

Sentencia T-922/09

DERECHO A LA SALUD-Fundamental

DERECHO A LA SALUD-Instrumentos internacionales de reconocimiento

DERECHO A LA SALUD-Acceso a servicios de salud que se requieran estén incluidos o no dentro del POS

RECOBRO AL FOSYGA-Aplicación del artículo 14 literal J de la Ley 1122 de 2007

MEDICO TRATANTE-Concepto

DERECHO A LA SALUD-Vulneración por la EPS

Una Entidad Promotora de Salud vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando omite estudiar y controvertir el servicio en salud ordenado por un médico no adscrito a dicha EPS; y en consecuencia, no lo autoriza. En igual manera, desconoce dicho derecho cuando, con razones diversas a las técnicas o científicas, decide no autorizar la prestación del servicio requerido. También se quebranta cuando, producto de una consulta ante un médico adscrito a la EPS que no arroja una valoración o diagnóstico alguno, la persona se ve obligada a acudir a una institución de carácter particular.

CAPACIDAD ECONOMICA EN CASOS DE SALUD Y JUEZ DE TUTELA/PRESUNCION DE CAPACIDAD ECONOMICA-Respecto de quienes efectúan aportes al régimen contributivo

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Alcance

ACCION DE TUTELA-Práctica de Ecocardiograma modo M y bidimensional

ACCION DE TUTELA-Suministro de medicamentos requeridos

Referencia: expedientes T-2266361, T-2271452, T-2279201, T-2284865, T-2288903 T-2296217 y T-2298925

Acciones de tutela instauradas por Ludivia Rengifo Orrego contra Cafesalud EPS y otros; Hubert Fernando Ospina Puerta contra Ministerio de Defensa Nacional y otros; Patricia Idalidt Jara Jara contra Cafesalud EPS; Ana Lilia Rosero Valenzuela contra Mallamas EPS y otros; Nimia González Valencia contra la Secretaría de Salud Departamental del Valle; Hernando Arboleda contra SOS EPS y otro y Jairo Ramón Fajardo Dueñas contra la Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales de Barranquilla.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, María Victoria Calle Correa y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente: SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cali (T-2266361); el Tribunal Superior de Bucaramanga - Sala Civil-Familia y la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia (T-2271452); el Juzgado Primero Municipal con Funciones de Conocimiento de Soacha (T-2279201); el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales (T-2284865); el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Cali (T-2288903); Juzgado Doce Civil Municipal de Cali (T-2296217) y el Tribunal Superior de Barranquilla - Sala Penal (T-2298925) dentro de los respectivos procesos de acción de tutela.

Luego de la acumulación, esta Sala procedió, mediante Auto de 4 de septiembre de 2009, a adoptar - en los casos que lo hacían necesario - medidas provisionales tendientes a garantizar los derechos de los peticionarios. De forma similar, se ordenó a las entidades accionadas rendir informe sobre su cumplimiento. En la presente sentencia, la Sala resolverá si confirma o no las medidas cautelares adoptadas en cada caso.

Así las cosas, se empezará por describir el sustento fáctico de cada uno de los asuntos acumulados, luego se resumirá la actuación surtida por la Corte Constitucional; se

realizarán unas consideraciones generales sobre el derecho fundamental a la salud y posteriormente se aplicarán las reglas jurisprudenciales esbozadas por esta Corporación a cada caso particular.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T- 2266361

1.1 Hechos

El 16 de diciembre de 2008, la señora Ludivia Rengifo Orrego presentó acción de tutela contra Cafesalud EPS, buscando la protección de sus derechos constitucionales a la vida, igualdad y salud, de conformidad con los siguientes hechos:

- * Señala que es una campesina de escasos recursos, proveniente de la vereda Punta larga, Corregimiento Primavera del Municipio de Bolívar (Valle del Cauca), inscrita en el Sisben nivel 1, haciendo parte del régimen subsidiado de seguridad social.
- * Comenta que el 25 de enero de 2008 sufrió infarto agudo de miocardio, el cual requirió tratamiento en unidad de cuidados intensivos.
- * No obstante, a pesar de haber sido tratada de manera satisfactoria y dada de alta con estrictas indicaciones médicas, la actora continuó - en los meses subsiguientes - en delicado estado de salud, sufriendo de agotamiento y asfixia, síntomas los cuales le han impedido caminar normalmente y desarrollar actividad productiva alguna.
- * Posteriormente, la accionante fue sometida a un procedimiento quirúrgico mediante el cual se le implantó una prótesis mitral biológica, con el fin de mejorar el funcionamiento de su corazón.
- * Para evaluar los resultados de la operación, el médico tratante de la Sra. Rengifo Orrego ordenó la práctica de una serie de exámenes diagnósticos.

* Relata la peticionaria que acudió ante Cafesalud EPS para solicitar la práctica de dichos exámenes.

* Cafesalud EPS, obrando de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 306 de 2005 “por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado”, negó la práctica de los exámenes solicitados. Por su parte, la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, amparada en el acuerdo anteriormente citado y en el Acuerdo 395 de 2008, manifestó que la práctica de dichos exámenes era de competencia de la EPS.

Como consecuencia de lo anterior, la actora pretende que se le realice “todo el tratamiento y exámenes necesarios” para que así no se le “vulnere el derecho fundamental y más importante que es vivir.”

1.2 Contestación de las entidades demandadas

1.2.1 Cafesalud EPS

Dentro del término legalmente establecido para ello, Cafesalud EPS presentó escrito de contestación de la acción de tutela en donde manifestó que, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, “la obligación de prestar el servicio POS-S solicitado, corresponde directamente a la dirección seccional de salud del departamento.” De la misma manera, consideró Cafesalud EPS - citando precedente constitucional en la materia - que las reglas jurisprudenciales relativas al otorgamiento de medicamentos y tratamientos médicos no comprendidos dentro de los planes obligatorios de salud no resultaban aplicables para el presente caso. Finalmente, el apoderado judicial de Cafesalud EPS manifestó que, en todo caso, su poderdante tenía derecho a obtener el recobro pronto y efectivo de los montos desembolsados en el evento que se ordenara la prestación de los servicios solicitados por la accionante.

1.2.2. Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca

Vinculada en debida forma la Secretaría referenciada por parte del juez de primera instancia, no intervino en el trámite de esta acción de tutela.

1.2.3. Secretaría de Salud Municipal de Santiago de Cali

La Secretaría de Salud Municipal de Santiago de Cali, por su parte, sostuvo que carecía de legitimación en el extremo pasivo de la presente controversia por cuanto la accionante “no aparece en el régimen contributivo, ni en el régimen subsidiado ni tampoco en el Sisben del Municipio de Cali”. Adicionalmente, resaltó que la peticionaria figuraba en el Sisben del Municipio de Yumbo y que, en consecuencia, la solicitud de amparo debía dirigirse contra dicho municipio. Asimismo, afirmó que, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, “quien tiene la competencia para prestarle los servicios de salud requeridos a la accionada es la Gobernación del Valle, a través de la Secretaría de Salud Departamental”.

1.3 Sentencia objeto de revisión

En sentencia del dos (2) de enero de dos mil nueve (2009), el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, negó, por improcedente, la solicitud de tutela. El a quo sostuvo que la accionante no aportó, ni con en el memorial de tutela, ni en la oportunidad procesal otorgada para ello, orden de medicamento o procedimiento expedido por el médico tratante; como tampoco formato de negación de prestación de servicios médicos por parte de Cafesalud EPS; ni constancia que dichos medicamentos fueran sometidos a consideración del Comité Técnico Científico (CTC).

En consecuencia, el juez señaló que “no existe objeto sobre el cual pueda recaer” la protección de los derechos invocados por la peticionaria. En efecto, y contrario a lo expresado por la actora en el escrito de tutela, el juzgador concluyó que los derechos de la Sra. Ludivia Rengifo Orrego habían sido protegidos en todo momento por las entidades accionadas, como bien lo acredita, a juicio del a quo, la cirugía coronaria practicada a la actora el 14 de abril de 2008.

1.4 Pruebas

* Folios 4 y 5, fotocopias de la cédula de ciudadanía y carné del Sisben de la señora Ludivia Rengifo Orrego.

* Folio 6, solicitud de práctica de exámenes médicos de la señora Ludivia Rengifo Orrego,

de fecha 8 de septiembre de 2008.

* Folio 7, formato de negación de servicios de salud de Cafesalud EPS del 16 de septiembre de 2008.

* Folios 13 y 14, cartas de la Secretaría Departamental del Valle del Cauca a Cafesalud EPS, en donde se niega autorización para la prestación de los servicios solicitados.

* Folios 15 a 30, historia clínica de los diagnósticos y procedimientos médicos practicados a la accionante

* Folios 41 a 43, constancias secretariales del Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Conocimiento de Cali, que la Sra. Rengifo Orrego no responde a los requerimientos judiciales para aportar prueba alguna de las órdenes médicas que no han sido atendidas por los accionados.

2. EXPEDIENTE T-2271452

2.1 Hechos

La señora Orfelina Puerta Arteaga presentó el 10 de diciembre de 2008, en representación de su hijo Hubert Fernando Ospina Puerta, acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares, Ejército Nacional, Dirección Nacional de Sanidad Militar, Hospital Militar Regional de Bucaramanga, Segunda División, Quinta Brigada, buscando la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social basándose en lo siguiente:

* Cuenta la accionante que Hubert Fernando Ospina Huerta se desempeñó como soldado profesional en la "móvil Núm. 5" situada en Tame (Arauca), estando afiliado al sistema de salud de las Fuerzas Militares.

* Sostiene que desde el año 2007 ha sufrido problemas de esquizofrenia, para lo cual ha recibido tratamiento médico-psiquiátrico.

* Comenta que el 10 de octubre de 2008, mediante Acta Núm. 368, el Comité Técnico

Científico del Hospital Militar Regional de Bucaramanga "Hosmir" aprobó el suministro del medicamento "Pipotiácina Ampollas 100 Mgr" a su hijo, por el término de 1 año.

* Posteriormente el médico tratante, Dr. Juan Carlos Ramos, expidió las fórmulas médicas Núm. 37084, 37085 y 37086, mediante las cuales ordenó el medicamento arriba mencionado.

* Asevera finalmente que el dispensario del Batallón Caldas negó el suministro de los medicamentos "por cuanto no estaban autorizados para la compra."

Como consecuencia de lo anterior, la Sra. Puerta Arteaga solicita que se le ordene a la parte accionada la entrega inmediata de los medicamentos requeridos, para así proteger el derecho a la salud y a la vida de su hijo Hubert Fernando Ospina Huerta.

2.2 Contestación de las entidades demandadas

Las entidades accionadas omitieron pronunciarse al respecto dentro del término establecido para ello.

2.3 Decisiones judiciales objeto de revisión

2.3.1. Sentencia de Primera Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia del 18 de diciembre de 2008, decidió amparar los derechos fundamentales del agenciado. El juez de conocimiento, luego de valorar las pruebas aportadas por la actora y la conducta "negligente de la parte accionada, consistente en no contestar esta tutela, en no dar respuesta a las preguntas de carácter médico que el Despacho le elevó, en no allegar prueba alguna del carácter técnico o científico que contradiga las presentadas por el actor", encontró efectivamente vulnerado el derecho a la salud del soldado Hubert Fernando Ospina Puerta.

2.3.2. Impugnación de la entidad accionada

Inconforme con la decisión, el Director de Sanidad del Ejército Nacional, Coronel Jorge

Enrique Maldonado Escobar, presentó escrito de impugnación, en el cual solicitó la declaratoria de nulidad de todo lo actuado por cuanto, a su juicio, “en ningún momento se notificó formalmente a esta Dirección de Sanidad, que en su contra se adelantaba la aludida acción de tutela, para que ejerciera su derecho fundamental de defensa”. Aseveró que el soldado Hubert Fernando Ospina Puerta había sido declarado, mediante Acta de la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército de fecha 31 de octubre de 2007, no apto para la actividad militar y que en consecuencia, la forma de desatar las controversias relacionadas con dicha decisión era a través de la “Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en vía de acción ordinaria”. Adicionalmente afirmó que el peticionario, al carecer de vínculo con las Fuerzas Militares, no tenía derecho a los medicamentos requeridos. En efecto, el impugnante señaló que la evolución satisfactoria de las afecciones mentales del soldado, al momento de ser separado del ejército no hacía necesario “la intervención médica y la continuidad de los servicios por parte de la Fuerza”.

2.3.3. Segunda Instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 13 de marzo de 2009, revocó el fallo impugnado. A juicio de la Sala, la Sra. Orfelina Puerta Arteaga carecía de legitimación para ejercer la acción de tutela pues “omitió demostrar en debida forma la particular condición necesaria para abogar en este trámite por los derechos de la persona presuntamente afectada en manera directa.” En efecto, según dicha Corporación, “el hecho que la señora Puerta Arteaga sea la progenitora de Hubert Fernando Ospina Puerta y que éste padezca de “esquizofrenia paranoide” con episodios de violencia y dolores de cabeza no la habilita para ejercer su representación, porque éste es mayor de edad y ella no actúa como agente oficiosa de su hijo.”

2.4. Pruebas

De los elementos probatorios obrantes en el expediente, la Sala destaca los siguientes:

* Folios 1 a 3, fotocopias de la cédula de ciudadanía y carné de servicios de salud de la

Dirección de Sanidad Militar de Hubert Fernando Ospina Puerta; y fotocopia del documento de identidad de la Sra. Orfelina Puerta Arteaga.

* Folios 4 a 10; 16 y 17, historia clínica de los diagnósticos médicos practicados al soldado Hulbert Fernando Ospina Puerta.

* Folios 11 y 12, fotocopias de las fórmulas médicas Núm. 375084, 37085 y 37086 expedidas por el médico tratante Dr. Juan Carlos Ramos.

* Folios 13 y 14, fotocopia del acta Núm. 368 de la sesión Núm. 50 del Comité Técnico Científico "Hosmir" del Hospital Militar Regional de Bucaramanga.

3.1 Hechos

La señora Patricia Idalidt Jara Jara presentó el 26 de marzo de 2009, acción de tutela contra Cafesalud EPS, solicitando la protección de su derecho a la salud, a partir de la siguiente situación fáctica:

* Señala la peticionaria que ha sido cotizante a Cafesalud EPS desde hace aproximadamente 7 años.

* Comenta que sufre de múltiples dolores en el útero y que en razón de ello, acudió a sendos médicos adscritos a la EPS anteriormente mencionada, los cuales le ordenaron "tratamiento integral de infertilidad femenina"

* Insatisfecha con el tratamiento y sin notar mejoría, solicitó consulta médica particular con Profamilia, donde le ordenaron la práctica de una laparoscopia para extirparle la miomatosis uterina detectada.

* Manifiesta que su médico tratante le indicó que dicho procedimiento no podía ser cubierto por Cafesalud EPS "por tratarse de un evento no contemplado dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS)".

Como consecuencia de lo anterior, la Sra. Jara Jara presentó acción de tutela solicitando que, en vista de su imposibilidad económica para sufragar el procedimiento médico

y del progresivo deterioro de su salud, se ordene a Cafesalud EPS a practicarlo sin ningún costo.

3.2 Contestación de la entidad demandada

La entidad accionada, Cafesalud EPS no emitió pronunciamiento alguno dentro del trámite de esta acción de tutela.

3.3 Sentencia objeto de revisión

En sentencia del 17 de abril de 2009, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Soacha, negó la solicitud de tutela. Advirtió, en primer lugar, que la solicitud de práctica del procedimiento médico ordenada por el médico de Profamilia no había sido elevada a Cafesalud EPS y que, en consecuencia, no existía manera alguna en que la entidad accionada hubiera quebrantado el derecho a la salud de la peticionaria. Adicionalmente, señaló que aún en el evento que Cafesalud EPS se hubiese negado a practicar el procedimiento, de igual manera no podía conceder el amparo solicitado, por cuanto, de conformidad con el precedente constitucional al respecto, “no se puede obligar a una Entidad Promotora de Salud que dé estricto cumplimiento a una orden médica cuando ha sido expedida por un médico particular, que no se encuentra adscrito a tal entidad”.

3.4 Pruebas

Del material probatorio allegado a esta Corporación, la Sala destaca lo siguiente:

* Folios 6 y 7, fotocopias de la cédula de ciudadanía y documento de afiliación a Cafesalud EPS de la señora Patricia Idalidt Jara Jara.

* Folio 9, informe de ecografía de Profamilia de la Sra. Jara Jara con interpretación “Miomatosis Uterina”.

* Folios 23 a 26, acta de diligencia de declaración rendida por la Sra. Jara Jara el 1 de abril de 2009.

* Folios 30 a 35, historia clínica de los diagnósticos médicos practicados a la peticionaria por parte de Profamilia.

* Folios 38 y 39, informe del Departamento de Calidad y Auditoría Médica de la Clínica Juan N. Corpas sobre la condición médica de la Sra. Jara Jara.

4. EXPEDIENTE T-2284865

4.1 Hechos

El señor Libardo Efraín Romero Valenzuela, actuando en calidad de personero municipal de El Contadero (Nariño) y en nombre de la señora Ana Lilia Rosero Valenzuela, presentó el 24 de marzo de 2009, acción de tutela en contra de Mallamas EPS y el Instituto Departamental de Salud de Nariño, pretendiendo la protección de “los principios fundamentales de dignidad humana, solidaridad, primacía de los derechos inalienables y la garantía fundamental a la vida digna, en conexidad con los derechos a la Salud y Seguridad Social” de aquella, a partir de lo siguiente:

* Comenta el accionante que la Sra. Rosero Valenzuela se encuentra inscrita en el Sisben nivel 1, haciendo parte del régimen subsidiado de seguridad social.

* Señala que la agenciada ha sufrido de varices en los miembros inferiores desde hace varios años, lo cual le ha impedido caminar y laborar normalmente.

* Manifiesta que producto de dichas dolencias, solicitó los servicios en salud de la Empresa Social del Estado Sagrado Corazón de Jesús del Municipio de El Contadero, la cual la remitió al Hospital Civil de Ipiales, donde se le ordenó la práctica de una “ecografía doppler venosa bilateral”

* Indica que la Sra. Rosero Valenzuela acudió a su ARS - Mallamas EPS - solicitando la realización del examen, el cual le fue negado por cuanto “se trata de una prestación que se encuentra dentro de las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud POS-S”

Como consecuencia de lo anterior, el Sr. Romero solicita que se le ordene a las entidades accionadas la práctica inmediata, y sin ningún costo, del examen diagnóstico requerido, para así proteger los derechos a la salud y a la vida de Ana Lilia Rosero Valenzuela.

4.2 Contestación de las entidades demandadas

4.2.1. Mallamas EPS

En el término proveído para ello, Mallamas EPS dio contestación a la acción de tutela, señalando que de conformidad con lo establecido en la Ley 715 de 2001 corresponde a la entidad territorial, sea departamento, distrito o municipio, la prestación de los servicios en salud en lo no cubierto por el Plan Obligatorio de Salud.

4.2.2. Instituto de Salud Departamental de Nariño

La directora y representante legal del Instituto de Salud Departamental de Nariño, Ana Belén Arteaga Torres, presentó escrito de contestación, manifestando que dicha entidad no intenta “desconocer las competencias asignadas por ley” respecto de la prestación de servicios de salud por fuera del POS-S, sino que debido a “la crisis financiera y presupuestal por la cual atraviesa”, de prestar ese tipo de servicios médicos sin tener certeza sobre los recursos financieros con los cuales las Entidades Territoriales contarán para tales efectos, “el sistema muy seguramente colapsará y el ISDN no tendrá recurso alguno para cumplir con sus competencias legales y garantizar la atención en salud a la población pobre y vulnerable.”

4.3 Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales, mediante sentencia del 20 de abril de 2009, negó el amparo constitucional solicitado. Señaló que “en aquellos casos en los que la salud y la vida de un individuo se encuentren seriamente comprometidas, si no se efectúa un procedimiento quirúrgico o no se suministra un medicamento o se realiza un examen, con el argumento de que éstos se encuentran excluidos del POS por así disponerlo una norma legal o reglamentaria, el juez de tutela con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política, deberá inaplicarla.” Sin embargo, en el caso

particular, indicó que - debido a que la Sra. Rosero Valenzuela contaba con cuotas parte en 3 propiedades, y que la no práctica del examen no acarrearía peligro inminente para su vida - no se daba el presupuesto constitucional de necesidad para el otorgamiento del amparo en salud solicitado.

4.4 Pruebas

* Folios 9 y 10, fotocopias de la cédula de ciudadanía y documento de afiliación a Mallamas EPS de la señora Ana Lilia Rosero Valenzuela.

* Folios 11 y 12, historia clínica de los diagnósticos médicos practicados.

* Folio 13, formato de negación del servicio médico de “ecografía doppler venosa bilateral” a la agenciada, de parte de Mallamas EPS.

* Folio 30, informe del Hospital Civil de Ipiales ESE sobre la condición médica de la Sra. Rosero Valencia.

* Folios 44 y 45, actas de las declaraciones rendidas por Candida Elizabeth Yepes Chamorro y Manuel Emilio Huertas Chamorro sobre las condiciones sociales y económicas de la agenciada.

5. EXPEDIENTE T-2288903

5.1 Hechos

La señora Nimia González Valencia, actuando en nombre de su hijo, el menor Janner González Valencia, presentó acción de tutela en contra de la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, solicitando la protección de los derechos a la salud y a la vida, a partir de los siguientes hechos:

* Cuenta la Sra. González Valencia que su hijo de 3 meses, Janner González Valencia, sufre de síndrome de down y de afecciones al corazón que hacen necesaria la

práctica de un cateterismo cardíaco.

* En razón de lo anterior, manifiesta la accionante que dicho procedimiento - aprobado por la Clínica Valle del Lili - no ha sido realizado por la Secretaría Departamental del Valle del Cauca, por cuanto "no se ha realizado la asignación presupuestal".

Como consecuencia de lo anterior, la Sra. González Valencia pide que se le ordene a la entidad accionada la práctica inmediata, sin ningún costo, del procedimiento médico requerido, para proteger los derechos a la salud y a la vida del menor Janner González Valencia.

5.2 Contestación de la entidad demandada

El Sr. Hector Fabio Useche de la Cruz, Secretario Departamental de Salud del Valle del Cauca, intervino en el trámite de la presente tutela, manifestando que dicha entidad "no es una institución prestadora de servicios de salud, pues su competencia es garantizar el acceso a los servicios de salud a la población pobre y vulnerable no asegurada, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones de acuerdo a la Ley 715 de 2001". Señaló también que la presente acción de tutela carecía de objeto, por cuanto el menor falleció el 8 de abril de 2009, como consecuencia de un paro cardiorespiratorio, el cual estuvo precedido de las siguientes actuaciones:

* Cuenta que el 18 de marzo de 2009, la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca gestionó la remisión del menor con el Hospital Universitario del Valle, pero que allí "no se contaban con los medios para realizar el procedimiento".

* Indica que su entidad gestionó con la red privada (Fundación Valle de Lili) para realizar el procedimiento quirúrgico, en donde la Dra. Pérez consideró que la operación "no es una urgencia vital" y que, en consecuencia, debía realizarse de forma programada.

* Manifiesta que el 27 de marzo de 2009, el menor se encontraba estable y "esperando la cita para realizar la angiografía".

* Señala que el 8 de abril sufrió un paro cardiorespiratorio, por lo cual se le “reanimó y se entubó” requiriendo atención en la unidad de cuidados intensivos, lo cual sin embargo, no logró salvar la vida del paciente.

5.3 Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia del 22 de abril de 2009, denegó por carencia actual de objeto material la solicitud de tutela. Para sustentar su decisión, sostuvo el juez - citando jurisprudencia constitucional - que “si durante el trámite de la acción de tutela, se consuma totalmente el daño y no es posible proteger el derecho invocado, la tutela pierde su razón de ser, dado que en tales condiciones el juez de tutela no puede impartir orden eficaz alguna.” Y refiriéndose al caso en concreto, concluyó que “en esta ocasión, se probó que el deceso del ofendido ocurrió el 8 de abril de 2009, razón por la cual se hace inocua cualquier orden encaminada a asegurar que reciba la atención médica requerida.”

5.4 Pruebas

* Folios 5 y 6, fotocopia de cédula de ciudadanía de la Sra. Nimia González Valencia y registro civil de nacimiento del menor Janner González Valencia.

* Folios 2 a 4, historia clínica de los diagnósticos y tratamientos médicos practicados al menor Janner González Valencia.

6. EXPEDIENTE T-2296217

6.1 Hechos

* Comenta el Sr. Hernando Arboleda que padece cáncer terminal en el duodeno.

* Cuenta que en razón de su enfermedad estaba siendo tratado por el Servicio Occidental de Salud, SOS EPS, con una combinación de medicamentos prescritos por su médico tratante para mitigar su dolor y evitar la expansión de su enfermedad.

* Manifiesta que fue despedido de la empresa constructora “Patios de la Flora de Cali” por su constante incapacidad para trabajar.

* Indica que como consecuencia de lo anterior, fue retirado de SOS EPS y que, a partir de marzo de 2009, dicha entidad no le ha seguido suministrando la atención en salud requerida, por no contar con una afiliación vigente.

Como consecuencia de lo anterior, el peticionario solicita que se le ordene a SOS EPS prestarle todos los servicios médicos necesarios y suministrarle todos los medicamentos requeridos para así asegurar la protección efectiva de su derecho a la salud.

6.2 Contestación de la entidad demandada

En escrito del 26 de septiembre de 2006, el apoderado de SOS EPS dio respuesta a la presente acción de tutela manifestando que el Sr. Arboleda no cuenta con una afiliación vigente y que, en consecuencia, de conformidad con el precedente constitucional al respecto, las EPS no están obligadas a prestar servicios en salud a personas que se encuentren por fuera del sistema de seguridad social. Asimismo, sostiene que “existen otras herramientas para las personas que no se encuentran afiliadas a una EPS, alternativas que le permiten acceder a la prestación de los servicios que requieran en beneficio de su salud”.

6.3 Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Doce Civil Municipal de Cali, mediante sentencia de 8 de mayo de 2009, negó la solicitud de amparo constitucional. Indicó el fallador que la entidad no estaba en la obligación de prestarle servicios de salud al accionante, debido a que aquel no tenía contrato de afiliación vigente con SOS EPS pues había terminado su contrato de trabajo y, hasta la fecha, tampoco figuraba como afiliado en calidad de trabajador independiente. Señaló también que si el accionante carecía de capacidad de pago para pertenecer al régimen contributivo, debía acercarse a la Secretaría de Salud Municipal de su localidad, para poder acceder al régimen subsidiado mediante su inscripción en el SISBEN.

6.4 Pruebas

De los elementos probatorios obrantes en el expediente, la Sala destaca los siguientes:

- * Folio 1, fotocopia de cédula de ciudadanía del Sr. Hernando Arboleda.
- * Folio 3, formato de “justificación médica para solicitud de medicamentos no POS” de parte de SOS EPS de fecha 26 de marzo de 2009.
- * Folio 4, constancia de afiliación de Hernando Arboleda a SOS EPS, del 16 de diciembre de 2002 hasta el 1 de marzo de 2009.
- * Folio 28, informe del Ministerio de la Protección Social respecto de la exclusión del medicamento “Oxaliplatino” del plan obligatorio de salud.
- * Folios 14 al 24, historia clínica del Sr. Hernando Arboleda hasta el 26 de marzo de 2009.

7. EXPEDIENTE T-2298925

7.1 Hechos

El señor Jairo Ramón Fajardo Dueñas presentó acción de tutela en contra de la Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales de Barranquilla, por considerar vulnerados sus derechos a la salud “o protección integral, en conexidad con los derechos a la vida digna, dignidad humana”, según los siguientes hechos:

- * Comenta el accionante que trabajó para la Armada Nacional durante más de 20 años, perteneciendo al régimen de seguridad social de las Fuerzas Militares.
- * Señala que en el año 2007 fue operado en el Hospital Militar de Bogotá por sufrir cáncer de próstata.
- * Manifiesta que como efectos secundarios del procedimiento quirúrgico realizado, sufre

de incontinencia urinaria, lo cual le produce gastos en pañales desechables que ascienden a la suma de ciento veinte mil pesos \$120.000 mensuales.

* Sostiene el peticionario que debido a su avanzada edad, sus condiciones de salud y su capacidad económica, le es imposible “mantener este gasto”.

Como consecuencia de lo anterior, el peticionario solicita que se le ordene a la entidad accionada entregar de manera mensual 120 pañales desechables para adulto hasta su recuperación, para así asegurar la protección efectiva de su derecho a la salud.

7.2 Contestación de la entidad demandada

El Jefe de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales de Barranquilla, en escrito del 26 de marzo de 2009, dio contestación a la presente acción de tutela. Señaló respecto de la solicitud de entrega de pañales que aquellos son “elementos de aseo personal” no incluidos dentro del POS de conformidad con el Acuerdo No. 002 de 2001 del Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Adicionalmente manifestó que el peticionario cuenta con una pensión vitalicia de retiro, la cual le permite asumir los costos de los pañales sin afectar - en modo alguno - su propia subsistencia. Finalmente, resaltó que la solicitud de amparo no estaba llamada a prosperar por cuanto el suministro de pañales no contaba con una prescripción médica, siendo ella una mera “petición personal”.

7.3 Sentencia objeto de revisión

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante sentencia del 1 de abril de 2009, denegó la solicitud de amparo constitucional. Dicha Corporación sostuvo que no se reunían los requisitos constitucionales para la inaplicabilidad del sistema especial de las Fuerzas Militares por cuanto “los pañales desechables no fueron prescritos por un médico tratante” y porque el actor contaba con “una pensión vitalicia que le brinda capacidad económica” para sufragarlos por su propia cuenta.

7.4 Pruebas:

* Folio 11, carta de la Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales de Barranquilla en la que se niega la solicitud de suministro de pañales.

* Folio 12, carta del Sr. Fajardo Dueñas a la Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales de Barranquilla solicitando la dotación de 120 pañales desechables mensuales.

* Folios 13, 14 y 24, historia clínica de los diagnósticos y tratamientos médicos practicados al peticionario.

* Folio 23, fórmula médica del Dr. Giovannys Guzmán, de la Clínica de Hemato, ordenándole al actor el uso de pañales desechables cada 6 horas.

I. ACTUACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Medidas Provisionales decretadas por la Sala Novena de Revisión

Esta Sala, mediante auto de 4 de septiembre de 2009 decretó las siguientes medidas provisionales para asegurar la protección de los derechos fundamentales invocados por los peticionarios:

- En el expediente T- 2266361, se ordenó a Cafesalud EPS que le autorizara a la peticionaria la práctica de los exámenes de “Glicemia +Creatinina Pre y Post+Perfil Lipídico+P. de O. + Hemograma y Ecograma M.B.D.”.

- En el expediente T-2284865 se ordenó a Mallamas EPS que le autorizara a la Sra. Ana Lilia Rosero Valenzuela la práctica de una “ecografía doppler venosa bilateral” para continuar el tratamiento de sus várices.

- En el expediente T-2296217 se ordenó a SOS EPS que le suministrara al accionante el medicamento “Flouracilo 500mg” que requiere para tratar su cáncer de duodeno

- En el expediente T-2298925 se ordenó a la Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales ARC de Barranquilla que le suministrara al Sr. Jairo Ramón Fajardo Dueñas una dotación de 120 pañales mensuales para su incontinencia urinaria severa.

1. Pruebas decretadas por la Sala Novena de Revisión

2.1 Expediente T-2298925

Mediante Auto de fecha 31 de agosto del presente año, la Sala ordenó que por Secretaría General se oficiara al Sr. Hernando Arboleda, para que en el término de tres (3) días allegara alguna orden médica, resultado de examen diagnóstico o documento médico cualquiera relacionado con el cáncer de duodeno que padecía, de fecha anterior al 1 de marzo de 2009. De la misma forma, en el numeral segundo, se ordenó que por Secretaría General, se oficiara a la EPS SOS para que remitiera la historia clínica completa del accionante.

Así, mediante oficio de la Secretaria General de esta Corporación de fecha 24 de septiembre de 2009, se anexaron algunos documentos remitidos por el peticionario vía fax pertenecientes a su historia clínica de fecha anterior al 1 de marzo de 2009. Sin embargo, respecto de la orden impartida a la EPS, según informe de Secretaría General de esta Corporación, el término para pronunciarse sobre el presente caso venció en silencio.

2.2 Expediente T-2298925

Mediante Auto de fecha 31 de agosto del presente año, esta Sala ordenó que por Secretaría General, se oficiara al Fondo de Retiro de las Fuerzas Militares, para que en el término de tres (3) días informara a esta Corporación sobre el monto mensual de la asignación de retiro del Suboficial Jefe Retirado, Sr. Jairo Ramón Fajardo Dueñas. De la misma forma se ordenó que por Secretaría General se librara despacho comisorio a la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, para que dentro de los tres (3) días escuchara en declaración juramentada al accionante de tutela para que respondiera ciertos interrogantes.

Ante el cambio de domicilio del peticionario, mediante Auto de 14 de octubre de 2009, se

ordenó que por Secretaría General se oficiara al actor para que absolviera el siguiente cuestionario:

1. “¿Por cuántas personas está compuesto su núcleo familiar?”
2. “¿Cuántas personas dependen económicamente de usted?”
3. “¿Cuál es el monto mensual de su asignación de retiro como Suboficial Jefe de la Armada Nacional?”
4. “¿Cuenta con alguna fuente de ingresos diferente a su pensión de retiro?”
5. “¿En cuántos rubros se descomponen sus gastos mensuales (Servicios públicos, necesidades básicas, créditos, impuestos)? ¿Cuál es el monto aproximado de cada uno de ellos?”

Así, mediante oficio de la Secretaria General de esta Corporación de fecha 18 de septiembre de 2009, se anexó escrito vía fax remitido por el Fondo de Retiro de las Fuerzas Militares en donde se señala la asignación mensual de retiro del accionante.

Del mismo modo, mediante oficio de la Secretaría General de 23 de octubre de 2009, se allegó respuesta al cuestionario formulado al reclamante.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión es competente para revisar las presentes decisiones de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Problemas Jurídicos

Sobre la base del análisis conjunto de los antecedentes expuestos, esta Sala observa que los asuntos puestos a su consideración se refieren, en esencia, a la negativa de las EPS accionadas de prestarle a los reclamantes la atención en salud que requieren, ya sean

medicamentos, exámenes o procedimientos médicos.

En efecto, en el expediente T-2266361 Cafesalud EPS le negó a la Sra. Ludivia Rengifo Orrego la práctica de algunos exámenes diagnósticos que requería para tratar su enfermedad coronaria, bajo el argumento de que la prestación de dichos servicios era competencia de la Secretaría de Salud Departamental del Valle. En el expediente T-2271452, la Dirección General de Sanidad Militar - Hospital Militar Regional de Bucaramanga negó al soldado Hubert Fernando Ospina Puerta el suministro oportuno de algunos medicamentos que necesitaba para tratar la esquizofrenia paranoide que padecía por cuanto no estaban autorizados para la compra. En el expediente T-2279201 Cafesalud EPS le negó a la Sra. Patricia Idalidt Jara la práctica de una laparoscopia prescrita por un médico particular para extirparle los miomas detectados bajo el argumento que dicho tratamiento estaba excluido del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo. De forma similar, en el expediente T-2284865 Mallamas EPS le negó a la Sra. Ana Lilia Rosero Valenzuela la práctica de algunos exámenes diagnósticos para continuar el tratamiento de sus várices bajo el argumento que estaban excluidos del POS y que en consecuencia, eran obligación de la Secretaría de Salud de Nariño. En el expediente T-2288903, la Secretaría de Salud del Valle negó la práctica inmediata de la atención en salud que el menor Janner González Valencia requería con urgencia por cuanto no “se contaban con los medios para realizar el procedimiento”. De igual modo, en el expediente T-2296217, SOS EPS le negó al Sr. Hernando Arboleda el suministro de los medicamentos que requería para mitigar los dolores provenientes de su cáncer terminal en el duodeno, bajo el argumento que aquel no contaba con una afiliación vigente con dicha entidad. Finalmente, en el expediente T-2298925, la Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales de Barranquilla negó al Sr. Jairo Ramón Fajardo Dueñas el suministro de pañales desechables para controlar su incontinencia urinaria severa bajo el argumento de que aquellos eran “elementos de aseo” personal no incluidos dentro del plan de beneficios aplicable a dicho régimen.

Así, la Sala reduce a tres los problemas jurídicos encontrados en los asuntos arriba mencionados, a saber:

2.2 ¿Desconoce el derecho fundamental a la salud de una persona una entidad que no le autoriza el acceso a un servicio en salud que requiere y que se le ha venido prestando

anteriormente, por el hecho de haber sido desvinculado laboralmente y en consecuencia, haber dejado de cotizar al sistema de seguridad social, quedando sin capacidad económica para costearlo por sí misma? (Expediente T-2298925)

2.3 ¿Desconoce el derecho fundamental a la salud de una persona una entidad que no le autoriza el acceso a un servicio en salud que requiere, por el hecho que aquél no ha sido formulado por el médico tratante adscrito a la EPS? (Expediente T-2279201)

Con el fin de ilustrar de manera clara y sencilla sobre los diferentes aspectos del derecho fundamental a la salud y los criterios de protección reseñados en la Sentencia T-760 de 2008, la Sala reiterará su jurisprudencia relacionada con: (i) el derecho al diagnóstico; (ii) el acceso a los servicios en salud que se requieren ; (iii) el acceso a los servicios POS y no POS (iv) el recobro por los servicios en salud; (v) los servicios en salud ordenados por el médico tratante; (vi) los criterios probatorios para acreditar la falta de capacidad económica en materia de salud; (vii) la integralidad y (viii) la continuidad en la prestación del servicio de salud. De igual modo, se referirá a las medidas adoptadas por las autoridades responsables del funcionamiento del sistema general de seguridad social en salud a partir de las órdenes generales dictadas en dicha decisión.

3. El Derecho Fundamental a la Salud

La jurisprudencia constitucional ha reconocido el carácter de fundamental del derecho a la salud.¹ También ha dicho que es un derecho complejo “por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y cantidad de acciones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general”².

La Corte ha expresado de manera uniforme y reiterada, siguiendo lo dispuesto en los instrumentos internacionales referentes a la materia, que el derecho a la salud “comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva.”³ Así, se ha hecho énfasis en que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos, pues su protección resguarda la dignidad de las personas.

En efecto, la Observación General Número 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entidad encargada de vigilar la aplicación del Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, señaló que “la salud es un derecho humano fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.” Así mismo, ha afirmado que el derecho a la salud comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible el imperativo de garantizar el más alto nivel posible de salud.⁵

Con todo, aún cuando resulta innegable su carácter fundamental, la Corte también ha establecido que ello no implica que todos los aspectos del derecho a la salud sean susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela. En efecto, los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho.⁶

En consecuencia, servicios en salud de naturaleza meramente estética, de fertilidad, de desintoxicación, de odontología excluidos del POS, entre otros, debido a que por regla general no afectan la vida, integridad y dignidad humana de las personas, no pueden ser solicitados por ahora mediante la acción de tutela⁷. Con todo, el principio de progresividad del sistema de salud colombiano impone que, en algunos años, cualquier tipo de servicio requerido podrá ser suministrado por el Estado.

Igualmente, también se ha sostenido de manera categórica, siguiendo lo establecido en el artículo 46 de la Carta Política, que los sujetos de especial protección, como las personas de la tercera edad, los niños y aquellos sujetos que sufren enfermedades catastróficas o ruinosas gozan de una protección reforzada en cuanto a su derecho fundamental a la salud⁸.

En conclusión, el contenido garantizado y exigible judicialmente a través de la acción de tutela por el derecho fundamental a la salud lo constituye el acceso a los servicios en salud que se requieren, en condiciones dignas⁹.

3.1 El derecho al diagnóstico

Uno de los aspectos más importantes del derecho fundamental a la salud la constituye el derecho al diagnóstico, es decir, todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad.” (Art. 4-10 Decreto 1938 de 1994)

La jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que el derecho al diagnóstico es el presupuesto de la prestación adecuada del servicio de salud, pues en virtud de aquel es posible “precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar.”¹⁰

Esta Corte ha protegido los siguientes aspectos comprendidos dentro del derecho al diagnóstico:

- i. la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente,
- ii. la calificación oportuna y completa de los exámenes por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso,
- iii. la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.
- iv. Adicionalmente, el diagnóstico debe garantizarse con calidad y oportunidad.¹¹

Así, esta Corporación ha señalado que “es inescindible el vínculo existente entre los derechos a la dignidad, a la salud, a obtener un diagnóstico y a la vida, pues existen casos en los cuales, de no obtenerse un diagnóstico a tiempo, el resultado ulterior termina siendo lamentable”¹².

Por tanto, una entidad desconoce el derecho fundamental a la salud de una persona cuando “no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado”¹³, evento en el que la acción de tutela es procedente para solicitar el respeto del derecho al diagnóstico.

4. El Acceso a los servicios en salud que se requieren

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado reiteradamente que la garantía básica del derecho fundamental a la salud consiste en que todas las personas deben tener acceso efectivo a los servicios que requieran, es decir, aquellos “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad.”¹⁴

La anterior regla implica que cualquier persona está legitimada para reclamar un servicio, tratamiento en salud o medicamento, sin importar si se encuentra actualmente contemplado o no en los Planes Obligatorios de Salud, pues lo que realmente interesa es (i) si de aquél depende la dignidad o integridad del peticionario; (ii) si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante o, si a pesar de haber sido indicado por otro galeno, no ha sido descartado o refutado científicamente por la EPS y (iii) si el peticionario carece de la capacidad económica para costearlo por sí mismo.

A continuación la Corte reiterará brevemente las reglas jurisprudenciales aplicables al respecto.

4.1. El Acceso a los servicios POS y no POS

El acceso a los servicios incluidos dentro de los Planes Obligatorios de Salud, independientemente de su denominación específica, es el contenido más básico del derecho fundamental a la salud. Cualquier violación a este derecho garantizado constitucional (Arts. 44 y 49 CN) y legalmente (Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007) por regla general es susceptible de ser amparado mediante acción de tutela.

Así, las condiciones para el reclamo mediante tutela de un servicio en salud incluido en el POS, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, son que aquel (i) haya sido ordenado por un médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud

correspondiente, (ii) sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad o algún derecho fundamental y (iii) haya sido solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud.”¹⁵

Ahora bien, respecto a los servicios en salud no incluidos en los planes obligatorios, es necesario distinguir entre el acceso a medicamentos y el acceso a tratamientos o servicios en salud propiamente dichos.

Respecto a los medicamentos no POS, los Acuerdos 83 de 1997 y 110 de 1998 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; las Resoluciones 5061 de 1997, 3797 de 2004 y la 2933 de 2006 del Ministerio de la Protección Social, regulaban el procedimiento para obtenerlos, es decir, el trámite para su aprobación ante el Comité Técnico Científico. Según dicha normativa, expedida luego de los primeros pronunciamientos judiciales respecto del derecho constitucional al acceso a medicamentos no POS, cuando un médico tratante adscrito a la EPS del solicitante ordene un medicamento no contemplado dentro del catálogo de servicios en salud del POS, aquél deberá remitir tal orden ante el respectivo Comité Técnico Científico, el cual basado exclusivamente en conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, decidirá si autoriza o no el medicamento¹⁶.

Asimismo, resulta pertinente reiterar que, de conformidad con la reglas vigentes, es el médico tratante y no el paciente el que tiene la carga de solicitar la autorización de los servicios en salud no POS y que, en consecuencia, una EPS viola el derecho a la salud de una persona “cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al comité.”¹⁷

Respecto al reclamo de servicios en salud diferentes a medicamentos (cirugías, tratamientos, procedimientos médicos, etc.), el sistema de salud, hasta la Sentencia T-760 de 2008, no contaba con un mecanismo diferente a la acción de tutela para hacerlos efectivos. Por esa razón, en dicha decisión, este alto Tribunal resolvió:

“ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte las medidas necesarias para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la respectiva EPS autorice directamente tanto los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio

de salud (contributivo o subsidiado), diferente a un medicamento, como los medicamentos para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del plan obligatorio de salud, cuando estas sean ordenadas por el médico tratante.”

“Hasta tanto este trámite interno de las EPS no sea regulado de manera definitiva, se ordena al Ministerio de la Protección Social y a la Comisión de Regulación en Salud - y mientras este es creado al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud - que adopten las medidas necesarias para garantizar que se ordene a las entidades promotoras de salud, EPS, extender las reglas vigentes para someter a consideración del comité técnico científico de la entidad la aprobación de un medicamento no incluido en el POS, a las solicitudes de aprobación de los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud, distintos a medicamentos, tales como actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del plan obligatorio de salud, cuando estos sean ordenados por el médico tratante, teniendo en cuenta los parámetros fijados por la Corte Constitucional. Esta orden deberá ser cumplida dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente sentencia.”

En respuesta a lo anterior, el Ministerio de la Protección Social expidió las Resoluciones Núm. 3099 de agosto 19 de 2008, Núm. 3754 de octubre 2 de 2008, Núm. 3977 de octubre 20 de 2008, Núm. 5033 de diciembre 11 de 2008, Núm. 5334 de diciembre 26 de 2008 y Núm. 1099 de abril 14 de 2009 mediante las cuales, entre otras cosas, extendió las competencias del Comité Técnico Científico para autorizar servicios médicos y prestaciones de salud no incluidas en el POS y eliminó como requisito para la radicación del recobro la primera copia del fallo de tutela y la constancia de ejecutoria.

Así las cosas, y sin perjuicio de que la Corte Constitucional está en proceso de evaluación de las políticas públicas en salud en virtud de las fallas estructurales detectadas en la Sentencia T-760 de 2008, esta Corporación considera que hoy en día los Comités Técnicos Científicos son competentes para conocer y autorizar las solicitudes de servicios en salud por fuera del POS que se requieran (sean medicamentos o no). En consecuencia, y de conformidad con la reglamentación atrás mencionada, una EPS

quebranta el derecho fundamental a la salud de una persona cuando no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo comité; obligándose a la prestación de los mismos a través de sentencia de tutela.

4.2 Del recobro por los servicios en salud

Debido a que el derecho fundamental a la salud no solo implica la prestación integral y continua de los servicios que se requieren; sino también la protección de los ingresos financieros del sistema, para asegurar su sostenibilidad a mediano y largo plazo, la sentencia C-463 de 2008, siguiendo los lineamientos legales al respecto (Ley 100 de 1993 y Ley 1122 de 2007), ha establecido las siguientes reglas respecto del recobro por los servicios en salud no contemplados dentro de los planes obligatorios POS.

El artículo 14 -j de la Ley 1122 de 2007, a manera de sanción y buscando evitar que las EPS esperen a ser demandadas, señala que en el evento en que las EPS no autoricen oportunamente los servicios no POS que se requieren a través de los mecanismos diseñados para ello, sino mediante una decisión de tutela “los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.”

Esta corporación, en la sentencia anteriormente citada, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicha norma, declarándola exequible “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” y que “la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos (sic) por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001”¹⁸

Así las cosas, cuando una EPS suministra un servicio de salud no incluido en los Planes Obligatorios de Salud con motivo de un fallo de tutela, solamente tiene derecho al recobro del 50% del costo del servicio en salud requerido. No importa pues, si se trata del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo o subsidiado; ni tampoco si se trata de una enfermedad de alto costo o no. El recobro procederá ante el Fondo de Solidaridad y Garantía en el régimen contributivo; y ante las entidades territoriales en el régimen

subsidiado de seguridad social según corresponda. En este punto es pertinente aclarar que, como bien establece el literal b) del inciso 4 del artículo 356 de la Constitución Política, modificado por artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2007, dicho reembolso a cargo de las entidades territoriales solo procederá en la medida en que aquellas cuenten con los recursos fiscales necesarios para atenderlos.

4.3. De los servicios en salud ordenados por el médico tratante

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el médico tratante es aquel galeno que - adscrito a la EPS del paciente - provee las recomendaciones de carácter médico, y ordena los servicios en salud que aquel necesita. Así, por regla general, no se reconoce amparo constitucional para la prestación de servicios en salud prescritos por facultativo distinto del médico tratante¹⁹.

“... el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso en concreto.”²⁰ (negrilla fuera del texto original)

Así mismo, también puede resultar vinculante para la EPS el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, “cuando aquél se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.”²¹

En tal forma, una Entidad Promotora de Salud vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando omite estudiar y controvertir el servicio en salud ordenado por un médico no adscrito a dicha EPS; y en consecuencia, no lo autoriza. En igual manera, desconoce dicho derecho cuando, con razones diversas a las técnicas o científicas, decide no autorizar la prestación del servicio requerido. También se quebranta cuando, producto

de una consulta ante un médico adscrito a la EPS que no arroja una valoración o diagnóstico alguno, la persona se ve obligada a acudir a una institución de carácter particular.

4.4. De los criterios probatorios para acreditar la falta de capacidad económica en materia de salud

La falta de capacidad económica, es decir, la insuficiencia temporal o permanente de recursos para costear un servicio en salud o el pago de las cuotas moderadoras, ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional como el tercer criterio para tener acceso por vía de tutela a los servicios que se requieren. El concepto falta de capacidad económica se refiere principalmente a la vulneración del derecho constitucional al mínimo vital que una persona sufriría si se ve en la ineludible situación de pagar por el servicio requerido o el copago exigido para la prestación de algún servicio. También hace referencia a aquellas hipótesis cuando, careciendo el accionante de un mínimo vital, requiere de la prestación de un servicio en salud.²²

Tratándose de la noción de falta de capacidad económica, la Corte en Sentencia T-666 de 2004 estableció que:

“...Si el costo de la prestación de salud afecta los recursos económicos que permiten cubrir el mínimo vital del afiliado, la obligación que le compete resulta desproporcionada e incompatible con el principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud. Es deber del juez de tutela adelantar un cotejo probatorio cualificado para establecer la incapacidad económica.”²³

La falta de capacidad económica puede predicarse del servicio requerido en sí mismo; como también de los pagos exigidos (copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación, etc.) como requisito para su prestación. En efecto, la ausencia de recursos económicos para costear un tratamiento de alto costo, por ejemplo, no implica necesariamente la falta de capacidad de pago de una cuota moderadora o un copago. Por lo anterior, es necesario reiterar las consecuencias que se derivan de la ausencia efectiva de capacidad económica en aquellos dos eventos:

Falta de capacidad económica para cubrir los pagos moderadores

i. Cuando es permanente, la entidad está obligada a prestar el servicio de salud para el cual la exige, sin que pueda posteriormente cobrársela al usuario. De conformidad con el artículo 1 del Acuerdo 365 de 2007 de la Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud, la población infantil abandonada, indigente, en condiciones de desplazamiento forzado, indígena, desmovilizada y las personas de la tercera edad en protección de ancianatos en instituciones de asistencia social se encuentran, de pleno derecho, eximidos de cualquier cuota o copago.

ii. Cuando la persona tiene recursos suficientes para pagarla pero no le es posible realizar su cubrimiento en el momento de la solicitud del servicio, la entidad está obligada a prestarlo, brindando oportunidades y formas de pago razonables, aclarando que su ausencia no puede convertirse en obstáculo para acceder a la prestación.

Falta de capacidad económica para el pago del servicio requerido

i. Cuando es permanente, la entidad debe prestar el servicio requerido, y puede, dependiendo de la capacidad económica del usuario, cobrar una cuota o copago.

La demostración de este requisito se ha convertido en uno de los obstáculos más frecuentes para la negación a los servicios en salud, ya sea ante la EPS o incluso en sede judicial.

En lo que se refiere a personas afiliadas al régimen contributivo, la jurisprudencia ha establecido que cuando un solicitante del régimen contributivo afirma estar en imposibilidad para costear el servicio en salud no POS requerido, pero carece de elementos probatorios para acreditarlo, debe tenerse por cierta, en principio, dicha afirmación. El principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 superior, exige tomar como cierto el dicho del solicitante, en cuanto aquel principio, como bien ha señalado esta Corporación “se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.”²⁵ Corresponde en consecuencia a la EPS desvirtuarla, presentando pruebas en lo contrario, ya que estas

entidades cuentan con la infraestructura técnica y los medios legales suficientes para averiguar la información económica del paciente, la cual les permite inferir si pueden o no cubrir el costo.²⁶

Tratándose de la acreditación de este requisito ante los jueces de tutela, esta Corte ha sostenido, basándose también en el principio constitucional de la buena fe, que el funcionario judicial debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto de su situación económica²⁷. Lo anterior, sin embargo, no implica que la presunción de buena fe exima, en todos los casos, a las partes de la carga procesal de allegar y solicitar las pruebas que sustentan dicha afirmación; ni mucho menos, que esa presunción no admita prueba en contrario.²⁸

En todo caso se reitera que, siendo el juez el director del proceso, es su deber constitucional y legal practicar pruebas de manera oficiosa para corroborar los hechos que fundamentan las peticiones del accionante de tutela, en los eventos de duda respecto de la vulneración del derecho fundamental.²⁹

Asimismo, es pertinente señalar que tanto las partes como el juez de tutela cuentan con plena libertad probatoria para la demostración de este requisito³⁰. Así, la prueba de la capacidad económica “se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba.”³¹

4.5. De la Integralidad en la prestación del servicio de salud

El respeto al derecho fundamental a la salud no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere (POS y no POS); sino también su acceso oportuno, eficiente y de calidad.

La prestación del servicio en salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. De forma similar, el servicio en salud es eficiente cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir.³² Así mismo, el servicio

público de salud se reputa de calidad cuando los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del paciente.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. La determinación de los servicios requeridos, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario; sino al médico tratante adscrito a la EPS, así:

“la atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”³³

Así, la integralidad en la prestación del servicio de salud está encaminada a (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología³⁴.

En consecuencia, una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando presta un servicio en salud fraccionado, dejando por fuera exámenes, medicamentos y demás procedimientos que la persona requiere para recuperarse o aminorar sus padecimientos, todos los cuales hayan sido prescritos por el médico tratante. No importa si algunos de los servicios en salud son POS y otros no lo son, pues “las entidades e instituciones de salud son solidarias entre sí, sin perjuicio de las reglas que indiquen quién debe asumir el costo y del reconocimiento de los servicios adicionales en que haya incurrido una entidad que garantizó la prestación del servicio de salud, pese a no corresponderle.”³⁵

4.6. De la continuidad en la prestación del servicio de salud

De la mano con el principio de integralidad en la prestación del servicio de salud, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquel debe brindarse de manera continua. En virtud del principio de continuidad, es obligación de las EPS prestar de manera ininterrumpida los servicios en salud que la persona necesita, sin importar si la relación jurídica con la entidad haya terminado. La EPS se encuentra obligada a prestarle a la persona los servicios de salud requeridos (que se han iniciado), a pesar de no mediar relación jurídica vigente de por medio, hasta tanto otra entidad asuma la prestación del servicio.

Esta Corporación, en la Sentencia C-800 de 2003 señaló que una EPS quebranta el derecho a la salud de una persona cuando interrumpe la prestación de los servicios que se requieren, fundamentándose en que:

- i. la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos;
- ii. el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente porque fue desvinculado de su lugar de trabajo;
- iv. en su criterio, el reclamante nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de haberla afiliado previamente;
- v. se trata de un servicio específico que no le había prestado al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.

En todas estas hipótesis, es obligación de la EPS garantizar el servicio de salud iniciado hasta que otro prestador efectivamente lo asuma.³⁶ El derecho fundamental a la salud está encaminado a garantizar una prestación continua de los servicios requeridos que se han iniciado, independientemente de la extinción o modificación de los vínculos jurídicos entre el usuario y el prestador.

A continuación, a manera de conclusión, se presenta un resumen ilustrativo de las principales reglas jurídicas del derecho fundamental a la salud tratadas en esta

providencia:

CUADRO - RESUMEN

Hipótesis

Requisitos

Prestación de un servicio en salud requerido por vía de tutela

- i. Amenaza a la vida o dignidad humana del peticionario.
- ii. Orden del médico tratante.
- iii. Autorización del Comité Técnico Científico (Para servicios no incluidos en el POS)
- iv. Carencia de capacidad económica para costear el servicio o su pago moderador.

Recobro por los servicios en salud

- i. El servicio prestado debe estar excluido de los Planes Obligatorios de Salud.
- ii. El servicio debió ser aprobado por el Comité Técnico Científico u ordenado mediante acción de tutela.
 - a. El Comité Técnico Científico debió evaluar:
 - i. La ineffectividad de otros tratamientos incluidos en el POS.
 - ii. Amenaza para la vida o dignidad humana del peticionario.
 - iii. Falta de capacidad económica del solicitante.

Pertinencia de órdenes médicas provenientes de galeno distinto al médico tratante

- i. Conocimiento de la entidad de la existencia de un dictamen particular.
- ii. Ausencia de censura técnica o científica del concepto por parte de la institución.

Falta de capacidad económica para cubrir los pagos moderadores

- i. Cuando es permanente, la entidad está obligada a prestar el servicio de salud requerido, sin que pueda exigir pagos moderadores.
- ii. Cuando es temporal, la entidad está obligada a prestarlo, brindando oportunidades y formas de pago razonables y flexibles.

Falta de capacidad económica para cubrir el tratamiento excluido de los Planes Obligatorios de Salud

- i. La entidad debe prestar el servicio requerido, siempre y cuando se cumplan las condiciones del primer cuadro, y puede, dependiendo de la capacidad económica del usuario, cobrar una cuota moderadora.

9. Análisis de los Casos Concretos

EXPEDIENTE T-2266361

La jurisprudencia constitucional ha señalado de manera reiterada y uniforme que la prestación de los servicios en salud que se requieren no puede estar supeditada a si aquella está incluida en los Planes Obligatorios de Salud o no, y en consecuencia, a si la atención pretendida debe ser suministrada por la EPS o por la Secretaría Departamental de Salud correspondiente.

La afectación de un derecho fundamental como es la salud le permite al juez constitucional, en cada caso particular, tomar las medidas que considere necesarias para asegurar su goce efectivo³⁷. Así, es procedente la inaplicación de la reglamentación en salud del POS cuando aquella se erige como un obstáculo al acceso a los servicios en salud requeridos, es decir, aquellos que han sido ordenados por el médico tratante adscrito a la EPS y respecto de los cuales la persona no tiene capacidad económica para costearlos.

En efecto, la existencia de un conflicto sobre la competencia de una entidad para prestar un servicio no puede erigirse en un obstáculo para acceder a la atención en salud requerida.

En este punto es importante señalar que existe una diferencia en la competencia que tiene una entidad para prestar un servicio de salud y la competencia que existe para asumir el costo de la atención requerida. Como bien lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, las entidades e instituciones de salud (EPS, entidades territoriales) son solidarias entre sí, y en consecuencia deben prestar el servicio que se requiere con necesidad, sin perjuicio de que deba establecerse posteriormente quién será el legalmente obligado a soportar las consecuencias patrimoniales de su efectiva prestación³⁸. Así, los usuarios no pueden resultar afectados en su salud, integridad o vida en razón de dichas discusiones.

Así las cosas, aplicando el precedente constitucional al caso particular, se tiene que la entidad accionada desconoció el derecho fundamental a la salud de la peticionaria por lo siguiente: (i) las pruebas diagnósticas son necesarias para conservar la dignidad e integridad de la accionante; (ii) los exámenes fueron ordenados por médico adscrito a Cafesalud EPS (iii) la actora es perteneciente al Sisben nivel I y en consecuencia, carece de la capacidad económica para costearlos por sí misma.

Esta Corte echa de menos que la entidad accionada no siguiera el trámite dispuesto en la orden XXIII de la Sentencia T-760 de 2008 y en las resoluciones números 3099 del 19 de agosto de 2008, 3754 del 2 de octubre de 2008 y 3977 del 20 de octubre de 2008 vigentes al momento de los hechos, para poner en consideración del Comité Técnico Científico los servicios en salud requeridos, y así proteger el derecho fundamental a la salud de la peticionaria.

En consecuencia, se revocará la sentencia del 2 de enero de 2009 del Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali y se tutelaré el derecho fundamental a la salud de la accionante. Se confirmará, de manera definitiva, el párrafo primero del numeral primero del auto de 4 de septiembre de 2009 proferido por esta Sala Novena de Revisión. Adicionalmente se advertirá a la EPS Cafesalud, que no puede repetir lo que pague en cumplimiento de esta orden ante la Dirección Seccional de Salud del Valle, por cuanto, como bien lo señalan los Acuerdos 306 de 2005 y 395 de 2008 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud los servicios requeridos sí se encuentran contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud de la Peticionaria.

En efecto, el numeral 3 del artículo 2 del primero de los acuerdos citados establece con gran claridad que está incluida dentro del Plan Obligatorio del Régimen Subsidiado, toda la atención en salud necesaria para el “diagnóstico, control y tratamiento” de enfermedades cardíacas. Asimismo, el numeral 9 de dicha disposición señala que “están cubiertas todas las actividades, procedimientos e intervenciones necesarias para complementación diagnóstica y terapéutica” en todos los casos descritos en los numerales anteriores, incluyendo las enfermedades del corazón.

Por otro lado, el artículo segundo del Acuerdo 395 de 200839 indica expresamente que está incluido en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado el examen paraclínico o complementario de “Ecocardiograma modo M y bidimensional”.

Así las cosas, Cafesalud EPS deberá practicar los exámenes requeridos por la Sra. Ludivia Rengifo Urrego y prescritos por su médico tratante, teniendo que asumir la totalidad de sus costos.

EXPEDIENTE T-2271452

Cuestión Previa:

La señora Orfelina Puerta Arteaga presentó el 10 de diciembre de 2008, a nombre de su hijo mayor de edad, Hubert Fernando Ospina Puerta, acción de tutela contra la Dirección Nacional de Sanidad del Ejército Nacional, solicitando el suministro del medicamento “Pipotiaccina Ampollas 100 Mgr” para tratar su esquizofrenia paranoide.

Luego de ser concedida la tutela en primera instancia e impugnada por la parte accionada, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó dicha decisión, porque la actora “omitió demostrar en debida forma la particular condición necesaria para abogar en este trámite por los derechos de la persona presuntamente afectada en manera directa.”

La jurisprudencia constitucional en materia de agencia oficiosa en la acción de tutela ha sostenido que existen dos requisitos para poder solicitar amparo invocando derechos ajenos: (i) la imposibilidad del afectado de defender sus propios derechos y (ii) que en la

petición de tutela se indique de manera clara y precisa las razones por las cuales se solicita protección constitucional.⁴⁰

Respecto a la posibilidad de los padres de un hijo mayor de edad para ejercer acción de tutela en su nombre, la Corte ha señalado que:

“Los padres en relación con sus hijos mayores de edad, al no tener la representación de éstos, sólo podrán interponer acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de aquéllos, cuando el hijo se encuentre en la imposibilidad de interponer ésta directamente. En estos casos, el padre actuará como un agente oficioso y no como su representante.”⁴¹

Así, en el caso particular, no resulta constitucionalmente admisible que un funcionario judicial proceda a denegar el amparo solicitado por la sola circunstancia que la peticionaria que actúa agenciando derechos ajenos haya olvidado señalar de manera expresa en el escrito de tutela tal circunstancia, máxime si se tiene en cuenta que (i) aquella misma es la madre del afectado; (ii) el afectado, al sufrir esquizofrenia paranoide, tiene serias dificultades para mantener un estado de salud mental tal que le permita comparecer a un proceso judicial y (iii) la presente acción está encaminada a reclamar un medicamento requerido para tratar de recuperar su salud. Y es que no puede olvidarse el mandato perentorio establecido en el artículo 228 de la Carta Política, según el cual en las actuaciones de la administración de justicia deberá prevalecer el derecho sustancial sobre cualquier formalidad. En consecuencia, esta Corporación encuentra que, si bien la madre del soldado Hubert Fernando Ospina Puerta no dijo que actuaba a nombre de él; el escrito de tutela, analizado en su conjunto con la pretensión y las pruebas aportadas, da a entender sin ningún margen de duda que así lo hace. Así, se concluye que existe legitimación en la causa por activa por parte de la Sra. Orfelina Puerta Arteaga para incoar la presente acción de tutela.

La Solución del Caso Particular:

La Sala observa que la entidad accionada ha desconocido el derecho fundamental a la salud del agenciado Hubert Fernando Ospina Puerta por cuanto (i) los medicamentos “Venlafaxina Clorihidrato 75MG, Clozapina 100MG, Olanzapina 5MG, Pipotiazina Palmitato 2MG y Lorazepam 2MG”son necesarios para mejorar la calidad de

vida y estado de salud del reclamante; (ii) los medicamentos solicitados fueron prescritos por médico tratante de la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional y (iii) el peticionario, en virtud de su enfermedad discapacitante, está imposibilitado de manera absoluta para trabajar y para devengar ingreso alguno que le permita sufragar el costo de los servicios requeridos.

En efecto, los elementos de convicción obrantes en el expediente muestran con claridad que la entidad accionada está entregando los medicamentos “Venlafaxina Clorhidrato 75MG, Clozapina 100MG, Olanzapina 5MG, Pipotiazina Palmitato 2MG y Lorazepam 2MG” pero solamente semanas después de la fecha en la cual se debieron haber suministrado, dejando al paciente sin protección farmacológica durante ciertos periodos de tiempo. Dicha conducta resulta a todas luces violatoria del derecho a la salud del agenciado, pues la falta de medicamento, incluso por periodos cortos de tiempo, suele desencadenar con toda fuerza los efectos de su enfermedad mental, tornándolo agresivo contra sí mismo y contra sus familiares. El respeto al derecho fundamental a la salud no exige simplemente la prestación del servicio de salud requerido; sino también su suministro de manera oportuna, para que la persona tenga mayores posibilidades de recuperarla o evitar mayores sufrimientos.

Por consiguiente, se revocará la sentencia del 13 de marzo de 2009 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante la cual se negó el amparo solicitado, y se tutelaré el derecho fundamental a la salud del soldado Hubert Fernando Ospina Puerta. Así, se confirmará el parágrafo primero del numeral segundo del auto del 4 de septiembre de 2009 mediante el cual se dispuso ordenar a la entidad accionada suministrarle los medicamentos requeridos, adicionándose que aquellos deberán entregarse de manera oportuna, a más tardar entre los tres (3) primeros días de cada mes.

EXPEDIENTE T-2279201

La señora Patricia Idalidt Jara Jara demandó a la EPS Cafesalud buscando la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud, solicitando que se le ordenara a dicha entidad practicarle una laparoscopia para curar la miomatosis uterina que padece.

Esta Corporación ha señalado de manera reiterada que, por regla general, los

tratamientos de infertilidad no pueden ser solicitados judicialmente mediante acción de tutela porque aquellos “se encuentran excluidos del POS y no constituyen una obligación a cargo del Estado.”⁴²

La jurisprudencia constitucional ha encontrado asidero para dicha tesis en que: (1) el alto costo de este tipo de tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias; (2) el derecho a la maternidad en la constitución implica un deber de abstención del estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, que no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación y (3) la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa⁴³.

Sin embargo, la Corte también ha reconocido que existen enfermedades que afectan la integridad, vida o salud de la mujer, que se manifiestan con síntomas como la infertilidad. En estos eventos, se ha protegido el derecho a la salud de las peticionarias, ordenando los tratamientos médicos prescritos, porque la patología de base y la infertilidad se han tenido como dos condiciones identificables y plenamente separables⁴⁴.

Aplicando las reglas precedentes, se tiene que Cafesalud EPS ha desconocido el derecho a la salud de la Sra. Patricia Idalid Jara Jara porque (i) el procedimiento quirúrgico solicitado es necesario para conservar su integridad y dignidad, independientemente que su condición haya traído como consecuencia la imposibilidad de tener hijos (Folios 38 y 39); (ii) aplicando el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, la entidad accionada no contradujo la afirmación de la peticionaria según la cual Cafesalud EPS se negó a practicar el tratamiento quirúrgico solicitado, ni tampoco hizo uso del plazo otorgado para manifestar que dicho tratamiento no había sido puesto en su conocimiento para validarlo o controvertirlo técnica y científicamente y (iii) la actora carece de los recursos necesarios para sufragar dicha intervención.

Por consiguiente, se revocará la sentencia del 17 de abril de 2009 del Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Soacha y se tutelaré el derecho fundamental a la salud de la accionante. Así se ordenará a Cafesalud EPS que, en el término

de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, convoque a su Comité Técnico Científico para que determine con razones científicas, la viabilidad de la cirugía de laparoscopia para extirpación de los miomas. De considerarlo necesario, deberá practicarlo en un término no mayor a (1) mes y podrá repetir solamente hasta el 50% de lo que pague en cumplimiento de esta última orden ante el Fosyga, de conformidad con el artículo 14 - j de la Ley 1122 de 2007.

EXPEDIENTE T-2284865

El señor Libardo Efraín Romero Valenzuela, en su calidad de Personero Municipal de El Contadero (Nariño), demandó a la EPS Mallamas y al Instituto Departamental de Salud de Nariño, buscando la protección efectiva del derecho fundamental a la salud de la señora Ana Lilia Rosero Valenzuela, solicitando que se le ordenara a dicha entidad practicarle una “ecografía doppler venosa lateral” que requiere para continuar su tratamiento de várices.

Mallamas EPS-S desconoció del derecho fundamental a la salud de la señora Ana Lilia Rosero Valenzuela por cuanto (i) el examen es necesario para continuar su tratamiento y así poder recuperar su salud y aminorar sus padecimientos; (ii) la “ecografía doppler venosa lateral” fue ordenada por galeno adscrito a Mallamas EPS-S y; (iii) la agenciada no cuenta con recursos económicos para pagar por sí misma el examen requerido, pues pertenece al régimen subsidiado de la seguridad social.

En consecuencia, se revocará la sentencia del 20 de abril de 2009 del Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales, y se tutelaré el derecho fundamental a la salud de la agenciada. Así, se confirmará de manera definitiva el parágrafo primero del numeral identificado como cuarto del auto de 4 de septiembre de 2009 proferido por esta Sala Novena de Revisión.

EXPEDIENTE T-2288903

La señora Nimia González Valencia, madre del menor Janner González Valencia, demandó el 3 de abril de 2009 a la Secretaría Departamental de Salud del Valle, buscando la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud, solicitando como medida provisional urgente que se le ordenara a dicha entidad practicarle a su hijo un cateterismo

cardíaco.

Como el expediente de tutela bien lo muestra, el menor Janner González Valencia falleció el 8 de abril de 2009 producto de un paro cardiorrespiratorio. Así, no queda duda alguna que se ha consumado totalmente el daño y que es imposible, por carencia de objeto material, proteger el derecho fundamental invocado. Por consiguiente, no queda otra alternativa que confirmar la Sentencia del 22 de abril de 2009, en la cual se denegó el amparo solicitado por esa misma razón.

Sin embargo, esta Corte no puede dejar pasar por alto que a folio 18 del cuaderno de primera instancia, aparece que el 20 de marzo del presente año los galenos de la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos de la Fundación Valle de Lili consideraron que el procedimiento debía realizarse previa programación de una cita, y no de manera inmediata y urgente. Como lo acreditan las pruebas relacionadas arriba, la realidad demostró otra cosa, por lo cual se ordenará, en la parte resolutive de esta providencia, sendas investigaciones de índole administrativo relacionadas con la posible falta en la que pudieron haber incurrido la Secretaria de Salud Departamental de Salud del Valle, la Fundación Clínica Infantil Club Noel, la Fundación Valle de Lili y sus respectivos funcionarios.

EXPEDIENTE T-2296217

El señor Hernando Arboleda, quien padecía de cáncer terminal en el duodeno, demandó a SOS EPS buscando la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud, solicitando que se le ordenara a dicha entidad prestarle todos los servicios en salud ordenados por su médico tratante (medicamentos y procedimientos médicos) para calmar y mitigar su dolor.

Para la Corte Constitucional resulta absolutamente incomprensible que entidades legalmente autorizadas por el Estado para prestarles a los ciudadanos el servicio público y fundamental de salud incurran en actuaciones tan manifiestamente arbitrarias, ilegales y violatorias de los derechos fundamentales como la ocurrida en el presente asunto. En efecto, la entidad accionada decidió de manera osada y completamente arbitraria, a pesar de mediar un mandato constitucional; un extenso y uniforme precedente jurisprudencial aplicable; y una orden judicial particular, en el caso concreto⁴⁵, en tal

sentido, abstenerse de brindarle la atención en salud al Sr. Hernando Arboleda, dejándolo morir padeciendo un profundo e insufrible dolor físico.

SOS EPS desconoció del derecho fundamental a la salud del señor Hernando Arboleda y consumó un daño irreparable a su dignidad por cuanto (i) los medicamentos ordenados eran esenciales para tratar su enfermedad y calmar el dolor proveniente de su cáncer terminal; (ii) los medicamentos “Flouracilo” y “Oxaliplatino” fueron ordenados por facultativo adscrito a SOS EPS; (iii) la entidad accionada venía suministrándole al reclamante toda la atención en salud que necesitaba para tratar su cáncer, la cual fue interrumpida súbitamente por dejar de contar con una afiliación vigente y (iv) el accionante no contaba con recursos económicos suficientes para pagar por los medicamentos requeridos.

SOS EPS46 desconoció los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana del Sr. Hernando Arboleda desde el 24 de marzo de 2009 (momento en el cual le prestó la última atención de control de quimioterapia) hasta el día de su fallecimiento, al interrumpir el tratamiento que le venía prestando desde hace poco menos de 1 año, bajo el argumento de haber sido desafiliado de dicha entidad. Ciertamente, como bien se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional ha enseñado que mientras la relación jurídico-formal entre paciente y EPS puede darse por terminada de manera inmediata;⁴⁷ no ocurre lo mismo con la prestación de los servicios requeridos que se han venido suministrando con anterioridad. Así, y contrario a lo que decidió desacertadamente el juez de instancia, una EPS viola el derecho fundamental a la salud cuando súbitamente deja de prestar los servicios requeridos que venía otorgando por el solo hecho que el contrato ha dejado de tener vigencia. Tal situación resulta incluso aún más reprochable cuando se deja de brindar tratamiento a personas que padecen enfermedades catastróficas como el cáncer. De esta manera, se verificó la consumación de un daño irreparable en la salud, dignidad e integridad del Sr. Hernando Arboleda

En vista de lo anterior, la Corte declarará la carencia actual de objeto en el presente asunto, por hecho consumado. Como consecuencia de lo anterior, la Corte revocará el parágrafo primero del numeral denominado Quinto del auto de 4 de septiembre de 2009, proferido por esta Sala Novena de Revisión, mediante el cual se dispuso ordenar a la EPS

accionada brindarle la atención en salud que el reclamante requería.

EXPEDIENTE T-2298925

El señor Jairo Ramón Fajardo Dueñas demandó a la Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales ARC de Barranquilla para que se le ordenara a dicha entidad suministrarle una dotación mensual de 120 pañales desechables para su incontinencia urinaria severa.

La jurisprudencia de esta Corporación no ha sido ajena al tema del suministro por vía de tutela de pañales para personas que, por diversas circunstancias de salud, padecen de incontinencia urinaria severa. En efecto, en sentencia T-1099 de 1999, la Corte sostuvo que la negativa de una entidad de suministrar pañales a una persona que efectivamente los requiere con necesidad “vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente”⁴⁸.

Así mismo, este Alto Tribunal ha señalado que, para este tipo de personas, la falta de pañales “afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, e impide la convivencia normal con sus congéneres”⁴⁹.

Con todo, y sin desconocer la innegable necesidad que supone dicho elemento de aseo en estas hipótesis, no puede pasarse por alto que uno de los requisitos esenciales para acceder a los servicios que se requieren a través del mecanismo extraordinario y residual de la tutela es la falta de capacidad económica para costearlos.

La exigencia de dicho requisito se encuentra en plena armonía con el principio constitucional de solidaridad, y “con la necesidad de implementar un sistema de seguridad social en salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional.”⁵⁰ Del mismo modo, el artículo 95 de la Constitución Política obliga a las personas a “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Para la Corte no existe duda alguna de que el peticionario carece actualmente de capacidad económica suficiente para sufragar el servicio requerido. Sin embargo, en el

presente asunto se observa que dicha circunstancia no obedece a una imposibilidad de conciliar los ingresos con los gastos necesarios para una subsistencia digna; sino a una conducta imprudente e irresponsable de seguir adquiriendo obligaciones varias, a pesar de la fragilidad de su estado de salud.

En efecto, la relación de ingresos y patrimonio aportada por el mismo accionante (Folio 30 del Cuaderno de Revisión) muestra que contrajo varias obligaciones con posterioridad a su cáncer de próstata de 2007. Así, en enero de 2008, adquirió un préstamo con la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por un valor \$36.760.578, el cual sería pagadero en 69 instalamentos de \$532.762 cada uno. Igualmente, se observa que realizó otro préstamo en marzo de 2009 por un valor de \$15.986.392, el cual se pagaría en 47 cuotas de \$340.136. De forma similar, esta Sala nota que 2 de las obligaciones relacionadas en el balance terminaron en septiembre del presente año, lo cual supone una disponibilidad de recursos de cerca de \$128.634 para poder sufragar su gasto mensual en pañales, el cual según afirmación del reclamante asciende a \$120.000.

A continuación se presenta un resumen de los principales ingresos y gastos del peticionario, construido a partir de la respuesta al informe solicitado por esta Corporación mediante Oficio OPTB354 de 2009 (Folios 28 a 31 del Cuaderno de Revisión) y el informe rendido por la Caja de Retiro de las FFMM (Folio 18 del Cuaderno de Revisión).

Relación mensual de los principales ingresos y gastos del Sr. Jairo Ramón Fajardo Dueñas

Rubro

Monto

Duración

Asignación de Retiro

\$1'988.755

Crédito "Servicios"

\$532.762

Noviembre 2008 - Septiembre 2013

Crédito "Coosonav"

Marzo 2009 - Febrero 2013

Crédito "Coosonav"

\$106.634

Septiembre 2009 - Noviembre 2009

Crédito "Coosonav Cuota"

\$60.000

Febrero 2009 - Enero 2010

Crédito "Popuconvenio"

\$588.634

Noviembre 2006 - Septiembre 2011

Otros gastos y deducciones

\$160.000

TOTAL

\$200.589

La tabla muestra que el peticionario está usando más del 50% de su asignación mensual de retiro para atender gastos posteriores a su enfermedad, diferentes a aquellos requeridos para su subsistencia o la de su cónyuge. En efecto, en el informe rendido por el reclamante el 23 de octubre del presente año, aquel señala que "debido a

múltiples compromisos y deudas adquiridas anteriormente” solamente recibe \$199.901 mensuales, sin hacer referencia a la finalidad o destinación específica de cada obligación. De dicha afirmación se puede establecer la conducta negligente y descuidada del peticionario, pues sí contaba con una capacidad económica suficiente para atender las necesidades que sus particulares condiciones de salud ameritan, pero que debido a un manejo ligero y desatendido de sus finanzas, prefirió disponer de sus recursos para atender otros requerimientos de menor entidad. El principio de solidaridad del sistema de seguridad en salud de Colombia plasmado en el artículo 49 Superior no existe para prohiar la irresponsabilidad de las personas que se insolventan y que en consecuencia, no pueden costear un servicio de salud requerido. Dicho principio busca permitir el acceso a la atención en seguridad social de personas que se encuentran en imposibilidad absoluta, no imputable a ellas, de obtener la atención que necesitan.

Así las cosas, observando que la insolvencia económica del Sr. Jairo Ramón Fajardo Dueñas proviene de una inversión de prioridades que resultó en un muy mal manejo de sus recursos, se confirmará la sentencia del 1 de abril de 2009 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla. En consecuencia, se revocará el numeral identificado como sexto del auto de 4 de septiembre de 2009 proferido por esta Sala Novena de Revisión en virtud del cual se ordenó a la entidad accionada el suministro de 120 pañales mensuales al peticionario. Debido a que el expediente muestra que el peticionario no contaba, hasta octubre de 2009, con la capacidad económica suficiente para acceder al servicio requerido, se advertirá que la Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales ARC de Barranquilla puede pedirle al peticionario el reembolso de lo desembolsado en cumplimiento de la mencionada orden a partir de dicho mes en adelante únicamente.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena 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 para decidir en los asuntos de la referencia.

En relación con el Expediente T-2266361:

Segundo. REVOCAR la sentencia del 2 de enero de 2009 del Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali que denegó el amparo solicitado. En su lugar, CONCEDER el amparo al derecho fundamental a la salud de la señora Ludivia Rengifo Orrego, por las razones y en los términos de esta sentencia.

Tercero. CONFIRMAR el párrafo primero del numeral primero del auto de 4 de septiembre de 2009 proferido por esta Sala Novena de Revisión mediante el cual se dispuso:

“ORDENAR a Cafesalud EPS, que en el término máximo de los tres (3) días calendario siguientes a la notificación de este auto, autorice que a la Sra. Ludivia Rengifo Orrego se le practiquen los exámenes “Glicemia +Creatinina Pre y Post+Perfil Lipídico+P. de O. + Hemograma y Ecograma M.B.D.” que fueron ordenados por su médico tratante en orden médica de fecha 8 de septiembre de 2008, en el evento que a la fecha de notificación de este auto aún no le hayan sido practicados.”

Cuarto. ADVERTIR que Cafesalud EPS tiene derecho a repetir contra el Estado, a través de la Secretaría de Salud Departamental del Valle, para recuperar el 50% de los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir en cumplimiento de la orden contenida en el numeral Tercero de esta providencia. La Secretaría de Salud Departamental del Valle dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS.

En relación con el Expediente T-2271452

Quinto. REVOCAR la sentencia del 13 de marzo de 2009 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que denegó la solicitud de tutela. En su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la salud de Hubert Fernando Ospina Puerta, por las razones y en los términos de esta sentencia.

Sexto. CONFIRMAR el párrafo primero del numeral segundo del auto de 4 de septiembre de 2009 proferido por esta Sala Novena de Revisión mediante el cual se

dispuso:

“ORDENAR a la Dirección Nacional de Sanidad del Ejército Nacional que, en el evento que en la actualidad Hubert Fernando Ospina Puerta no esté accediendo a los medicamentos que requiere para tratar su esquizofrenia paranoide, deberá suministrárselos dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la notificación de este auto.”

Sétimo. ADICIONAR el párrafo primero del numeral Segundo del auto de 4 de septiembre de 2009 proferido por esta Sala Novena de Revisión, en el entendido que la orden también comprende todos servicios en salud que el médico tratante de Hubert Fernando Ospina Puerta le ordene con motivo de la esquizofrenia paranoide que padece. Los medicamentos de consumo periódico deberán ser entregados al agenciado a más tardar dentro de los tres (3) primeros días de cada mes.

Octavo. ADVERTIR que la Dirección Nacional de Sanidad del Ejército Nacional tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del Fosyga, para recuperar el 50% de los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir en cumplimiento de la orden contenida en el numeral Tercero de esta providencia. El Fosyga dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS.

En relación con el Expediente T-2279201

Noveno. REVOCAR la sentencia del 17 de abril de 2009 del Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Soacha que denegó la solicitud de tutela. En su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la salud de la señora Patricia Idalid Jara Jara, por las razones y en los términos de esta sentencia.

Décimo. ORDENAR a Cafesalud EPS que, a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, convoque a su Comité Técnico Científico para que determine con razones científicas, la necesidad o no de practicarle a la peticionaria cirugía de laparoscopia para la extirpación de miomas. En el evento de considerarla necesaria, deberá practicarla en un término no mayor a 15 días.

Once. ADVERTIR que la EPS Cafesalud tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del Fosyga, para recuperar el 50% de los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir en cumplimiento de la orden contenida en el numeral Noveno de esta providencia. El Fosyga dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS.

En relación con el Expediente T-2284865

Duodécimo. REVOCAR la sentencia del 20 de abril de 2009 del Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales que denegó la solicitud de tutela. En su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la salud de la señora Ana Lilia Rosero Valenzuela, por las razones y en los términos de esta sentencia.

“ORDENAR a Mallamas EPS, que en el término máximo de los tres (3) días calendario siguientes a la notificación de este Auto, en el evento que aún no haya sido realizado, autorice que a la Sra. Ana Lilia Rosero Valenzuela se le practique una “ecografía doppler venosa bilateral” para continuar el tratamiento de sus varices”.

Decimocuarto. ADVERTIR que la EPS Mallamas tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del Instituto de Salud Departamental de Nariño, para recuperar el 50% de los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir en cumplimiento de la orden contenida en el numeral Doce de esta providencia. El Instituto de Salud Departamental de Nariño dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS.

En relación con el Expediente T-2288903

Decimoquinto. CONFIRMAR por las razones y en los términos de esta sentencia, el fallo del 22 de abril de 2009 del Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Cali proferida dentro del proceso de la referencia.

Decimosexto. ORDENAR, por medio de la Secretaría General de esta Corporación, se compulsen copias a la Superintendencia Nacional de Salud, para que adelante las

diligencias correspondientes, relacionadas con la posible falta en la que pudieron haber incurrido la Secretaria de Salud Departamental del Valle, la Fundación Clínica Infantil Club Noel, la Fundación Valle de Lili por los hechos que dieron origen a la presente acción de tutela.

En relación con el Expediente T-2296217

Decimosétimo. DECLARAR la carencia actual de objeto por configurarse un hecho consumado, en los términos explicados en la parte considerativa de esta sentencia.

Decimoctavo. Como consecuencia de lo anterior, REVOCAR el párrafo primero del numeral denominado como Quinto del auto de 4 de septiembre de 2009 proferido por esta Sala Novena de Revisión mediante el cual se dispuso:

“ORDENAR a SOS EPS que, en el evento que en la actualidad el Sr. Hernando Arboleda no esté accediendo al medicamento Flouracilo 500mg que requiere para tratar su cáncer de duodeno, deberá autorizarlo y suministrárselo dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la notificación de este Auto.”

En relación con el Expediente T-2298925

Decimonoveno. CONFIRMAR por las razones y en los términos de éste proveído, la sentencia del 1 de abril de 2009 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla Cali proferida dentro del proceso de la referencia.

Vigésimo. REVOCAR el numeral denominado como Sexto del auto de 4 de septiembre de 2009 proferido por esta Sala Novena de Revisión mediante el cual se dispuso:

“ORDENAR a la Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales ARC de Barranquilla que, en el evento que en la actualidad el Sr. Jairo Ramón Fajardo Dueñas no esté siendo dotado con 120 pañales mensuales para su incontinencia urinaria severa, deberá autorizarlos y suministrárselos dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la notificación de este Auto.

“La Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales ARC de Barranquilla deberá

asumir provisionalmente los costos de los pañales requeridos, hasta tanto la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional profiera la sentencia en el proceso T-2298925.”

Vigésimo primero. ADVERTIR que, de considerarlo necesario, la Dirección de Sanidad de la Escuela Naval de Suboficiales ARC de Barranquilla puede solicitar el reembolso de los gastos realizados desde octubre de 2009 hasta la fecha de notificación de esta sentencia en cumplimiento de la orden anteriormente reseñada. Para ello, deberá llegar primero a un acuerdo flexible y razonable de pagos con el peticionario.

Para todos los expedientes de la referencia:

Vigésimo segundo. LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Al respecto pueden consultarse las sentencias T-859 de 2003, T-837 de 2006, T-060, T-148 y T-631 de 2007, T-076 y T-760 de 2008, entre otras.

2 Sentencia T-760 de 2008

3 Ibíd.

4 Firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de octubre de 1969,

5 Sentencia T-760 de 2008

6 Ibíd.

7 Ver Sentencias T-409 de 1995, T-757 de 1998, T-476 de 2000, T-1036 de 2000, T-1123 de 2000, T-749 de 2001, T-820 de 2001, T-1276 de 2001, T-676 de 2002, T-946 de 2002, T-1060 de 2002, T-343 de 2003, T-198 de 2004, T-1289 de 2005, T-490 de 2006, T-073 de 2007, T-539 de 2007, T-752 de 2007, T-1078 de 2007, entre otras.

8 Ver Sentencias T-1081 de 2001, T-441 de 2004, T-935 de 2005, T-527 de 2006 y T-073 de 2008

9 Los servicios que se requieran son aquellos indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal, no importa como se conozcan en el argot médico o científico, ya sea que se trate de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, diagnósticos, exámenes, consultas con especialistas, tratamientos, traslados de centros hospitalarios, etc.

11 Sentencia T-083 de 2008

12 Sentencia T-762 de 2005

13 Sentencia T-366 de 1999

14 Ver Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-760 de 1998, entre otras.

15 Sentencia T-760 de 2008

16 Sentencias T-344 de 2002, T-053 de 2004, T-616 de 2004, T-007 de 2005, T-171 de 2005, T-1126 de 2005, T-1016 de 2006, T-130 de 2007, T-461 de 2007, T-489 de 2007, T-523 de 2007, T-939 de 2009, T-159 de 2008, entre otras.

17 Sentencia T-976 de 2005

18 Sentencia C-468 de 2008

19 Sentencias T-378 de 2000, T-741 de 2001, T-476 de 2004, T-760 de 2008, entre otras.

20 Sentencia T-500 de 2007

21 Sentencia T-760 de 2008. Ver también Sentencia T-083 de 2008.

22 La jurisprudencia constitucional en sentencias T-426 de 1992, T-11 de 1998, T-384 de 1998, T-1001 de 1999, T-818 de 2000, T-362 de 2004, T-1066 de 2006 y SU-225 de 1998, entre otras, ha entendido por “mínimo vital” el conjunto de necesidades básicas indispensables para garantizar la subsistencia digna de la persona y de su familia.

23 El principio de las cargas soportables, según fue tratado en Sentencia T-666 de 2004, “analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir.” Ver también sentencias T-714 de 2004, T-1233 de 2004, T-372 de 2005, T-223 de 2006, T-964 de 2006, entre otras.

24 De acuerdo a lo previsto en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 serán afiliados al régimen subsidiado “las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización”

25 Sentencia T-472 de 1992

26 Sentencias T-333 de 2009 y T-760 de 2008, entre otras.

27 Sentencia T-760 de 2008

28 En algunas otras decisiones, la Corte Constitucional también ha dicho que la afirmación de la carencia de recursos económicos, en tanto negación indefinida,

exime al actor de probarla. Al respecto, pueden consultarse las Sentencias T-113 de 2002, T-906 de 2002, T-1153 de 2003, T-1167 de 2004, T-965 de 2007 entre otras.

29 Art. 22 Decreto 2591 de 1991. Al respecto, esta Corporación, en sentencia T-108 de 2008, indicó que las facultades probatorias del juez de tutela incluyen “(i) la posibilidad de solicitar informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto (D. 2591/91, art. 19); (ii) la aplicación de la presunción de veracidad de los hechos materia de la acción de tutela, en los casos que el informe no fuera rendido en el plazo correspondiente (ejusdem. art. 20); (iii) la potestad para que, en el caso que del informe se colija que no son ciertos los hechos, se requiera información adicional al solicitante (art. 21); y (iv) la posibilidad que el juez adopte sentencia, cuando llegue al convencimiento de la situación litigiosa, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas (art. 22)”.

30 Sentencias T-744 y T-984 de 2004, T-236^a de 2005, T-805 de 2005, T-888 de 2006, T-760 de 2008, T-333 de 2009 entre otras.

31 Sentencias T-683 de 2003 y T-902 de 2002, entre otras.

32 Sentencia T-760 de 2008

33 Sentencia T-1059 de 2006

34 Sentencia T-103 de 2009

35 Sentencia T-760 de 2008

36 Sentencias T-597 de 1993, T-467 de 2004, T-841 de 2006, T-059 de 2007, T-127 de 2007 entre otras

37 Sentencias T-150 de 2000, T-902 de 2002, T-367, T-381 y T-673 de 2007, entre otras.

39 El texto de la disposición citada, en lo relevante, es el siguiente:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- Incluir en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado -

POS-S- en el esquema de subsidio pleno los siguientes servicios o prestaciones de segundo y tercer nivel de complejidad, necesarias para la atención ambulatoria de mediana y alta complejidad de los pacientes diabéticos tipo 2 de 45 años o más, con y sin complicaciones o condiciones clínicas asociadas, según las recomendaciones contenidas en la guía de atención de la Diabetes Mellitus tipo 2 publicada por el Ministerio de la Protección Social en Mayo de 2007 en sustitución a la contenida en el anexo 2 de la Resolución 412 del 2000 o la norma que la adicione, modifique o sustituya:

1) Consulta médica especializada ambulatoria para evaluación o valoraciones,

incluyendo particularmente la necesaria para la valoración del sistema

visual, de la función cardiovascular y circulación periférica, del sistema

nervioso, del sistema osteomuscular y para evaluación de la función renal.

2) Consulta ambulatoria con nutricionista

3) Consulta ambulatoria de valoración por psicología

4) Exámenes paraclínicos o complementarios:

a) HbA1c (Hemoglobina glicosilada)

b) Electrocardiograma 12 derivaciones

c) Ecocardiograma modo M y bidimensional

d) Fotocoagulación con Láser para manejo de retinopatía diabética

e) Angiografía con Fluoresceína para manejo de retinopatía, con fotografías

a color de segmento posterior

f) Doppler o Duplex Scanning de vasos arteriales de miembros inferiores”

40 Así, en Sentencia T-459 de 2007 se señaló que: “Es viable incoar una acción mediante el uso de la figura de la agencia oficiosa siempre y cuando el titular de los

derechos agenciados se encuentre imposibilitado para defenderlos, por razones físicas, mentales, entre otras. En tales circunstancias, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción a nombre de otro. Entonces si el agenciado sufre una enfermedad que limita el ejercicio de sus capacidades físicas y mentales, es evidente que se encuentra impedido para solicitar directamente el amparo de sus derechos.” Ver también artículo 10 del Decreto 2591 de 1991

41 Sentencias T-294 de 2000, T-899 de 2001, T-641 de 2003, T-645 de 2004 y T-542 de 2006, entre otras.

42 Sentencia T-870 de 2008

43 Sentencias T-1104 de 2000 y T-946 y T-752 de 2007

44 Sentencia T-870 de 2008

45 Mediante el numeral identificado como quinto, el magistrado sustanciador ordenó a SOS EPS suministrarle al Sr. Hernando Arboleda, dentro de los 3 días a la notificación del auto, el medicamento prescrito por su médico tratante para tratar su cáncer de duodeno. Asimismo, se le concedió un término de 5 días a la entidad accionada para que informara a esta Corporación sobre el cumplimiento de dicha orden. El término venció sin que SOS EPS emitiera pronunciamiento alguno.

46 Además de la orden impartida por la Corte en virtud del auto de 4 de septiembre del presente año, la entidad accionada fue requerida, mediante auto de 31 de agosto de 2009, para que allegara la historia clínica del Sr. Hernando Arboleda. El término probatorio concedido por este Tribunal expiró sin que la entidad accionada aportara la prueba requerida.

47 Sentencia T-841 de 2006

48 Sentencia T-1099 de 1999

49 Sentencia T-565 de 1999

