

Sentencia T-818/08

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Caso en que tiene un tumor maligno en la columna y le genera paraplejía

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FISICA Y PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

SUMINISTRO DE PRESTACIONES EXCLUIDAS DEL POS-Reglas jurisprudenciales acerca de la procedencia de la tutela para obtenerlas

PRESTACION DOMICILIARIA DE SERVICIOS MEDICOS A MENOR DISCAPACITADO

Referencia: expediente T-1900019

Acción de tutela interpuesta por Aurora Herrera García en representación de su hijo Rubén Darío Oviedo Herrera contra Solsalud ARS.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS
HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Manuel José Cepeda Espinosa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bucaramanga, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Aurora Herrera García en representación de su hijo Rubén Darío Oviedo Herrera contra Solsalud ARS.

I. ANTECEDENTES.

La accionante, interpuso acción de tutela contra la ARS Solsalud, por considerar que dicha entidad vulnera los derechos fundamentales de su hijo a la salud, a la vida y a la seguridad social.

Para fundamentar su solicitud, narró los siguientes:

1. Hechos.

1. Comenta que su hijo, pertenece al nivel 1 del régimen subsidiado a través de la ARS SOLSALUD.
2. Afirma que según diagnóstico médico su hijo presenta *“TUMOR EPITELIAL MALIGNO DE COLUMNA VERTEBRAL”*.
3. Sostiene que el lugar de residencia de su hijo y el de ella, es el municipio de SAN PABLO – BOLIVAR, pero *“debido al tratamiento que mi hijo viene recibiendo en esta ciudad, se encontraba bajo el cuidado de las DAMAS AZULES EN EL ALBERGUE JÁCOME VALDERRAMA”*.
4. Afirma que es una persona de muy escasos recursos económicos, por ello acudió a las damas azules, *“pues yo tengo que desplazarme cada 15 días desde SAN PABLO a Bucaramanga, a ver a mi hijo”*.
5. Señala que el médico tratante de su hijo le *“formuló inicialmente 20 sesiones de TERAPIA FISICA y se las realizan en la Clínica metropolitana, todos los días una, lleva 11 sesiones, puede ser que le formulen otras”*.

Por lo anterior, solicita el amparo de los derechos fundamentales de su hijo a la salud, a la vida y a la seguridad social; y que se ordene a la ARS Solsalud, *“AUTORIZAR LAS TERAPIAS FISICAS ORDENADAS POR EL MEDICO TRATANTE Y QUE SE LE BRINDE UNA ATENCIÓN DOMICILIARIA, EN EL ALBERGUE JÁCOME VALDERRAMA, CALLE 45 # 1-83 CAMPOHERMOSO- DAMAS AZULES”*.

Igualmente pide que se ordene de manera inmediata *“los tratamientos, exámenes, intervenciones quirúrgicas, entrega de medicamentos y en general la atención integral que se requiere para establecer su salud, así se encuentren fuera del POS y todo cargo al FOSYGA”*.

2. Contestación de la entidad demandada.

Por medio de apoderada judicial, la ARS SOLSALUD, contestó la presente demanda y se opuso a las pretensiones bajo los siguientes argumentos:

Señala que revisada la base de datos de la entidad *“aparece registrado el señor RUBEN DARIO OVIEDO HERRERA, identificado con la tarjeta de identidad No. (...) de 15 años de edad, y se encuentra actualmente como*

RETIRADO POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO en el régimen subsidiado por el Municipio de San Pablo- sur de Bolívar, por ser este el sitio de su residencia”.

De la misma forma, manifiesta que la solicitud de terapias físicas domiciliarias y atención domiciliaria no se encuentran establecidas en el POS – subsidiado.

Sumado a ello, dijo: *“dentro de la estructura de la UPC calculada y girada por el Fosyga a SOLSALUD EPS no se la han incluido los costos de viáticos, transportes, ni alojamientos, por lo tanto nuestra entidad no tiene el deber legal de asumirlo”.*

En cuanto a la solicitud del tratamiento integral en salud, considera que el juez de tutela no debe impartir órdenes hacía el futuro respecto de hechos o situaciones inciertas y no acaecidas, así como tampoco está demostrada la vulneración por acción u omisión si se tiene en cuenta que actualmente no han sido ordenados.

Por lo referenciado, solicita no acceder a las pretensiones de la accionante, por consiguiente pide que se declare IMPROCEDENTE la presente acción, *“Ya que se ha demostrado que Solsalud EPS en ningún momento ha vulnerado los derechos fundamentales del joven RUBEN DARIO OVIEDO HERRERA, toda vez que no existe vínculo alguno con nuestra entidad”.*

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Sentencia única de instancia.

El 25 de junio de 2007, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bucaramanga, denegó el amparo solicitado. Para el Juez único de instancia, después de exponer un amplio sustento considerativo relacionado con el estado social de derecho y el derecho a la salud según la jurisprudencia de esta Corporación, consideró *“claramente que hay falta de legitimación por pasiva ya que el ente accionado nos informa que revisada la base de datos, aparece registrado el señor RUBEN DARIO OVIEDO HERRERA, identificado (...), de 15 años de edad se encuentra como RETIRADO POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO”.*

De la misma forma señaló: *“En el folio 27 de esta tutela se encuentra certificación de SOLSALUD EPS en donde se nos informa de la terminación del contrato (...) razón por la cual este despacho procedió a comunicarse telefónicamente con la SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE SAN PABLO BOLIVAR en donde el SEÑOR FERNANDO LEONES persona encargada del régimen subsidiado en el mencionado municipio, confirmando dicha información”.*

“Por consiguiente se concluye por este fallador que no es procedente esta tutela en cuanto a que las ARS SOLSALUD, régimen subsidiado, no tienen contrato vigente con el joven RUBEN DARIO OVIEDO HERRERA”.

La sentencia no fue impugnada.

III. Pruebas.

Del material probatorio que obra en el expediente, la Sala destaca lo siguiente:

- Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la señora Aurora Herrera García. (Folio 1).
- Fotocopias del carné de afiliación del niño Rubén Darío Oviedo Herrera a la ARS SOLSALUD y de su tarjeta de identidad (Folio 2).
- Fotocopia de exámenes, controles médicos, hojas de evolución médica, y prescripción médica (Folios 3 a 6).
- Certificación de la entidad accionada en la que consta que el niño Oviedo Herrera, no aparece en la base de datos de la entidad accionada (Folio 27).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Legitimación por activa.

La presente acción fue ejercida por la señora Aurora Herrera García, en representación de su hijo Rubén Darío Oviedo Herrera.

Al respecto ha sostenido la Corte:

“A la luz de lo señalado en el artículo 86 de la Constitución Política, y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede promover acción de tutela, cuando encuentre que sus derechos constitucionales fundamentales resultan vulnerados o amenazados, por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos definidos por la ley, para lo cual el ordenamiento jurídico prevé cuatro posibilidades para proceder a su ejercicio: (i) en forma directa, (ii) por medio de un representante legal (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos y los interdictos), (iii) a través de un apoderado judicial o (iv) por intermedio de un agente oficioso”. (Subrayado fuera del texto original).

En el caso objeto de revisión, la señora Herrera manifestó actuar en representación de su hijo Rubén Darío y está probado que éste es menor de 18

años (nacido el 7 de mayo de 1992) con un diagnóstico de “PARAPLEGIA POR TUMOR MALIGNO DE COLUMNA VERTEBRAL” lo que efectivamente le imposibilita ejercer su propia defensa, motivo por el cual en el presente caso la agencia oficiosa resulta procedente¹.

3. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los antecedentes planteados, procede esta Sala de Revisión, a determinar si se vulneran o no, los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social del niño Rubén Darío Oviedo Herrera, por no recibir el servicio de atención médica domiciliaria por parte SOLSALUD ARS, para la práctica de “*terapia física permanente*”, para el tratamiento de la enfermedad denominada, “*PARAPLEGIA POR TUMOR MALIGNO DE COLUMNA VERTEBRAL*”.

Para resolver el problema jurídico anterior, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta corporación relacionada con: **(i)** el derecho fundamental a la salud y a la seguridad social de los niños; **(ii)** el principio de continuidad del servicio de salud; **(iii)** la protección constitucional especial del derecho a la salud de las personas con discapacidad física; **(iv)** las reglas jurisprudenciales acerca de la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS; **(v)** la prestación domiciliaria de servicios médicos y posteriormente abordará **(iv)** la solución del caso concreto.

4. El derecho a la salud y la seguridad social de los niños son fundamentales por mandato expreso de la Constitución. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia constitucional² ha sido uniforme en explicar la doble categorización que se predica de los derechos de los niños en el Estado colombiano, la cual está materializada en el artículo 44 de la Constitución cuando expresa:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...) los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. (Subrayado fuera de texto).

Los derechos de los niños son fundamentales y prevalentes, características que les fueron otorgadas con la finalidad de garantizar la protección especial de la que son titulares y la especial atención con que se debe salvaguardar el

¹ La Corte ha explicado que si se trata de agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de “*manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa, aparte de que ello es obvio tratándose de los niños. En consecuencia, tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.*” (Auto N° 006 de 1996).

² Sentencias SU-225/98, T-415/98 y T-864/99, T-887/99, T-179/00, T-597/01, C-839/01, entre otras.

proceso de desarrollo y formación de los mismos. Sobre el particular esta Corporación ha explicado³:

“Por una parte, en su inicio, el artículo [44] establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional,⁴ dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. Así, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niños en razón a su fundamentalidad.

“El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos”.⁵

El trato prevalente, es una manifestación del Estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional.

La Constitución Colombiana de 1991 no ha hecho en este sentido nada diferente que reproducir lo que los pactos y tratados internacionales han establecido. De igual manera, cabe recordar, que tales instrumentos del derecho internacional, han sido ratificados por la República de Colombia, y por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política.

Así las cosas, la prevalencia de los derechos de los niños está consignada en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció: Principio 6: *"El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material"*. De igual manera la Convención Internacional

³ Sentencia T-510/03.

⁴ Con relación a la *fundamentalidad* de los derechos de los niños ver entre otras las sentencias T-402/92 y SU-043/95.

⁵ Sentencia C-157/02.

sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991, mediante Decreto 94 de 1992, consagró: *“Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”*.

En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 27 de abril de 1977 en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de infante requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

En especial, frente al tema del derecho a la salud, el artículo 24 de la Convención sobre los derechos del niño, reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. *“Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:*

(...)

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”.⁶

Ahora bien, cabe enfatizar aquí que el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiriera la categoría de fundamental, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela.⁷

De la misma forma en la Sentencia T-144/08, se puede apreciar como la Corte ha venido replanteando el criterio de la conexidad de derechos fundamentales para ordenar el amparo del derecho a la salud de cualquier persona, al respectó en la antedicha providencia, la Sala Novena de Revisión, manifestó:

“Inicialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional se caracterizó por diferenciar los derechos susceptibles de protección mediante la acción de tutela y los derechos de contenido meramente prestacional, los cuales para ser amparados por vía de tutela, debían tener conexidad con los derechos inicialmente nombrados, es decir, los de primer orden.

⁶ En este sentido, ver sentencias T-165/04 y T-350/03.

⁷ Sentencias T- 530/04, T-1019/02, T-972/01, entre otras.

(...)

“la naturaleza fundamental de los derechos cuyo contenido es marcadamente prestacional, caso del derecho a la salud, conlleva que ante el abandono de las instancias políticas y administrativas competentes en implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica; el juez de tutela pueda hacer efectiva su protección por vía de tutela cuando se encuentren amenazados o vulnerados.

(...)

“Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas y que (el acceso a tratamientos contra el dolor o el suministro de todo lo necesario, para aquellas personas que padecen de enfermedades catastróficas que si bien, algunas son incurables, debe propenderse por todo lo necesario para un padecimiento en condiciones dignas).⁸

“En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales”.⁹

Bajo este entendido, el estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de sus asociados, sino que debe impedir que a través de sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, o de los particulares en los que el Estado ha delegado la función de proporcionar el servicio de salud, se ponga en riesgo o se vulnere tan preciado derecho. Con mayor razón si se trata del peligro que corra la salud de los niños, ya que como se pudo constatar, cuentan con una protección especial que la constitución y la jurisprudencia, les brinda y sumado al carácter fundamental que tiene el derecho a la salud.

⁸ Sobre el tema particular, consultar las Sentencias: T-1384 de 2000, T-365A-06, entre muchas otras.

⁹ Relacionado con el tema de la fundamentalidad del derecho a la salud, pueden consultarse entre otras las Sentencias T-227/03, T-859/03, T-858/04, T- 694/05, T-307/06, T-1041/06, T-1042/06, T-016/07, T-085/07, T-200/07, T-253/07, T-523/07, T-524-07, T-525/07, T-648/07, T-670/07, T-763/07.

Se concluye que ha sido constante la jurisprudencia de esta Corte en señalar que la salud en el caso de los niños es un derecho fundamental por expreso mandato constitucional, por ello se insiste en esta oportunidad, en que debe prestarse ineludible atención a los mandatos constitucionales referidos, y por tanto, en los casos concretos que lo requieran, es procedente la acción de tutela como mecanismo para lograr su inmediata efectividad.

5. El principio de continuidad en el servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia.

De conformidad con los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social al igual que el de la salud son servicios públicos que deben ser prestados en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En atención a lo anterior, el legislador consagró en el artículo 2° de la ley 100 de 1993 que los servicios de salud deben ser prestados acorde con los mencionados principios, siendo definido el principio de eficiencia como *“la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”*.

Respecto de la salud y la seguridad social la jurisprudencia ha precisado que la continuidad en su prestación garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten sus garantías fundamentales. En tal sentido, esta Corporación ha sido enfática en señalar que las razones de índole administrativo¹⁰ o aquellas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de los empleadores o empresas contratantes con las EPS; o en los casos en que la persona deja de tener una relación laboral, no son aceptables para negar la atención médica ya iniciada.¹¹

En esta medida la Corte ha destacado en múltiples Sentencias¹² la importancia que tiene el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, pues una de las principales características de los servicios públicos es la eficiencia y dentro de ella la continuidad, que busca garantizar un servicio oportuno y sin interrupción. Así en la Sentencia T-406 de 1993, la Corte consideró que uno de los principales fines del Estado es la prestación de los servicios públicos y que uno de los principios fundamentales que rige la prestación de aquellos, en materia de salud, es el de continuidad. En aquel entonces, se indicó:

¹⁰ Sentencia T-262 de 2000.

¹¹ Sentencia T-829 de 1999.

¹² Relacionadas con el principio de continuidad en la prestación del servicio, entre muchas otras, pueden verse las Sentencias: T-059/97, T-515/00, T-746/02, C-800/03, T-685/04, T-858/04, T-875/04, T-143/05, T-305/05, T-306/05, T-464/05, T-508/05, T-568/05, T-802/05, T-842/05, T-1027/05, T-1105/05, T-1301/05, T-764/06, T-662/07, T-690A/07, T-807/07, T-970/07 y T-1083/07.

“El servicio público responde por definición a una necesidad de interés general; ahora bien, la satisfacción del interés general no podría ser discontinua; toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva. La prestación del servicio público no puede tolerar interrupciones.”

De la misma forma en la Sentencia SU-562 de 1999, la Sala Plena de esta Corporación, estableció:

“Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

(...)

“En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2° de la C. P. que señala como uno de los fines del estado “garantizar la efectividad de los principios”. Luego, el principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora superior a los seis meses, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la “garantía de la seguridad social” establecida como principio mínimo fundamental...”. (Subrayados fuera del texto original)

Así pues, las entidades prestadoras del servicio de salud no pueden efectuar actos ni incurrir en omisiones que comprometan la continuidad del servicio y su eficiencia, ya que no es admisible que se niegue la autorización de exámenes, medicamentos, procedimientos quirúrgicos o tratamientos que se encuentran en curso, pues ello amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados, no solamente cuando se demuestra que sin ellos el paciente puede morir, sino cuando se puede ver afectado el estado de salud del usuario.¹³

A dicha conclusión la Corte ha llegado en múltiples fallos. Así, en Sentencia T-829 de 1999, esta Corporación indicó que *“sin importar la razón por la cual se extingue la vinculación con una E.P.S., ésta está obligada a continuar con los tratamientos que ha iniciado hasta su culminación, cuando esto es posible, o hasta cuando el ex usuario adquiera cierta estabilidad que lo aleje de un peligro de muerte, en casos extremos, de manera que no es posible la suspensión abrupta de los servicios frente a un tratamiento iniciado, siempre y cuando con ello se amenace o vulnere un derecho constitucional con carácter fundamental o uno que no tenga este carácter, pero que se encuentre inescindiblemente vinculado a uno que lo tenga”*

¹³ Sentencia T-111 de 2004.

Posteriormente en la Sentencia C-800/03, la Corte mostró como la jurisprudencia ha ido fijando en cada caso, “*si los motivos en los que la EPS ha fundado su decisión de interrumpir el servicio son constitucionalmente aceptables*”. Por ello, concluyó que una EPS no puede suspender un tratamiento, un medicamento o la práctica de una cirugía con base, entre otras, en las siguientes razones:

“(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.¹⁴” (Énfasis fuera del texto original).

Como se puede apreciar, esta Corporación ha estudiado la importancia que tiene el principio de continuidad cuando se suspende la atención en salud por parte de las Entidades Promotoras de Salud -EPS- por falta de pago de los aportes correspondientes del empleador o por la pérdida del vínculo laboral, señalando que una persona tiene derecho a seguir recibiendo un tratamiento médico ya iniciado, con independencia de la desvinculación o de la ausencia del pago de los aportes, “*pues suspenderle los servicios súbitamente puede significar peligro para su vida y su integridad física*”¹⁵

Así, en Sentencia T-109 de 2003, la Corte Constitucional sostuvo:

“En aras de amparar el derecho a la salud y a la vida de las personas que acuden en tutela reclamando su protección, la Corte Constitucional ha sido insistente en afirmar que las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.”

Con posterioridad, en Sentencia T-1079 de 2003, se ordenó a una EPS suministrar al accionante la atención integral en salud para tratar la hernia umbilical que padecía, al sostener que “*cuando una persona deja de tener una relación laboral, y por lo tanto, deja de cotizar al régimen contributivo del Sistema de Salud y no se encuentra vinculada de ninguna otra forma a dicho*

¹⁴ En el mismo sentido véase la Sentencia T-170 de 2002.

¹⁵ Sentencia T-1278 de 2001.

régimen, ni cuenta con recursos económicos, pero estaba recibiendo un servicio específico de salud (...) debe continuar recibiendo la asistencia médica, si se comprueba que para el caso están comprometidos derechos fundamentales a la vida y a la integridad de la persona”.

En igual sentido, la Sala Séptima de Revisión de la Corte en la reciente Sentencia T-1083/07, ratificó lo anteriormente expuesto, manifestando:

“En desarrollo de estos criterios, se han establecido de igual forma, por vía jurisprudencial¹⁶, algunas hipótesis que se presentan con cierta frecuencia y que en ningún caso pueden considerarse razones suficientes para suspender la atención en salud. Tal es el caso de la mora en el pago de los aportes, la desvinculación de la E. P. S., la pérdida de la calidad que permitía a la persona figurar como beneficiario, el no cumplimiento de todos los requisitos para la afiliación –pese a haber sido admitida la afiliación con anterioridad-, el traslado de E. P. S., el cambio de régimen de seguridad social en salud, la ausencia de algún documento de carácter técnico que debe estar en poder de la E. P. S., entre otras”.

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte reconoce la importancia del principio de continuidad en materia de salud y el deber que tienen las entidades encargadas de cumplirlo. Por tal razón, ha establecido a estas, la prohibición de realizar actos que comprometan la interrupción sin justificación admisible del servicio, una vez se inicien procedimientos, tratamientos o suministro de medicamentos, si con la suspensión de aquellos se comprometen derechos fundamentales, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad encargada de prestar el servicio en cuestión asuma sus obligaciones legales y los continúe efectivamente prestando.

6. La protección constitucional especial del derecho a la salud de las personas con discapacidad física. Reiteración de jurisprudencia.

Como lo reconoce la Constitución Política y lo consagran distintos instrumentos internacionales, las personas con disminución física son sujetos de especial protección constitucional.

En efecto, el inciso 3 del artículo 13 superior, instituye como deber del Estado el proteger especialmente a aquellas personas *“que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”*. Disposición que guarda armonía con el artículo 47, de la Constitución al disponer que el Estado debe adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran. Normatividad que debe interpretarse en correspondencia con las normas constitucionales que reconocen la seguridad social como servicio, derecho y principio del ordenamiento constitucional (arts. 48, 49 y 53).

¹⁶ Entre otras : Sentencias T-060 de 1997, T-829 de 1999, T-680 de 2004, T- 170 de 2002, T-380 de 2005.

El trato especial que debe prodigarse a las personas discapacitadas ha sido materia de abundante jurisprudencia¹⁷ por esta Corporación, en la que se han desarrollado los fines propuestos por el constituyente, así en Sentencia T-288 de 1995, la Corte manifestó:

“El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

“Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una "diferenciación positiva justificada" en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13)”¹⁸.

Igualmente en la Sentencia T-197 de 2003, en cuanto al tema de la salud y la necesidad de su protección, se indicó: *“es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”*

De la misma forma, en Sentencia T-293/04, en la que se estudió el caso de un niño discapacitado, se manifestó:

¹⁷ Al respecto se pueden consultar entre muchas otras, las Sentencias: T-288/95, T-265/97, T-364/99, T-823/99, T-179/00, T-941/00, C-559/01, T-595/02, T-1118/02, T-117/03, T-197/03, T-285/03, T-1141/03, C-156/04, C-174/04, T-314/05, C-381/05, T-1291/05, T-068/06, T-625/06, T-626/06, T-841/06, T-871/06, T-884/06, T-170/07, T-172/07, T-438/07, T-560/07, T-792/07, T-879/07, T-1038/07.

¹⁸ Sentencia T -288 de 1995.

“La Sala considera necesario precisar que en casos así, en los cuales está de por medio la prestación de los servicios de salud requeridos por un niño –sujeto de especial protección constitucional cuyos derechos e intereses son superiores y prevalecientes (art. 44, C.P.)-, y mucho más cuando se trata de un niño con discapacidad –que cuenta, por ende, con un doble status de sujeto de especial protección -, las entidades que forman parte del sistema de seguridad social en salud están en la obligación constitucional de prestar, en forma expedita y eficiente, todos los servicios que requiera el estado de salud del menor en cuestión, sin oponer para ello trabas u obstáculos de índole administrativa, presupuestal, financiera o burocrática”.

Más recientemente, en la Sentencia T-879/07, en el caso de un disminuido psíquicamente, se dijo:

“Esta protección reforzada a favor de los disminuidos psíquicos determina un compromiso que debe ser asumido por la familia, como primera llamada a hacerse cargo de las condiciones del afectado; por las entidades de salud, a quienes les corresponde cuidar el estado de salud a través del suministro del tratamiento ordenado por el médico; por el Estado que, más allá de su responsabilidad general de adelantar políticas y generar condiciones que garanticen los derechos de los enfermos mentales, debe brindar el apoyo que la familia requiera y suplirla cuando el actuar de ésta sea insuficiente, y, finalmente, por la sociedad, quien de forma solidaria debe estar presta a colaborar con las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta y evitar cualquier situación que represente alguna forma de discriminación”.

En síntesis, las circunstancias de vulnerabilidad e indefensión en las cuales desarrollan su vida las personas afectadas con algún tipo de discapacidad, son reconocidas por la Constitución Política y por la jurisprudencia de esta Corporación, la cual ha establecido como deber de todas las personas que participan del Sistema de Seguridad Social en Salud, el deber de proteger especialmente a aquellos que por su condición física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

7. Reglas jurisprudenciales acerca de la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS. Reiteración de jurisprudencia.

El modelo de seguridad social en salud previsto en la Constitución Política está fundado en la eficacia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Art. 48 C.P.). Esto significa que el suministro de prestaciones médico asistenciales, al igual que la ejecución de programas de promoción y prevención, deben tener por objeto principal garantizar los derechos fundamentales intrínsecamente ligados con el mantenimiento de las

condiciones de salud, bajo un marco que garantice la ampliación progresiva de la cobertura.

Estas metas del sistema de salud dependen, entre otros factores, del uso adecuado de los recursos económicos que ingresan al mismo y la solidaridad entre los sujetos que proveen las distintas fuentes de financiación, especialmente el Estado, los empleadores, los trabajadores y los pensionados. El reconocimiento del carácter limitado de los recursos del sistema lleva, de este modo, a la determinación de mecanismos legales que optimicen su ejecución. Entre estos instrumentos se encuentra la delimitación de las prestaciones exigibles a las empresas administradoras del sistema, a través de la fijación del Plan Obligatorio de Salud –POS–.

A pesar de la razonabilidad, que persigue fines constitucionalmente valiosos, en la determinación de un plan obligatorio en el que se encuentran los procedimientos a cargo del sistema, tales dispositivos legales generan controversias en términos de derechos fundamentales para eventos precisos. En efecto, la armonía entre las normas que regulan el plan obligatorio y los preceptos constitucionales se ve comprometida en los casos en que el usuario del servicio de salud requiere de un procedimiento o medicamento necesario para la conservación de su vida en condiciones dignas o su integridad física que, no obstante, se encuentra excluido del POS.

Ante la existencia de esa posibilidad fáctica, la Corte ha definido subreglas jurisprudenciales precisas sobre los requisitos que deben cumplirse para que el juez constitucional, ante la situación específica, proceda a inaplicar las normas que definen el contenido del plan obligatorio y, en su lugar, ordene el suministro de la o las prestaciones excluidas. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la acción de tutela es procedente para lograr un orden de protección de esta naturaleza cuando concurren las siguientes condiciones:

“i) [Que] Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna”.

ii) [Que] el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido;

iii) [Que] el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud; y

iv) [Que] estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la

entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.”¹⁹

No obstante, en relación con el cumplimiento del primer requisito, la intensidad de su comprobación debe modularse para el caso en que los afectados sean sujetos de especial protección. Ello debido a la protección especial que la constitución les brinda y al carácter fundamental que tiene el derecho a la salud. Desde esta perspectiva, el requisito en comento resultará acreditado cuando la ausencia de la prestación médico asistencial involucre una afectación del bienestar físico, mental o social de las personas que por mandato constitucional cuentan con una protección especial.

Si se cumplen las precedentes condiciones, las entidades encargadas de prestar el servicio que pertenezcan al régimen contributivo, deberán suministrar la prestación que se requiera y con el fin de preservar el equilibrio financiero tendrá la posibilidad de recobrar contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, tal y como lo ha señalado esta Corporación en sentencias anteriores²⁰.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007²¹, el tema del recobro total al Fosyga es revaluado, ya que en la referida Ley se estipula lo siguiente:

“ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. “(...)

“A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

“a)

(...)

“j) En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.

Pues bien, en la Sentencia C-463 de 2008, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró exequible el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, 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*

¹⁹ Cfr. Sentencias T-237/03, T-835/05, T-227/06 y T-335/06, entre otras.

²⁰ Sentencias T-134/01, T-488/01, T-1100/02, T-261/03, T-868/05, T-361/07, T-468/07, entre otras.

²¹ Ley 1122 de 2007 (enero 9). Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes”.

En virtud de ello, en los casos en que se soliciten servicios médicos que no estén contemplados en el POS del régimen contributivo; en los eventos en que las EPS lleven a consideración de sus respectivos Comités Técnicos Científicos dichas solicitudes. Si la solicitud no se estudia oportunamente ni se tramita ante el respectivo comité y la persona se ve obligada a acudir a la acción de tutela para lograr el suministro del servicio y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, tendrá como consecuencia que los costos sean cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.

De otra parte, en el caso de entidades que pertenezcan al régimen subsidiado, conforme quedó plasmado en la referida Sentencia C-463/08, el costo de los servicios médicos no contemplados en el POS, deberá entenderse en el sentido que *“la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001”*.²²

8. De la prestación domiciliaria de servicios médicos.

Esta Corporación ya ha tenido oportunidad de revisar casos en los cuales se solicita la atención domiciliaria para la prestación de servicios médicos que si bien se encuentran incluidos o excluidos del POS, son prestados en lugares diversos a la residencia del afectado. Situaciones así descritas, se han considerado por parte de la Corte contrarias a los derechos fundamentales a la salud, a la vida y al principio de eficiencia, como quiera que el paciente que se somete a un tratamiento fuera del lugar donde habita, queda expuesto no sólo a los trámites propios de la entidad, sino a gastos de transporte, alimentación y alojamiento en otro sitio, etc. Factores que en muchas ocasiones impiden el acceso al servicio requerido.²³

Al respecto la Sentencia T-160 de 2001, revisó el asunto de una persona parapléjica e inválida la cual requería atención domiciliaria y medicamentos para el tratamiento de su invalidez, y el ISS suspendió la atención, alegando que los aludidos servicios se encontraban excluidos del POS.

En aquella ocasión, a pesar de tratarse de servicios médicos excluidos del POS, se inaplicaron las normas que regulan la materia y la Corte ordenó:

“Tercero. En consecuencia se ordena al ISS-Seccional Medellín que dentro de las 48 horas siguientes contadas a partir de la notificación de

²² Sentencia C-463/08. Criterio que puede verse plasmado entre otras en las Sentencias T-607/04, T-540/06, T-557/06, T-565/07.

²³ Relacionado con el tema se pueden consultar entre otras, las Sentencias: T-160/01, T-889/01, T-706/03, T-202/04 y T-648/07.

esta providencia, restablezca las visitas médicas domiciliarias del señor Heriberto de Jesús Carvajal Carvajal y suministre los medicamentos requeridos y ordenados por los médicos tratantes, entre otros, gasas, sondas".²⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En el mismo año, la Corte conoció en Sentencia T-889/01, el caso de una señora de 59 años de edad, que padecía cáncer de médula ósea como consecuencia de un tumor lumbar que requería de visitas periódicas a su domicilio que permitiesen comprobar el desenvolvimiento del mal padecido. A pesar que las visitas domiciliarias estaban aprobadas, la cantidad y la periodicidad de las mismas no estaban adecuadas al mal padecido, por tal razón la Corte ordenó: “**Tutelar los derechos a la vida y la salud de la señora Ana Elli Neumann Hurtado y, en consecuencia, ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social - seccional Cundinamarca - que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si no lo ha hecho ya, se sirva definir la programación de las visitas domiciliarias a favor de la peticionaria**”.²⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Posteriormente, en la Sentencia T-706 de 2003, la Sala Octava de Revisión, analizó el caso de un niño al que se le diagnosticó cuadriparesia espástica y que requería de atención médica domiciliaria. La entidad accionada expuso como argumento para denegar el amparo que dicha orden, no se encontraba dentro del POS, pero la Corte en aquella ocasión fundamentada en la protección especial que la constitución brinda a los niños, resolvió.

“Segundo. ORDENAR, en consecuencia, al Gerente de Famisanar EPS, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación personal de esta sentencia, si es que aún no lo ha hecho, autorice la prestación del servicio médico domiciliario...”.²⁶

Igualmente, en la Sentencia T-202/04, la Sala Novena de revisión, evaluó el asunto de un niño de 8 años al que se le diagnosticó meningitis y retraso sicomotor severo, por lo que se le dificultaba tanto hablar como caminar, motivo por el cual se le ordenó la práctica de una serie de terapias. Terapias a las que no podía acceder por cuanto la entidad accionada aducía que únicamente las suministraba en la ciudad de Neiva, y no en el municipio de Campoalegre, lugar de su residencia.

En dicha providencia la Corte, concedió el amparo solicitado bajo el argumento de la protección especial de los niños y ordenó:

“Segundo. ORDENAR a CAPRECOM A.R.S. que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la comunicación de la presente sentencia proceda a iniciar el suministro al menor José Alver Ocampo Tovar las

²⁴ Sentencia T-160/01.

²⁵ Sentencia T-889/01.

²⁶ Sentencia T-706/03.

terapias físicas y del lenguaje en la cantidad y con la periodicidad ordenada por su médico tratante pero en el municipio de Campoalegre, ya sea de manera domiciliaria enviando a los profesionales de la salud indicados para ello al domicilio de la señora Tovar Caldas, o realizando si fuera necesario las diligencias para suscribir un contrato para un solo paciente con una entidad que esté en capacidad de prestar estos servicios en el municipio de Campoalegre (Huila)".²⁷

Como se puede apreciar en los precedentes expuestos, independientemente que los servicios médicos se encuentren incluidos dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS), la Corte por tratarse inexorablemente de personas que están imposibilitadas físicamente de acudir a los centros hospitalarios, ponderando la protección especial que la constitución les brinda a los discapacitados o a los niños, ha ordenado la prestación de servicios médicos en el domicilio de la persona que los requiera.

9. Caso concreto.

9.1 El problema jurídico que se revisa, corresponde en determinar si se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social del niño Rubén Darío Oviedo Herrera, por no recibir el servicio de atención médica domiciliaria por parte SOLSALUD ARS, para la práctica de "terapia física permanente", para el tratamiento de la enfermedad denominada, "PARAPLEGIA POR TUMOR MALIGNO DE COLUMNA VERTEBRAL".

La señora Aurora Herrera, en representación de su hijo por medio de escrito que dio origen a la presente acción de tutela, solicitó que se tutelaran los derechos fundamentales del niño, ordenando a la parte accionada, suministrar las terapias recetadas por el médico tratante en el albergue de la ciudad de Bucaramanga en que se encontraba temporalmente su hijo.

La señora afirmó no vivir en la antedicha ciudad y que no cuenta con los medios económicos para que las personas que por caridad cuidan de su hijo, paguen el transporte para llevarlo a la clínica a que se le realicen las respectivas terapias.

La entidad accionada SOLSALUD ARS, sostiene que no vulnera ninguno de los derechos fundamentales del niño Oviedo Herrera, en la medida que consultada su base de datos, el beneficiario aparece como "RETIRADO POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO".

El Juez único de instancia, denegó el amparo solicitado bajo el argumento de que en el presente asunto se presenta "claramente que hay falta de legitimación por pasiva ya que el ente accionado nos informa que revisada la base de datos, aparece registrado el señor RUBEN DARIO OVIEDO

²⁷ Sentencia T-202/04.

HERRERA, identificado (...), de 15 años de edad se encuentra como RETIRADO POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO”²⁸. En virtud de ello y por la ausencia de contrato vigente para la prestación de servicios del joven, negó lo solicitado.

9.2 Antes de entrar a estudiar de fondo el presente caso, es pertinente resaltar que el asunto reviste una especial importancia, ya que se trata de la atención que requiere un menor de 18 años discapacitado que goza de una especial y reforzada protección constitucional, cuyo derecho a la salud es fundamental, como se pudo constatar en la parte considerativa de esta providencia.

El despacho de la magistrada sustanciadora, advirtiendo la necesidad de verificar la vigencia de la solicitud y el estado de salud del joven, atendiendo a que la Sentencia que se revisa fue del 25 de junio de 2007 (circunstancia de la que se hablara más adelante), se comunicó telefónicamente con la señora Aurora Herrera la cual informó lo siguiente:

“Que se encontraba en la ciudad de Cúcuta con su hijo, el cual retiro temporalmente del albergue de la ciudad de Bucaramanga, porque unas personas le dijeron que en la Republica Bolivariana de Venezuela, unos médicos cubanos podían ver a su hijo y curarlo y que en pocos días lo reintegraría al albergue”.

Cuando se le indagó sobre la necesidad de las terapias, manifestó “*que su hijo no pudo volver a las mismas en la medida que no contaba con el dinero para el transporte al centro hospitalario*”.

De la misma forma, se le preguntó a través de que entidad estaba recibiendo los servicios médicos su hijo, para lo cual informó: “*Que estaban siendo prestados por SOLSALUD y que el problema con la afiliación había sido superado*”²⁹.

De lo narrado anteriormente se pueden colegir dos cosas, la primera que el suministro de las terapias para el niño, no fueron realizadas en su totalidad y la pretensión continua vigente, motivo por el cual no se configura un hecho superado. Y la segunda que el asunto de la afiliación a la entidad ya fue solucionado.

9.3 Sin más preámbulos, en la Sentencia que se revisa, la Sala advierte que las consideraciones expuestas por el fallador, no pueden ser de recibo en la medida que se configuraba una legitimación por pasiva, ya que el joven perdió su calidad de beneficiario por la terminación del contrato laboral de su madre, resolviendo de esta manera el caso por un argumento de orden formal el cual la jurisprudencia tiene de antaño superado.

²⁸ Dicha circunstancia la ratifico por llamada telefónica con la SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE SAN PABLO BOLIVAR en donde se le informó que la circunstancia de la desafiliación si era cierta.

²⁹ Folio 17 del cuaderno de revisión.

Para mayor claridad, en la providencia el juez no ponderó la amplia jurisprudencia que fue sintetizada en la parte considerativa de esta providencia, que establece la continuidad en la prestación del servicio de salud entre otros eventos, cuando *“la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario”*³⁰.

Pues bien, en el presente caso si se hubiese contemplado dicha situación, se hubiese podido advertir que la entidad accionada no podía abstenerse de continuar prestando el servicio ya iniciado y se debió entrar a resolver el asunto de fondo.

9.4 Entrando en materia, si se observa la contestación de la entidad demandada, como argumento adicional a la inexistencia en la base de datos del joven en calidad de beneficiario, manifestó que *“las terapias físicas domiciliarias no se encuentran establecidas en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado”*³¹, situación que lleva al asunto que se debió estudiar y no haber despachado el estudio del caso por un argumento sibilino y formalista como la *“falta de legitimación por pasiva”*.

Sucintamente, la Sala observa que los requisitos para ordenar un procedimiento excluido del POS-S, se cumplen de la siguiente manera:

Primero.

“i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna”.

La falta de las terapias al joven discapacitado, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal y a la vida, en la medida que confrontados los documentos que se allegaron con la presente tutela que ilustran el estado de salud del joven Rubén Darío Oviedo Herrera, reposa en el expediente nota de evolución de la enfermedad a (folio 5) y consta que su diagnóstico corresponde a una *“PARAPLEGIA POR TUMOR MALIGNO DE COLUMNA VERTEBRAL”*.

De la misma forma, a (folio 6) se puede constatar la orden médica, menbretada del Hospital Universitario de Santander en la que se ilustra *“paciente con dx anotado quien requiere sesiones de terapia física de manera permanente para rehabilitación urgente”*. Ante la evidencia anterior, la Sala le da toda credibilidad a lo afirmado por el médico tratante y encuentra probado el primer requisito exigido por la jurisprudencia de la Corte para el suministro de servicios médicos no POS.

³⁰ Es pertinente recordar como en la Sentencia C-800/03, se expusieron los eventos en los cuales la terminación del servicio de salud no era válida, en los que se incluye la pérdida de la calidad de beneficiario.

³¹ Folio 20.

Segundo.

“ii) Que el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido.

Se estima, que el requisito relativo a que el servicio prescrito no pueda ser reemplazado por otro que se encuentre contemplado en el POS, se cumple, ya que a pesar de que la entidad ofrecía las terapias en el Hospital, porque se encuentran en el POS, la Corte considerando que se trata de un menor de 18 años y un discapacitado, el cual tiene una protección especial por la Constitución y a que se dificulta para las personas que cuidan del mismo, el transporte al lugar en el que se puede brindar la alternativa del POS, ante la falta de efectividad del mismo la Sala considera necesario proteger la salud del paciente y da por cumplido este requisito.

Tercero.

“iii) Que el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud”.

En cuanto al costo de lo solicitado y la capacidad de pago, la accionante afirmó: *“no tengo los recursos económicos para cancelar los gastos de transporte de mi hijo, yo colaboro con el albergue trayéndoles yucas, plátanos desde San Pablo, con el objeto de que le den posada y lo lleven a las terapias a mi hijo”*³².

En reiterada jurisprudencia se ha dicho que *“la declaración o afirmación del accionante en ciertos casos, es suficiente para probar tal incapacidad económica”*.³³ Al respecto es pertinente traer a colación lo considerado por la Corte en Sentencia T-744 de 2004, en la que se dijo:

*“ La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos*³⁴.

“Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación

³² Folio 7.

³³ Sentencia T-819 de 2003 y T-093 de 2005 y T-145 de 2005.

³⁴Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: T-1019 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-906 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-699 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-447 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-279 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-113 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería).

*socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.*³⁵

*“Los jueces de tutela tienen el deber de decretar pruebas mediante las cuales se pueda comprobar la incapacidad económica alegada por el accionante. Su inactividad al respecto, no puede conducir a que las afirmaciones del accionante al respecto, sean tenidas como falsas, y se niegue por tal razón, la protección de los derechos fundamentales solicitada.*³⁶”.

Asimismo en Sentencia T-421 de 2001, frente a la necesidad de la prueba de la capacidad económica, la Corte especificó:

*“si el solicitante del amparo aduce en la demanda no contar con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o el procedimiento excluido del P.O.S., lo conducente es requerirlo para que aporte prueba que demuestre esa situación o decretar la práctica de pruebas que apunten a desvirtuar su dicho. Pero no es justo concluir que no se reúne uno de los requisitos indispensables para acceder a la tutela por la ausencia de pruebas para demostrarlo, atribuyendo esa falencia al actor, quien en la mayoría de los casos no sabe qué ni cómo puede probar un hecho determinado, dejando de lado que el juez constitucional de tutela como director del proceso debe hacer uso de la facultad oficiosa que la ley le confiere para decretar la práctica de pruebas que estime necesarias para dictar fallo de fondo ajustado a derecho resolviendo el asunto sometido a su conocimiento”.*³⁷ (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, la accionante al no disponer de los recursos económicos necesarios para el transporte de su hijo, no está en capacidad de asumir el

³⁵ Al respecto, en la Sentencia T-260 de 2004, se señaló lo siguiente: *"El accionante también afirma en su demanda no tener capacidad económica para cubrir los gastos que supone el examen recomendado, lo que no fue controvertido por la entidad accionada, a pesar de que es sabido que estas entidades poseen archivos con información suficiente de sus usuarios para desvirtuar la incapacidad económica que estos aleguen".* En el mismo sentido, ver también la sentencia T-861 de 2002 y la T-523 de 2001, entre otras.

³⁶ Al respecto, en la Sentencia T-279 de 2002, se señaló lo siguiente: *"Como se ha dicho en ocasiones pasadas (T-1120 de 2001) si el solicitante del amparo aduce en la demanda no contar con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o el procedimiento excluido del P.O.S., lo conducente es requerirlo para que aporte prueba que demuestre esa situación o decretar la práctica de pruebas que apunten a desvirtuar lo dicho. Pero no es justo concluir que no se reúne uno de los requisitos indispensables para acceder a la tutela demandada por la ausencia de pruebas para demostrarlo, como lo señala la sentencia que se revisa, atribuyendo esa falencia al actor, quien en la mayoría de los casos no sabe qué ni cómo puede probar un hecho determinado, dejando de lado que el juez constitucional de tutela como director del proceso debe hacer uso de la facultad oficiosa que la ley le confiere para decretar la práctica de pruebas que estime necesarias para dictar fallo de fondo ajustado a derecho resolviendo el asunto sometido a su conocimiento (T-018 de 2001)".*

En el mismo sentido ver las siguientes sentencias: T-699 de 2002, T-447 de 2002, T-1120 de 2001, T-1207 de 2001, entre otras.

³⁷ Ver sentencias T-264/93, T-018/01, T-1207/01, T-447/02, entre otras.

costo del mismo y se amenazaría de manera irrefutable su mínimo vital, al imponerle este nuevo gasto que se sale de la orbita de su capacidad de pago³⁸.

Cuarto.

“iv) Que estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante”.

Respecto del requisito de la vinculación entre la entidad y un médico adscrito, como ya se ilustró aparece a folios (5 y 6) prueba de que el medico auditor Nelson Lizaraso Valencia, ordenó el procedimiento *“terapias físicas de manera permanente para rehabilitación urgente”*. De esta manera y en la medida que la entidad accionada no manifestó que dicha circunstancia no fuera cierta, la Sala encuentra probados los requisitos para que proceda el suministro de las terapias en el lugar que indicó la actora, el cual dio origen a la interposición de la presente acción de tutela.

Por todo lo anterior y sin mayores consideraciones, ponderando la especial protección que la constitución y la jurisprudencia de esta Corporación le otorga a los niños y a las personas discapacitadas, se concederá el amparo solicitado y ordenará el suministro de la atención domiciliaria que requiere el paciente.

Sin embargo, teniendo en cuenta el diagnostico del joven, lo informado por su madre al despacho en la llamada telefónica y el tiempo transcurrido entre la prescripción de las terapias y la fecha de revisión del presente caso, se ordenará a SOLSALUD, (si aun no lo hubiere hecho), que deberá realizar una nueva valoración del joven Rubén Darío Oviedo Herrera, para que sus médicos tratantes, determinen el tratamiento o procedimiento pertinente para manejar el diagnostico que padece, garantizándosele el suministro de los medicamentos y tratamientos necesarios cuando los requiera – incluso la práctica del procedimiento denominado *“terapias físicas”* en el domicilio que su madre indicó en este proceso.

9.5 Ahora bien, teniendo en cuenta que al joven se le diagnosticó: *“paraplejia por tumor maligno de columna vertebral”* conforme a lo solicitado por su madre³⁹, se hace necesario que se le garantice una atención integral en salud (entiéndase consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministro de medicamentos, hospitalización, etc.), que le brinde una adecuada recuperación, en los términos de las prescripciones que los médicos adscritos a la entidad accionada efectúen para tal fin.

La jurisprudencia de la Corte, ha desarrollado el **principio de integralidad** en virtud del cual, en casos como el presente, se ha establecido que el juez de

³⁸ La Corte ha aplicado este mismo criterio en casos similares. Sentencias T-883/03 y T-1007/03, T-144/08, entre otras.

³⁹ Folio 9.

tutela debe ordenar que se garantice el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento⁴⁰.

Específicamente ha indicado esta Corporación: “(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley.”⁴¹

El principio encuentra asidero en la medida que (i) garantiza la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evita 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 patología.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso, se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida de un sujeto de especial protección como el joven Rubén Darío Oviedo Herrera, motivo por el cual, se revocará el fallo revisado y se concederá el amparo solicitado.

De otra parte, ponderando que en el presente caso la entidad accionada no adelantó la solicitud ante el respectivo Comité Técnico Científico para la autorización del servicio no POS aquí estudiado, en el entendido de la Sentencia C-463/08, se advertirá a la ARS Solsalud que podrá recobrar contra el Estado, específicamente contra la entidad territorial correspondiente, en los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en esta providencia y que no está obligada legalmente a asumir, con la salvedad que el monto será cubierto por partes iguales entre Solsalud y la entidad territorial correspondiente, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 de 2001.

10. Negligencia judicial por parte del Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bucaramanga.

No puede esta Sala pasar por alto, que en el estudio del presente caso se advierte una grave negligencia por parte del Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bucaramanga, por el desconocimiento de lo señalado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991⁴², que ordena que dentro de los diez (10) días

⁴⁰ El principio de integralidad, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en las sentencias: T-179/00, T-133/01, C-674/01, T-111/03, T-319/03, T-136/04, C-760/04, T-719/05, T-965/05, T-062/06, T-282/06, T-518/06, T-492-07, T-597-07 entre otras.

⁴¹ Sentencia T-136/04.

⁴² **ARTICULO 32. TRAMITE DE LA IMPUGNACION.** Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente. El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica

siguientes a la ejecutoria del fallo; el juez, si la sentencia no es impugnada, (como en el presente caso) debe remitir el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

El Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bucaramanga profirió Sentencia el (25) de junio de 2007. Sin embargo a (folio 2 del cuaderno de revisión), la Sala observa que el Juzgado envió hasta el (16) de enero de 2008, el expediente a la Secretaria de esta Corporación.

Es decir, en el trámite del envío del expediente para la eventual revisión ante esta Corporación, el expediente tardó más de (6) meses en ser enviado.

En esta medida no es aceptable, que mientras la Constitución propugna por la protección inmediata de derechos fundamentales, en un caso como el presente en el que se protegen los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad una persona que tiene un diagnóstico grave como quedó probado en la consideración 9.4 de esta Sentencia, por negligencia en la ejecución de un requisito de procedimiento se perpetuó la afectación de sus derechos fundamentales.

De lo anterior se concluye, que existieron irregularidades en el envío del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, por parte del Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bucaramanga, el cual no cumplió con lo señalado por el artículo 32 del decreto 2591 de 1991. En razón a ello, considera esta Sala que, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 53 del mismo Decreto 2591 de 1991, se incurrió en una falta, razón por la cual es pertinente compulsar copias de esta decisión y del proceso a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de Santander, para que proceda a realizar la investigación a que hubiere lugar, respecto del titular en esa época del Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bucaramanga.

V. 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 Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el 25 de junio de 2008, por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bucaramanga, el cual denegó el amparo solicitado, por la señora Aurora Herrera García, en representación de su hijo Rubén Darío Oviedo Herrera.

de pruebas y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio, el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Subrayado fuera de texto).

SEGUNDO.- CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social del joven Rubén Darío Oviedo Herrera, por las razones y en los términos de esta Sentencia.

TERCERO.- ORDENAR a la ARS SOLSALUD, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aun no lo hubiere hecho, realice una nueva valoración médica del joven Rubén Darío Oviedo Herrera, en la que los médicos de la entidad determinen el tratamiento integral de la “*paraplejia por tumor maligno de columna vertebral*” que padece, garantizándosele el suministro de los procedimientos o medicamentos necesarios para conjurar su enfermedad, incluso el procedimiento denominado “*terapias físicas*” en el domicilio indicado por su madre en este proceso.

CUARTO.- ADVERTIR a la ARS Solsalud que podrá recobrar contra el Estado, específicamente contra la entidad territorial correspondiente, en los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en esta providencia y que no está obligada legalmente a asumir, con la salvedad que el monto será cubierto por partes iguales entre Solsalud y la entidad territorial correspondiente, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 de 2001.

QUINTO.- ORDENAR, por medio de la Secretaría General de esta Corporación, se compulsen copias de esta decisión y del proceso a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de Santander, para que investigue la posible falta en la que pudo haber incurrido el titular en esa época del Juzgado Séptimo Penal Municipal de Bucaramanga, en el trámite de la presente acción de tutela.

SEXTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General