni en la realización de los exámenes.

Por ello el accionante afirma que se le están vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la vida, puesto que la negación del suministro de medicamentos como de la realización de exámenes, pueden poner en peligro su salud y en consecuencia su vida.

3.- El juez de primera instancia negó el amparo, aduciendo lo juramentado por el accionante en la acción de tutela en revisión, esto es que había “instaurado dos (2) Acciones de Tutela por estos mismos hechos y otros al Seguro Social”. Con fundamento en tal afirmación, el a quo efectuó un silogismo cuya conclusión fue la declaración de improcedencia de la acción, con base en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.

Sin embargo tal discernimiento se efectuó sin realizar una verificación del presupuesto de hecho de tal norma, ya que el juez de instancia no constató la existencia de la llamada “triple identidad” de sujetos, hechos y pretensiones entre las tutela en revisión y las enunciadas bajo juramento por el accionante, basando su decisión únicamente en lo dicho por el accionante en el juramento.

A continuación, se describen brevemente las materias de los fallos que constituyeron la causa de la declaración de temeridad por parte del juez de instancia:

3.1.- Expediente T- 337 782.

HECHOS: El accionante en este caso solicitó el 29 de marzo de 1999 al Seguro Social Seccional Cundinamarca, el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez; al no obtener ninguna respuesta, el 9 de marzo de 2000 presentó petición solicitando la explicación respectiva, de lo cual tampoco obtuvo respuesta por lo que consideró vulnerado su derecho de petición. Por ello solicitó que la entidad accionada se pronunciara al respecto y diese respuesta a la solicitud elevada desde el 29 de marzo de 1999.

DECISIÓN: El Juzgado 79 Penal Municipal CONCEDE la tutela por considerar que dentro de proceso se probó que la entidad accionada no dio respuesta alguna a la solicitud elevada por el accionante, y que a la fecha de ese fallo había transcurrido más de un año de la solicitud del pago y reconocimiento de la pensión de invalidez y más de dos meses de elevada la petición. ORDENA al Seguro Social se pronuncie en relación con la petición

elevada por el accionante.

3.2.- Expediente T - 608 213.

HECHOS: En esta ocasión el accionante manifestó que padece del VIRUS VIH/SIDA, por lo que requiere el suministro oportuno de medicamentos retrovirales y complemento nutricional, los cuales han sido retardados por el Seguro Social Seccional Bogotá. Solicitó se ordenara a la entidad accionada el suministro de los medicamentos.

DECISIÓN: El Juzgado 19 Penal del Circuito en sentencia del dieciocho de abril de 2002, CONCEDE el amparo, por considerar que la salud del individuo debe prevalecer con mayor razón cuando se trata de enfermedades como la que padece el accionante, pues la falta de atención vulnera sus derechos fundamentales. ORDENA que en un término de 48 horas la entidad accionada suministre los medicamentos requeridos por el accionante.

I. HECHOS CONCRETOS QUE MOTIVARON LA PRESENTE TUTELA

1.- El señor Jhonatan Niceffreg Talero Barrero se encuentra afiliado al sistema de seguridad social a través de la E.P.S. ISS.

2.- El señor Jhonatan Niceffreg padece de VIH/SIDA, debido a lo cual el 14 de octubre de 1998 ingresó al programa ETS-VIH/SIDA con diagnóstico de VIH (+) C3. Como consecuencia el médico tratante ordenó la práctica de los exámenes de Carga Viral y CD4 junto con la entrega puntual de sus antirretrovirales EFAVIRENZ, ZIDOVUDINA, LAMIVUDINA, PRIMETAMINA SULFA y otros junto con sus complementos nutricionales, todo lo cual ha sido ordenado periódicamente a través del control de fórmulas y exámenes que entrega el Programa del Seguro Social, y del cual obra prueba en el expediente con las fórmulas y órdenes correspondientes a los meses de abril y mayo de 2003.

3.- Debido a su enfermedad el Seguro Social - Vicepresidencia de Pensiones Medicina Laboral, a través de evaluación efectuada el 12 de marzo de 1999, estableció en un 61.35% el total de su pérdida de capacidad laboral. Como consecuencia de ello, el señor Talero Barrero es pensionado del Seguro Social, el cual en tal calidad le reconoce una pensión equivalente a un salario mínimo.

4.- El 14 de abril de 2003 el señor Talero Barrero elevó derecho de petición al ISS E.P.S., solicitando el tratamiento integral de salud, la entrega puntual de sus medicamentos y la realización de los exámenes correspondientes, sin que a la fecha de instauración de la tutela hubiere recibido respuesta, razón por la cual instauró la presente tutela.

I. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Durante el plazo establecido por el juez de instancia para que el la entidad demandada diera respuesta a la demanda, el ISS guardó silencio.

Sin embargo, con posterioridad a la Sentencia, el Instituto de Seguros Sociales ISS, a través de su representante legal Seccional Cundinamarca y D.C, respondió a la tutela el 27 de mayo de 2003 solicitando la cesación de la misma, debido a que el tratamiento integral para tratar la enfermedad no ha sido satisfecho por cuanto no hace parte del Plan Obligatorio de Salud.

Para sustentar su afirmación esgrime cita el Artículo 48 de la Carta Política y el artículo 9 de la Ley 100 de 1993, afirma que no le es posible destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

Finalmente afirma que el carácter del tratamiento integral para manejar la enfermedad del accionante, está clasificado dentro del control de enfermedades catastróficas o ruinosas, por lo cual invertir dinero de la seguridad social en atender procedimientos de este tipo, constituye una inversión prohibida constitucional y legalmente.

En conclusión, el ISS reconoció que actualmente no está entregando los medicamentos al señor Talero Barrero.

I. PRUEBAS

1. Fotocopia del Derecho de Petición elevado al Seguro Social el 14 de abril de 2003, por medio del cual solicita le sean efectuados los exámenes de Carga Viral y CD4, junto con la

entrega de los antirretrovirales, EFAVIRENZ, ZIDOVUDINA. LAMIVUDINA, PRIMETAMINA SULFA y complementos nutricionales.

2. Fotocopia de fórmulas médicas:

* Fórmula médica No. 4909887 , Clínica San Pedro Claver, fechada el 8 de mayo de 2003, prescribiendo ácido fólico.

* Fórmula médica No. 4946763, Clínica San Pedro Claver, fechada el 3 de abril de 2003, prescribiendo ZIDOVUDINA y LAMIVUDINA.

Fórmula médica No. 4918378, Clínica San Pedro Claver, fechada el 8 de mayo de 2003, prescribiendo ZIDOVUDINA, LAMIVUDINA y EFAVIRENZ.

1. Solicitud exámenes de laboratorio, Clínica San Pedro Claver fechada el 25 de marzo de 2003:

- CD4 y Carga Viral.

1. Copia de la evaluación realizada al señor Talero Barrero por el Seguro Social Vicepresidencia de Pensiones Medicina Laboral, con fecha del 12 de marzo de 1999, en la cual se señala:

* Evolución clínica refiriendo la fecha de ingreso al programa ETS VIH/SIDA, el diagnóstico con el que ingresó y la evolución de su enfermedad.

* Pérdida de capacidad laboral estimada en un 61.35%.

* Fecha de la estructuración de la invalidez del 14 de octubre de 1998.

1. Escrito allegado por el accionante manifestando su incapacidad económica para asumir los gastos de los medicamentos y exámenes necesarios para el tratamiento de su enfermedad, puesto que su único ingreso lo constituye la pensión por invalidez del Seguro Social, la cual equivale a un salario mínimo mensual - menos el descuento realizado por el Seguro Social por concepto de aporte a salud -, con el cual debe cubrir todos sus gastos y necesidades.

2. Reseñas esquemáticas de la Corte Constitucional, correspondientes a los expedientes T-337 782 y T- 608 213, donde constan los asuntos y las decisiones de las tutelas interpuestas con anterioridad por el actor y mencionadas por éste en el acápite del juramento de la presente acción en revisión.

V. DECISIONES JUDICIALES

A. Primera Instancia

Mediante sentencia del 23 de mayo de 2003 el Juzgado 26 Penal del Circuito de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela presentada, por cuanto estimó que de la situación fáctica puesta en consideración por el accionante, se vislumbró que el accionante instauró por los mismos hechos otras dos acciones públicas de tutela, lo que de acuerdo con el artículo 31 del decreto 2591 la hace improcedente. Sin embargo el fallo en revisión no hace mención alguna acerca del contenido y objeto de las citadas acciones de tutela.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

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

A. Fundamentos

1. Problema jurídico

2. Actuación temeraria. Declaración de improcedencia.

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, regula la hipótesis que se produce cuando una misma persona presenta dos o más tutelas iguales ante diferentes jueces o tribunales, en los siguientes términos:

” Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela se presente por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán

desfavorablemente todas las solicitudes”.

La Corte Constitucional ha establecido la “temeridad”, como una actitud contraria al principio de buena fe constitucional consagrado en el artículo 83 de la misma¹, y cuyo ejercicio se describe como la interposición sucesiva de tutelas por la misma causa, sin motivo expresamente justificado. En efecto, la sentencia T-009 de 2000² describió, reiterando lo establecido por la jurisprudencia anterior³, la actuación temeraria como:

“la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso.” En estas circunstancias, la actuación temeraria ha sido calificada por la Corte como aquella que supone una “actitud torticera”, que “delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa”, que expresa un abuso del derecho porque “deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción”, o, finalmente, constituye “un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia”.

Sin embargo, la Corte ha precisado que la simple configuración de improcedencia en razón de la presentación de varias tutelas por los mismos hechos y derechos, no implica per se temeridad, por lo cual el Constituyente ha señalado la importancia de la valoración de ésta última con el fin de no incurrir en sanciones injustas. En este sentido la sentencia T- 655 de 1998⁴ afirma:

“la Corporación ha estimado que la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la acción de tutela”.

En este orden de ideas, partiendo de la base de que puede configurarse improcedencia sin temeridad la Corte Señala que hay lugar a declarar la improcedencia en aquellos casos en que se presenta más de una tutela con identidad de pretensiones, partes y hechos, lo cual implica una decisión desfavorable a las pretensiones del actor. Esta consecuencia conlleva por parte del juez un examen detallado del proceso con el objeto de determinar claramente la configuración de la “triple identidad”, ya que de tal constatación dependerá la concesión o negación del amparo.

Así, debido a los efectos que implican tanto la temeridad como la declaración de

improcedencia, esto es sanciones pecuniarias y penales la primera y la decisión desfavorable del amparo la segunda, el establecimiento de ellas debe ser detenidamente valorado, y requiere de un examen cuidadoso de los hechos y del acervo probatorio que obre dentro del proceso de tutela.

De esta manera, mal puede concluirse que la actuación verificada en el caso concreto esté afectada por la existencia de mala fe o dolo, pues no es posible afirmar que el actor interpuso la acción a sabiendas de que carecía de razones para hacerlo, ni que actuó de manera “tortícera”, o en abuso del derecho de acción.

Por el contrario, las circunstancias inherentes a la enfermedad terminal del actor evidencian la existencia de una causa razonable para hacer uso del amparo, cual es la de obtener la realización de los exámenes y entrega de los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad dada la afectación progresiva y cuya negación implica un grave detrimento en su salud, todo lo cual debate cualquier utilización abusiva de su derecho a la acción de amparo.

Así pues, el juez de instancia omitió la valoración mínima de los hechos y de las pruebas, no ya respecto de la temeridad, que evidentemente no se configura en este caso, sino en lo relativo a la improcedencia de la acción, ignorando por completo su función principal como juez constitucional: la protección a los derechos fundamentales.

3. La finalidad del juramento en la acción de tutela. Obligación del juez de instancia de verificar la existencia de la triple identidad y la ausencia de motivos justificados antes de proceder a efectuar una declaración de improcedencia.

El artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 señala:

“(…)El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad de juramento, que no ha prestado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio.”

Con relación al juramento, ha expresado la Corte que el objetivo de prestarlo en la acción de tutela constituye un mecanismo de tipo disuasivo, cuya finalidad es impedir el ejercicio abusivo de la acción⁵. Así mismo tiene como propósito evitar que el juez asuma la imposible

tarea de comprobar si se han interpuesto ante otros jueces, por los mismos hechos y derechos, otras tutelas.

Tales fines deben comprenderse bajo la concepción del principio de informalidad que caracteriza a la tutela, de tal modo que el juramento no puede per se implicar para quien solicita el amparo, una denegación de justicia sin que el juez de instancia valore todos los demás elementos de juicio en contra de la realización material de los derechos fundamentales.

Al respecto cita la sentencia T-1014 de 1996:

“Sería prácticamente imposible que los jueces de tutela comprobaran por sí mismos la veracidad de las afirmaciones de quienes interponen dicha acción”.

“Por lo tanto, ante la incertidumbre que tiene el juez al respecto, no le queda una opción diferente a la de confiar en la probidad de la conducta de los accionantes y de sus apoderados”.

Así entonces, la temeridad se constituye por la violación del juramento sólo en el caso de un ejercicio abusivo de la acción de tutela, cuyos nocivos efectos busca evitar el artículo 38. En consecuencia se reitera la posibilidad de que se presenten eventos de improcedencia con ausencia de temeridad, ya que puede ocurrir que se presenten varias tutelas bajo los mismos hechos y derechos en ausencia de una actitud temeraria del demandante, configurándose solamente la declaración de improcedencia.

En este punto procede la Corte a señalar la importancia del deber de verificación del juez del dicho del demandante, más aún cuando éste pueda afectar sus pretensiones, como consecuencia de una declaración de improcedencia.

Cuando en un proceso aparezca como factible la declaración de improcedencia en virtud de una posible identidad de partes, hechos y pretensiones, el juez tiene el deber de verificar que tal posibilidad en efecto se configure en el caso concreto y adicionalmente que no existe una causa razonable para hacer uso nuevamente de la acción, en el caso de que efectivamente se presente la identidad.

En efecto, el juez no puede partir de la base de que los ciudadanos conocen el derecho y las

normas en toda su extensión para a partir de esa premisa, deducir de las simples afirmaciones del accionante la decisión del caso, sin entrar a estudiar las implicaciones, el alcance y la pertinencia de éstas. Antes bien es el juez el llamado y obligado a conocer el derecho - *iura novit curia*-, por lo tanto ante un caso en el que se evidencia un posible desconocimiento del significado de las normas y en consecuencia un posible detrimento de los intereses de quien solicita el amparo, es deber del juez constatar no solo lo dicho por el accionante sino su significado. Lo contrario podría conducir a una injusta negación de acceso a la administración de justicia.

En el caso en revisión era deber del juez verificar la coincidencia en los hechos y derechos, so pena de incurrir en un evento de negación de acceso a la administración de justicia al accionante, puesto que no se trataba del juramento negativo, imposible de comprobar, sino de un juramento indicativo y limitado a dos tutelas. En efecto tal limitación disminuyó notoriamente la tarea del juez a la hora de establecer la procedencia o improcedencia de la tutela, ya que no se trataba de la titánica tarea de revisar todas las posibles tutelas interpuestas por el accionante ante los jueces de la República - tarea que se supedita al objetivo del juramento negativo del accionante afirmando el no haber interpuesto otras acciones por los mismos hechos -, sino de un radio de verificación delimitado y fácilmente constatable.

4. Principio de continuidad de la seguridad social.

La Corte ha establecido con relación al cumplimiento, que la autoridad o particular obligado en cada caso, deben cumplir los fallos de acuerdo a la manera como lo fije la sentencia, y en el término fijado para ello, el cual debe figurar en la parte resolutive con carácter perentorio.

Así mismo se ha entendido que vencido el plazo fijado en el fallo, y transcurridas 48 horas, el juez de instancia una vez conoce del incumplimiento, se debe dirigir al superior del incumplido para requerirlo a hacer cumplir el fallo y si es del caso dar inicio u ordenar iniciar procedimiento disciplinario contra el funcionario remiso, y sancionar por desacato al responsable.

En este orden de ideas, bajo el supuesto de que la principal función del juez es el cumplimiento del fallo de tutela, y en desarrollo del principio de continuidad, el actor puede

acudir a él a fin de hacer efectiva la protección “continua” de sus derechos fundamentales, o proceder a interponer una nueva tutela.

Así entonces, el principio de continuidad en cuanto a salud se refiere, entendido como pilar de la noción de servicio público, implica que la prestación no se debe interrumpir siempre y cuando se den los presupuestos de razonabilidad para que el servicio se preste, a fin de evitar que se deje de prestar un servicio esencial a un ciudadano.

Al respecto la sentencia T- 059 de 19977 señaló, reiterando lo que la jurisprudencia ha establecido en esta cuestión⁸, que 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”.

En consecuencia cuando el juez constitucional ha verificado una vulneración a uno o varios derechos fundamentales por existir elementos de juicio en el expediente en tal sentido, su decisión será una orden imperativa dirigida a restaurar y hacer efectivo el derecho vulnerado. El acatamiento de esta orden por su destinatario debe ser inmediato, total e ineludible. De lo contrario el orden constitucional y la eficacia de las normas fundamentales continuarían quebrantándose.

5. Cumplimiento de las órdenes de tutela

En desarrollo de lo expuesto en el punto anterior, es fundamental reafirmar que el juez es el encargado de hacer cumplir la tutela y que como principio general es el juez de primera instancia el encargado de hacer cumplir la sentencia, ya que mantiene la competencia hasta tanto no se cumpla a cabalidad la orden.

En este sentido la sentencia T-458 de 2003¹⁰ señaló:

“Cuando hay incumplimiento deliberado de una orden de dar o de hacer o de no hacer, el juez que tenga competencia hará cumplir la orden con fundamento en los artículos 23 y 27 del

decreto 2591 de 1991. Si adicionalmente se ha propuesto el incidente de desacato, aplicará la sanción teniendo en cuenta que en éste la responsabilidad subjetiva”.

Igualmente, es imperativo insistir en que el sometimiento a las órdenes judiciales es uno de los pilares del concepto de Estado de derecho. Al respecto la sentencia T-190 de 2002¹¹ señaló lo siguiente:

“El cumplimiento de las órdenes judiciales representa uno de los aspectos centrales del Estado social de derecho porque es el pronunciamiento de la autoridad competente que por medio de la aplicación de la Constitución y la Ley define la situación jurídica en una controversia. Del cumplimiento de los fallos depende la confianza, el respeto, la convivencia pacífica y el legítimo uso de la autoridad en una sociedad democrática. Por ello, la reglamentación de la acción de tutela tiene previsto un procedimiento para cuando los fallos tomados en uso de esa acción ciudadana los jueces puedan hacer efectivas las órdenes dadas para proteger de manera efectiva y eficaz los derechos fundamentales de las personas. Si tales mecanismos no existieran, las órdenes de los jueces podrían quedar como un mero pronunciamiento inútil, huero e ineficaz.”

En cuanto al incumplimiento de fallos judiciales la Corte reiteradamente ha manifestado los nocivos efectos que ello genera dentro del orden jurídico, para acentuar la importancia de las facultades otorgadas al juez como garante de los derechos fundamentales:

Si el funcionario público o el particular a quien se dirige la orden no la cumple, se viola no solo el artículo 86 de la C. P., sino la norma constitucional que establece el derecho fundamental que se ha infringido, y la eficacia que deben tener las decisiones judiciales. De ahí las amplias facultades otorgadas al juez de tutela para que haga respetar el derecho fundamental¹².

6. Opción de presentar nueva tutela, especialmente cuando surge una violación adicional.

En el orden de ideas seguido por la Sala, se señala que si bien el principal papel del juez de tutela es hacer efectivo el cumplimiento de los fallos de tutela, la Corte ha considerado que en los casos en que se presente una violación por un mismo concepto, cuando la violación se mantenga o se agrave por otra u otras violaciones, el afectado podrá optar por insistir en el cumplimiento ante el juez competente o acudir nuevamente a la acción de tutela.

En este sentido la sentencia T-458 de 200313 expresó:

Puede ocurrir que se conjugue el mantenimiento de la violación y se agrave por otra u otras violaciones, en este caso, el afectado puede escoger entre insistir en el cumplimiento ante el juez competente o instaurar una nueva acción.

Concluye entonces la Sala de Revisión, que es al juez de instancia a quien corresponde conocer de los incumplimientos de los fallos de tutela y garantizar la efectiva protección a los derechos fundamentales, pero cuando la vulneración está mediada además por un riesgo adicional ocasionado por la negativa de las E.P.S a suministrar medicamentos y exámenes de carácter necesario, el accionante puede también recurrir nuevamente a la acción de tutela como medio expedito para la efectiva protección de sus derechos fundamentales.

1. El derecho a la salud en conexidad con la vida. El caso de los enfermos de SIDA. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional en jurisprudencia consolidada ha establecido, que en los eventos en los cuales la salud y la vida de las personas se encuentre grave y directamente comprometida, a causa de la negación al acceso a prestaciones de salud como operaciones, tratamientos, diagnósticos, drogas, y exámenes entre otros, bajo pretextos puramente económicos, aún contemplados en normas legales o reglamentarias, deben inaplicarse en el caso concreto cuando constituyan obstáculos para la protección solicitada, puesto que tales normas están supeditas a la supremacía Constitucional. En su lugar el juez de tutela debe amparar los derechos a la salud y a la vida teniendo en cuenta la prevalencia de los derechos fundamentales en juego.

Para tal fin el juez constitucional debe verificar si se presentan las condiciones que han sido determinadas por la jurisprudencia constitucional¹⁴ para que en estos casos proceda el amparo: (i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del

plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, ni pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; (iv) y que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

Respecto de la Carga Viral, debe decirse que su realización es gran trascendencia en la determinación y mejoría de la salud y la vida de un paciente con V.I.H.. La importancia de tal examen ha sido señalada en reiterada jurisprudencia en los siguientes términos:¹⁵

1. Es el examen más indicado médicamente para decidir el inicio o no de la formulación de antirretrovirales, corroborar si el tratamiento le está siendo suministrado al paciente en debida forma y definir si el programa antiviral es el indicado o no, para en su defecto cambiarlo.

2. Los resultados del examen, son vitales en la protección del derecho a la vida, puesto que se ha considerado que omitir en un momento dado el examen de carga viral, puede ocasionar una omisión grave en pacientes considerados como portadores del V.I.H.

3. Al no contar con el examen de carga viral, el médico tratante debe implementar una terapia antirretroviral empírica con desconocimiento del estado virológico del paciente infectado, lo cual puede acarrear que de no estar sometido a un tratamiento idóneo, el paciente puede desarrollar cepas de virus resistentes a los medicamentos que esté utilizando lo cual puede llevar a una falla virológica y un mayor compromiso del sistema inmunitario que aumenta el riesgo de infecciones.

Igualmente con relación al examen CD4, la jurisprudencia ha señalado su importancia junto con la de la Carga Viral, puesto que ambos son indispensables para determinar la efectividad de los tratamientos y controlar el progreso de la enfermedad¹⁶ y en su ausencia se corre el riesgo de que el paciente no reaccione positivamente a la enfermedad.¹⁷

En la sentencia T-849 de 2001¹⁸ el Ministerio de Salud expuso en los siguientes términos la importancia del examen CD4 en conexión con la Carga Viral:

“La carga viral, es un marcador de laboratorio que permite predecir, evaluar la eficacia de las

drogas antirretrovirales y hacer seguimiento a la respuesta del tratamiento antirretroviral. Las recomendaciones de los grupos de expertos y protocolos internacionales establecen que idealmente todo paciente infectado con el VIH antes de iniciar el tratamiento antirretroviral debe tener de base una carga viral (dos muestras, tomadas con dos o cuatro semanas de intervalo), y un recuento de linfocitos CD4+.”

“Como predictores independientes de la evolución clínica de los pacientes infectados con el VIH, el uso combinado de la carga viral y el recuento de linfocitos CD4+ hace una descripción completa de la evolución clínica individual del paciente y la respuesta a la terapia antirretroviral.”

Así entonces, tanto el examen CD4, como el de carga viral son fundamentales con relación al diagnóstico y tratamiento del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, ya que de no realizarse, se corre el riesgo de que el paciente no reaccione positivamente a la enfermedad.

1. Caso Concreto

1. La Corte entra a estudiar si era factible la declaración de improcedencia en el caso en revisión, y en caso contrario establecer si los derechos a la salud y a la vida deben ampararse.

En cuanto a la tutela correspondiente al expediente T- 337 782, la Corte no entra a estudiar sus contenidos puesto que la pretensión en tal ocasión se dirigía a obtener una pensión de invalidez, objeto que no tiene relación alguna con la presente acción materia de revisión.

Respecto del otro proceso de tutela, para la Corte no hay duda de que en el presente caso no había lugar a la improcedencia de la acción, puesto que se concluyó del simple cotejo de la presente tutela y la correspondiente al expediente T- 608 213, que existió un hecho y una pretensión nueva, así como un motivo justificado para interponer la tutela en revisión, cual es la necesidad del accionante de proteger su salud, su dignidad y su vida.

De esta manera, si bien es claro que ambas tutelas, es decir la que fue fallada en sentencia del dieciocho de abril de 2003 por el Juzgado 19 Penal del Circuito y la presente acción objeto

de revisión, tienen similar sustrato - negación de prestaciones excluidas del POS por parte del instituto de seguros sociales E.P.S - y se presentan parcialmente con la misma pretensión - solicitud de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA -, también lo es que los hechos en que se sustentan, como ya se advirtió, son diferentes. Así, fue cuestión debatida y decidida en la primera tutela interpuesta ante el Juzgado 19 Penal del Circuito, lo relativo a la petición de entrega puntual y periódica de los medicamentos requeridos para el tratamiento del VIH/SIDA. Sin embargo en tal proceso no se solicitó y en consecuencia no se produjo pronunciamiento alguno con relación a la realización de los exámenes de Carga Viral y CD4. Además la nueva reticencia del Seguro Social a entregar los medicamentos ordenados por el médico tratante, implica un riesgo adicional para el accionante que justifica plenamente el haber acudido nuevamente al amparo en virtud de la garantía de sus derechos fundamentales.

De este modo, ante la existencia de un hecho y pretensión nuevas, el juez de instancia erró en la declaración de improcedencia, por demás negligentemente, puesto que un pequeño estudio de la tutela lo habría llevado claramente a tal conclusión.

En efecto el accionante manifestó textualmente en la acción de tutela que: “ha instaurado dos acciones por los mismos hechos y otros contra el Seguro Social”, y de tal afirmación el juez de instancia dedujo sin mayor examen, que el amparo era improcedente por haberse presentado otras tutelas por los mismos hechos que en ésta se exponen.

El a - quo, desconociendo su función de garante en la protección de los derechos fundamentales en sede de tutela, omitió verificar la necesaria conexión entre las tutelas a fin de configurar el presupuesto de hecho del citado artículo 38, es decir omitió constatar que se tratara de tutelas por los mismos hechos y derechos.

2. Al observar que no se cumple la triple identidad requerida para la existencia de una tutela temeraria (de hechos, partes y pretensiones) y/o improcedente , la Sala continuará con el estudio de la procedencia de la tutela en cuanto a los nuevos hechos y pretensión se refiere.

En este sentido, en el caso concreto se cumplen las condiciones para otorgar la tutela en cuanto que, como se expuso anteriormente, la jurisprudencia de la Corte de forma reiterada ha puesto de relieve la importancia de los medicamentos y de los exámenes en materia de

VIH/SIDA, siendo fundamentales para la salud y la vida del accionante e igualmente fueron ordenados por un médico adscrito a la EPS ISS.

En este punto debe la Sala señalar que la negativa a suministrar los medicamentos requeridos pone en peligro la vida, la salud y la integridad física del accionante de manera injustificada e incluso reprochable ya que tanto el tratamiento médico como el suministro de los medicamentos son necesarios para preservar la vida del accionante, y mejorar sus condiciones de salud, para que pueda llevar una existencia digna.

Por lo demás, esta actitud, lejos de preservar las finalidades que corresponden a la naturaleza de la acción de tutela, implica desconocimiento relativo a la obligación que tienen las empresas promotoras de salud de suministrar los medicamentos y ejecutar los procedimientos que requieren los enfermos y portadores del VIH/SIDA, aún en el caso de que los mismos se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud, cuando el derecho a la salud en conexidad con el de la vida se encuentre amenazado o vulnerado. En estas circunstancias es evidente que el amparo ha de prosperar. En tal sentido debe advertirse que la reticencia de las E.P.S a suministrar los tratamientos requeridos, conlleva un desgaste injustificado de la administración de justicia, además del sin sentido que se presenta cuando quienes padecen esa mortal enfermedad se ven obligados a hacer un uso reiterado de la tutela para hacer valer sus derechos cada vez que un médico tratante les formula un determinado medicamento u ordena un específico procedimiento para conservar la salud y neutralizar el riesgo que pueda correr su vida.

3. Respecto de la capacidad económica, es fácil evidenciar la ausencia de capacidad económica del actor para cubrir los exámenes y medicamentos requeridos, puesto que el actor padece de una enfermedad terminal en virtud de la cual ha perdido la mayor parte de su capacidad laboral, por lo que recibe del Seguro Social un ingreso por pensión de invalidez equivalente a un salario mínimo menos la deducción correspondiente al aporte de salud, que no se estima suficiente para sufragar todos sus gastos ordinarios además de los que implica su enfermedad.

En este sentido el Seguro Social debe tener presente la doctrina constitucional que aquí se reitera, relativa a la obligación que tienen las empresas promotoras de salud de suministrar los medicamentos y ejecutar los procedimientos que requieren los enfermos y portadores del

VIH/SIDA, aún cuando aquellos se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en los eventos en que derecho a la salud en conexidad con el de la vida se encuentre amenazado o vulnerado.

4. Finalmente y en consideración a que en las circunstancias del caso aparecen verdaderamente comprometidos derechos fundamentales cuya lesión puede seriamente arriesgar la vida, la dignidad o el derecho de trato especial del que son merecedoras las personas en condiciones de debilidad manifiesta, el la Sala de Revisión revocará el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito, y en su lugar dispondrá conceder la tutela de los derechos a la vida, a la seguridad social y a la vida, a fin de que el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca preste la atención médica correspondiente al tratamiento que debe continuarse, respecto de los exámenes y medicamentos requeridos que le garanticen unas condiciones de vida digna al tutelante.

Teniendo en cuenta que los exámenes referidos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, la Corte reconoce que la E.P.S. Seguro Social tiene derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad Social en Salud (FOSYGA), por el costo de lo que deba asumir en cumplimiento de este fallo.

VII. 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 Política,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito el 23 de mayo de 2003, y en su lugar TUTELAR los derechos a la salud y seguridad social por conexidad con los derechos a la vida y a la dignidad del señor JONHATAN TALERO BARRERO.

SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Seccional Cundinamarca y D.C., que dentro de las 48 horas siguientes a la fecha de la notificación del presente fallo, efectúe los exámenes CD4 y Carga Viral, requeridos por el actor y continúe suministrando los medicamentos ordenados por el médico tratante.

Así mismo, se declara que le asiste derecho a la E.P.S. Seguro Social, Seccional Cundinamarca y D.C. de repetir contra el Fondo de Solidaridad Social en Salud (FOSYGA), lo que pague en cumplimiento de lo establecido en la presente sentencia.

TERCERO: Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General

1 T-1014 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En esta sentencia la Corte señaló, que la presunción de la Buena Fe dentro del proceso y por ende respecto del juramento, implica a su vez lealtad, buena fe, veracidad, probidad y seriedad.

2 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

3 Al respecto véanse las sentencias T-300/96. MP., T-082/97, T-080/98 y T-303/98.

4 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 T-1014 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

8 T-428 de 1998, T-030 de 1994, T-059 de 1997 y T-088 de 1998

9 SU-562/99 y T- 730-99

10 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta sentencia la Corte estableció las diferencias entre el incumplimiento y el desacato, resaltando como deber prioritario del juez, el hacer que sea efectivo el respeto a los derechos fundamentales

11 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

12 Sentencia T-458 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

13 Ibídem.

14 En el mismo sentido puede consultarse, entre otras, las sentencias SU-111 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-283 de 1998, T-560 de 1998, SU-089 de 1999, T-876 de 1999, T-228 de 2000, T-236 de 2000, T-409 de 2000, T-797 de 2001, T-447 de 2002, y T- 600 de 2003.

15 Ver entre otras sentencias T-279 de 2002, T-849 de 2001, T- 1018 de 2001, T - 600 de 2003. T- 063 de 2001 y T-1018 de 2001,

16 T-849 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17T-600 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

18 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.