COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/1087/07

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/1087/07
Expediente	T-1700754
Fecha	2007-12-14
Sala	Sala no
Magistrado ponente	Dr JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Cuidados Paliativos
- Derecho A La Salud De Persona De La Tercera Edad
- Derecho A La Salud Y Accesibilidad Como Elemento Esencial
- Regimen Subsidiado De Seguridad Social En Salud
- Servicios Cubiertos Por El Pos-S
- Medicamentos, Tratamientos O Procedimientos Excluidos Del Pos-S

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Derecho a la salud, principalmente, en relación con el trato discriminatorio que, en ocasiones reciben quienes ostentan la calidad de vinculados al sistema de seguridad social en salud (ver Infra, Fundamentos, 7). La accesibilidad, sin

Texto completo

T-1087-07 Sentencia T-1087/07 CUIDADOS PALIATIVOS -Excluídos del Régimen Subsidiado DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD -Caso en que necesita cuidados paliativos y está en Régimen subsidiado DERECHO A LA SALUD Y ACCESIBILIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL -Es el presupuesto mínimo para el goce de este derecho La Corte ha estudiado el tema de la accesibilidad al derecho a la salud, principalmente, en relación con el trato discriminatorio que, en ocasiones reciben quienes ostentan la calidad de vinculados al sistema de seguridad social en salud (ver Infra, Fundamentos, 7). La accesibilidad, sin embargo, es un presupuesto mínimo para el goce del derecho a la salud para toda la población, y el diseño institucional para la prestación del servicio pretende, precisamente, establecer la forma en que cada grupo de la sociedad puede acceder a los servicios de salud.

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -Distribución de competencias para la prestación de servicios de salud/ SERVICIOS CUBIERTOS POR EL POS-S -Deben ser asumidos por ARS/ MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-S- Las Secretarías o Instituciones de Salud deben asumir la protección directa de las personas afectadas En lo que toca al régimen subsidiado de seguridad social en salud, los servicios cubiertos por el POS-S deben ser asumidos por las administradoras del régimen subsidiado, pues su papel en el sistema es, precisamente, el de canalizar los recursos del régimen subsidiado para la prestación adecuada del servicio; por otro lado, en los casos en que los afiliados requieran medicamentos, tratamientos o procedimientos

excluidos del POS-S, las secretarías o instituciones de salud de las entidades territoriales deben asumir la protección directa de las personas afectadas. No obstante el esquema esbozado, la Corte ha establecido que cuando se requiera la atención inmediata de personas que gozan de una protección constitucional reforzada, puede protegerse de forma más eficaz el derecho si las administradoras del régimen subsidiado asumen directamente la prestación. En estos eventos, la ARS afectada podrá solicitar el reembolso de los gastos en que incurra al Fondo de Solidaridad y Garantía para mantener el equilibrio económico del sistema.

Finalmente, la Corte ha señalado que la protección por vía de tutela del derecho a la salud, frente a actividades, intervenciones o medicamentos excluidos del POS o del POS-S, sólo procede "C uando (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento" .

MINIMO VITAL DE PERSONAS EN SITUACION DE DEBILIDAD MANIFIESTA Y OBLIGACION DE ASISTENCIA DEL ESTADO El artículo 46 de la Constitución prescribe que la atención de las personas de la tercera edad corresponde, en primer lugar a sus familiares y, de forma subsidiaria al Estado. Empero, la Corte, en la sentencia referida, señaló que cuando una persona se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, las cargas impuestas por el artículo 46 superior, se invierten, en virtud del principio de solidaridad social establecido en el artículo 1 de la Constitución, siendo entonces el Estado quien debe asumir directamente el amparo al mínimo vital de la persona. La obligación de brindar asistencia pública, surge entonces del propio texto constitucional, a partir del mandato contenido en el artículo 13 superior, que establece la obligación del Estado de proteger especialmente a aquellas personas que "por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta". Este mandato, lleva a considerar que derechos programáticos, como la salud, la seguridad social integral y la protección especial debida a personas de la tercera edad, se tornen, bajo circunstancias especiales, en derechos subjetivos de aplicación inmediata (art. 86 C.P.).

MINIMO VITAL DE PERSONAS EN SITUACION DE DEBILIDAD MANIFIESTA -Aspectos que el Juez debe esclarecer para que proceda protección directa a través de acciones directas del Estado Para que proceda la protección directa del mínimo vital de personas en condiciones de debilidad manifiesta, a través de acciones directas del Estado, el juez de tutela deberá esclarecer los siguientes aspectos: Sobre la procedencia del amparo: (i) que la situación de debilidad manifiesta, que le impida al individuo suplir las necesidades básicas que le permitan llevar una vida digna, se encuentre completamente comprobada; y (ii) que no existan otras personas que tengan el deber y la posibilidad de asumir el cuidado de la persona pues, como lo indica el artículo 46 de la Carta, la familia desempeña un rol preponderante en la protección de las personas de la tercera edad. Y, en relación con la forma de proteger el mínimo vital, debe determinarse en cada caso: (iii) cuál es el derecho prestacional requerido para restaurar el mínimo vital del peticionario y, (iv) cuál es la forma más eficaz para lograrlo.

PERSONA DE LA TERCERA EDAD EN ESTADO DE INDEFENSION -Protección constitucional / PERSONA DE LA TERCERA EDAD EN ESTADO DE INDEFENSION -Procedencia de tutela/ PERSONA DE LA TERCERA EDAD EN ESTADO DE INDEFENSION -Actuación que debe seguir la administración /DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD EN SITUACION DE ABANDONO ACCESIBILIDAD AL DERECHO A LA SALUD -Caso en que este elemento se ve vulnerado por negativa de la EPS y ARS demandada para brindar cuidados paliativos Resulta claro que, a partir de la información brindada por las entidades citadas, los cuidados paliativos requeridos por el paciente hacen parte, en buena medida, del primer nivel de atención en salud y deben ser asumidas por

la ARS demandada. Por lo tanto, tomando en cuenta que Salud Cóndor S.A. expresó en este proceso que no está dispuesta a brindarle esta atención por considerarla excluida del POS-S, la Corte deberá proteger el derecho a la salud del peticionario, pues el elemento de accesibilidad se ve vulnerado por la negativa de la entidad señalada. Podría discutirse, sin embargo que, sin importar si lo requerido por el paciente son cuidados propios del primer nivel de atención, o tratamientos excluidos del POS-S, cualquier tipo de prescripción médica debe provenir del médico tratante, por ser el único que dispone de todo el conocimiento científico, para determinar, a través de la interacción directa con sus pacientes, el manejo sanitario apropiado para su estado de salud. Por esta razón la Resolución 5261 de 1994 estableció que el médico tratante es la puerta de entrada al sistema.

JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD -Subreglas jurisprudenciales su construcción corresponde a un proceso de constante desarrollo/ DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD EN ESTADO DE INDEFENSION -Caso en que cuidados prescritos por enfermera hacen referencia a necesidad de brindar atención mínima a la persona Debe realizarse una precisión en lo que toca a la aplicación de las subreglas establecidas por la Corte para la exigencia judicial, o justiciabilidad del derecho a la salud, en contenidos adicionales al POS-S, para determinar si la decisión de negar la tutela, por no existir una orden del médico tratante resulta acertada, en relación con los antecedentes del presente caso: La construcción de las citadas subreglas, corresponde a un proceso de constante desarrollo de la jurisprudencia constitucional, a través de la solución de casos concretos, en el que la Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Carta Política, determina la forma en que disposiciones de contenido abierto, como los principios constitucionales, y los derechos fundamentales, deben entenderse y aplicarse. Sin embargo, las subreglas jurisprudenciales, tampoco escapan a un nivel determinado de vaguedad como, de forma general, ocurre con todas las estructuras lingüísticas. Por esta razón, su aplicación no puede ser automática, bajo el esquema de un razonamiento lógico-formal, sino que corresponde al juez de tutela precisar su sentido, en relación con las particularidades de cada caso concreto. En el presente caso, a partir de las consideraciones precedentes, es posible percibir que los cuidados prescritos por esta profesional no equivalen a tratamientos, procedimientos, intervenciones o medicamentos, sino que hacen referencia a la necesidad de brindarle atención mínima a una persona en condición de debilidad manifiesta.

Si se reflexiona en que el POS y el POS-S prescriben algunos cuidados que pueden ser llevados a cabo por paramédicos, auxiliares y enfermeras profesionales, entonces resulta claro que esta profesional, en virtud de su conocimiento, y en aplicación del principio de solidaridad consagrado en los artículos 1º, 48 y 90.2 de la Carta, lo que puso en evidencia con su orden fue la necesidad de brindar una asistencia humanitaria en favor del peticionario.

Se trata de una orden que no puede considerarse, entonces, como la prescripción de un tratamiento médico, sino como una acción destinada a garantizar el acceso a la salud de una persona de la tercera edad, en condiciones de debilidad manifiesta, sujeto de protección especial por parte del constituyente y que, en síntesis, equivale a una denuncia sobre problemas de accesibilidad al servicio de salud, sufridos por el peticionario, que ameritan la intervención del juez de tutela.

ASISTENCIA PUBLICA A FAVOR DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD EN ESTADO DE INDEFENSION -Caso en que la persona manifiesta su interés en ingresar a un ancianato/ ASISTENCIA PUBLICA A FAVOR DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD EN ESTADO DE INDEFENSION -Caso en que debe prestársela el municipio vinculado al proceso De acuerdo con la jurisprudencia constitucional referida en esta sentencia, la asistencia pública sólo es exigible cuando la persona que reclama un derecho asistencial se encuentra en condición de debilidad manifiesta, y sólo el Estado puede garantizar su derecho, por carecer de recursos económicos y de familiares que asuman su protección, en aplicación del principio de solidaridad social. En el estudio del caso concreto, cada uno de supuestos referidos se encuentra plenamente acreditado (nivel del sisbén, ausencia de familiares, vulneración al mínimo vital), por lo que la Sala procede

a determinar de qué forma, y a través de qué órgano, debe el Estado amparar el derecho fundamental al mínimo vital del peticionario. Para la Sala resulta evidente que el órgano estatal que debe acudir a la protección de los derechos del actor es el Municipio de San Juan de Pasto. En primer lugar, porque como ampliamente lo explicó la Corte en la Sentencia T-1330 de 2001, en aplicación directa de los artículos 13 y 46 de la Constitución, de acuerdo con los artículos 356, 357, 311 superiores, y considerando que en virtud del papel que la Ley 60 de 1993 (Ley Orgánica) otorga a los Municipios para la protección de la población más vulnerable, los entes territoriales cuentan con los recursos y los medios necesarios para atender las necesidades de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta. En segundo lugar, puesto que el peticionario en su solicitud de tutela señala su interés por ingresar al Amparo de Ancianos San José de Pasto, la Sala, siguiendo los lineamientos trazados por la Corte en la Sentencia T-1330 de 2001, ordenará al Municipio de San Juan de Pasto, inscribir al peticionario en sus programas de beneficencia, y realizar los trámites necesarios para que sea internado en el Amparo San José, de acuerdo con la disponibilidad de cupos del establecimiento, y siempre que el peticionario consienta en esta medida. La Sala no desconoce que el Municipio vinculado a este proceso, alega que el peticionario ya no reside en San Juan de Pasto, por lo que la responsabilidad de protegerlo, recaería en otra entidad territorial. Sin embargo, en la medida en que el documento que supuestamente prueba este hecho proviene de una Entidad que no tiene por función oficial la de llevar los censos de la población, el registro civil, o el registro electoral; y, en la medida en que la afiliación del peticionario al régimen subsidiado de seguridad social en salud se hizo a través del Municipio de San Juan de Pasto, es claro para la Corte que el Municipio de San Juan de Pasto no puede evadir su responsabilidad Referencia: expediente T-1700754 Acción de tutela de Ciro Ismael Guerrero Rivera en contra de Salud Cóndor EPS S.A.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil siete (2007). La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA dentro del trámite de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de San Juan de Pasto el treinta (30) de marzo de dos mil siete (2007), en primera instancia, y el Juzgado Quinto Penal del Circuito de San Juan de Pasto el veintiocho (28) de mayo de dos mil siete (2007), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES De los hechos y la demanda. 1. El señor Ciro Ismael Guerrero Rivera interpuso acción de tutela en contra de la empresa promotora de salud, y administradora del régimen subsidiado, Salud Cóndor S.A. (en adelante, Salud Cóndor S.A.), con posterior vinculación de la Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto, y el Instituto de Salud del Departamento de Nariño, con el fin de obtener protección constitucional a sus derechos fundamentales a la salud y la seguridad social, en conexidad con la vida, con base en los siguientes fundamentos fácticos:

1.1 El peticionario es una persona de 71 años de edad; no posee familiares y se encuentra afiliado al Sisbén en nivel de subsidio total . 1.2 El accionante presenta un diagnóstico de “ hipertrofia prostática”, por lo que utiliza una sonda vesical y, de acuerdo con certificación firmada por la enfermera profesional Omaira Yela, del Centro de Salud, el Lorenzo, requiere de cuidados paliativos .

1.3 Salud Cóndor S.A., negó los servicios señalados, por considerar que se encuentran excluidos del POS-S, de conformidad con el Acuerdo 306 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

1.4 El accionante interpuso acción de tutela para reclamar los servicios negados por Salud Cóndor S.A. el día veintiséis (26) de febrero de dos mil siete (2007), señalando su interés por recibir la atención que requiere en el Amparo de Ancianos San José de la ciudad de Pasto: “ La unidad de cuidados paliativos del amparo de ancianos San José presta servicios de baja complejidad en el primer nivel de atención en salud y en tales condiciones se encuentra habilitada por el Instituto Departamental de Salud de Nariño”.

2. La demanda fue admitida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de San Juan de Pasto el día quince (15) de marzo de dos mil siete (2007). 3. En el auto de admisión de la demanda, el Juez de Primera Instancia vinculó al proceso a la Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto, y al Instituto de Salud del Departamento de Nariño.

Intervención de las entidades vinculadas al proceso: 4. Salud Cóndor S.A. solicitó denegar el amparo, señalando que los cuidados paliativos se encuentran excluidos del POS-S, de conformidad con el Acuerdo 306 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS). Añade que el Instituto Departamental de Salud de Nariño, es la entidad que debe atender los requerimientos del peticionario.

5. El Alcalde del Municipio de San Juan de Pasto solicitó al juez negar el amparo solicitado, de acuerdo con los siguientes argumentos: La prestación del servicio de salud está a cargo del Estado, a través de sus entidades territoriales. Para tal efecto, los departamentos deben prestar los servicios de salud del segundo y tercer nivel, en tanto que a los municipios les corresponde la dirección y prestación del servicio en el primer nivel; en consecuencia, la Alcaldía Municipal de Pasto no puede autorizar el servicio requerido por el peticionario, por no encontrarse dentro del primer nivel de complejidad.

Advierte también que el Municipio de Pasto no está vulnerando los derechos fundamentales del accionante, y que " los cuidados paliativos no son procedimientos que necesiten un trato especializado por un centro de salud, y por calidad de vida de la (sic) paciente este es ambulatorio, domiciliario con cuidados por parte de la familia, soporte emocional por la misma que es lo mas (sic) importante en estos casos, además los cuidados paliativos que se le deben brindar [al peticionario] son muy elementales como suministrarle alimento diario, líquido, aseo e higiene personal".

6. Intervención del Instituto Departamental de Salud de Nariño: El Instituto Departamental referido solicitó al juez de primera instancia declarar que no es su responsabilidad la prestación de los servicios requeridos por el peticionario, pero indicó que Salud Cóndor S.A. es la entidad que debe asumir el cuidado del señor Guerrero Rivera, así:

6.1 De acuerdo con el diagnóstico del paciente, los cuidados paliativos que requiere son de carácter ambulatorio y corresponden al primer nivel de atención; por lo tanto, están a cargo de las administradoras del régimen subsidiado, y en este caso, de Salud Cóndor S.A.; para ofrecer mayor ilustración sobre este aspecto, expone que en el primer nivel de atención, se encuentran los siguientes cuidados: " asistencia alimentaria cuando [el paciente] no lo pueda hacer por sí mismo; baño e higiene del paciente; cambio de ropa personal y de cama; cambios de posición cuando [los pacientes] no lo pueden hacer por sí mismos; recreación; suministro de medicamento." 6.2 Sobre el interés del paciente por recibir los cuidados en el Amparo San José, anota que "El Amparo de Ancianos San José se habilitó como IPS (...) [y presta] los siguientes servicios: consulta médica general de baja complejidad, hospitalización de baja complejidad con 26 camas en la unidad de cuidados paliativos, fisioterapia, gerontología, nutrición y dietética, psicología, terapia del lenguaje todos ellos servicios de primer nivel de atención (…) tal como lo establecen el Acuerdo 306 de 2005 y la resolución 5261 de 1994".

Finalmente, expresa que " (…) el Amparo de Ancianos San José de Pasto, se habilitó como institución que (…) pertenece al Primer Nivel como puede comprobarse en sus registros de habilitación, por tal motivo es responsabilidad de la EPS garantizar los cuidados paliativos que requiere el accionante".

Fallo de primera instancia: 7. El Juez Cuarto Penal Municipal de San Juan de Pasto, concedió el amparo en primera instancia, apoyándose en el siguiente razonamiento:

7.1 Los cuidados requeridos por el paciente fueron prescritos por una enfermera profesional y no por su médico tratante, lo que en principio, haría improcedente la acción, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en cuanto a la inaplicación de las reglas de exclusión del POS-S.

7.2 No obstante este primer análisis, un estudio más profundo del caso permite concluir que el objeto de la acción se encuadra con mayor precisión en la necesidad de brindar asistencia pública al actor, que en una solicitud específica de una prestación en salud.

7.3 Dentro del contexto de la asistencia pública y, debido a que el peticionario carece de familiares, corresponde al Estado asumir su cuidado y, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional –así como por razones de justicia- es el ente territorial Municipio de San Juan de Pasto, el encargado de incorporar al paciente a sus programas de beneficencia, con el fin de garantizar su atención integral. (Se basa en las sentencias T-283 de 1998 y T-277 de 1999 de la Corte Constitucional).

A partir de la fundamentación reseñada, el a quo ordenó a la Alcaldía Municipal de Pasto incluir al actor como beneficiario de alguno de sus programas… " emitiendo las órdenes que le permitan ser atendido en el Amparo de Ancianos de San José de esta ciudad u otra institución que preste servicios similares".

Impugnación y fallo de segunda instancia. 8. La Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto recurrió el fallo de primera instancia, recalcando que Salud Cóndor S.A. es la entidad encargada de prestar los servicios al peticionario, así:

8.1 "La Fundación de Amparo de ancianos San José contrata los servicios de Cuidados Paliativos directamente con empresas promotoras de salud o administradoras del régimen subsidiado " (Negrilla del original).

8.2 El señor Ciro Ismael Guerrero Rivera fue beneficiario del Proyecto Hogares de Bienestar al Adulto Mayor hasta diciembre de 2006, y en la actualidad se encuentra residenciado en el Municipio de Tangua (Nariño), de acuerdo con una certificación expedida por el Centro del Adulto Mayor de San Juan de Pasto.

9. El Juzgado Quinto Penal del Circuito de San Juan de Pasto, en segunda instancia, revocó la sentencia del a quo. Su decisión se construyó sobre los siguientes supuestos:

9.1 No existe vulneración a los derechos fundamentales del actor, pues " está siendo atendido y tratado por un centro se (sic) Salud, adscrito a la dirección Municipal de Seguridad Social en Salud, como es el Centro de Salud El Lorenzo".

9.2 Los cuidados paliativos que reclama el demandante fueron prescritos por una enfermera profesional y no por un médico adscrito a Salud Cóndor S.A., lo que hace improcedente la tutela, de acuerdo con las subreglas jurisprudenciales para inaplicación de las exclusiones del POS-S.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN Competencia. Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de veintiuno (21) de septiembre de dos mil siete (2007), expedido por la Sala de Selección Número nueve de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

a. Problema jurídico planteado. Para enmarcar el problema jurídico que debe resolver la Sala, resulta pertinente hacer una síntesis de los diversos elementos que fueron discutidos en el trámite del proceso:

ü El objeto de la acción de tutela que se estudia, es obtener el servicio de cuidados paliativos, para la afección de hipertrofia prostática en el Amparo de Ancianos San José de la ciudad de San Juan de Pasto;

ü Las entidades vinculadas al proceso por el juez de primera instancia, entablaron una discusión sobre la responsabilidad legal de suministrar los cuidados requeridos por el señor Guerrero;

ü El juez de primera instancia consideró que la petición obedecía a una necesidad de asistencia pública, más que a un requerimiento específico en materia de salud, por lo que concedió el amparo tras establecer que el accionante se encuentra en situación de debilidad manifiesta;

ü El juez de segunda instancia, por su parte, revocó la decisión y negó la tutela, trasladando el problema al área de la justiciabilidad de prestaciones en salud excluidas del POS. Dentro de ese contexto, expuso que la tutela es improcedente, pues los cuidados paliativos no fueron prescritos por el médico tratante del actor, sino por una enfermera profesional.

ü La enfermera mencionada explicó que firmó esa orden pues conocía de la situación del actor, y en ningún lugar le prestaban la atención requerida.

Así las cosas, la Sala Tercera de Revisión deberá determinar si (i) la negativa de Salud Cóndor S.A., de autorizar cuidados paliativos por hipertrofia prostática al paciente Ciro Ismael Guerrero Rivera, persona de la tercera edad, por considerar que dichos cuidados se encuentran excluidos del POS-S , vulnera su derecho a la salud, en conexidad con la vida digna y la dignidad humana; y (ii) si la situación en que se encuentra el actor lo ubica en una posición de debilidad manifiesta que no le permite acceder a las condiciones materiales necesarias para llevar una vida digna, de forma que el Estado deba intervenir para garantizar la efectividad de su derecho fundamental al mínimo vital.

Para resolver los problemas planteados, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en lo concerniente a: (i) el carácter fundamental del derecho a la salud de las personas de la tercera edad, destacando la accesibilidad como elemento esencial de este derecho; (ii) la distribución de competencias y responsabilidades para la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado, y (iii) el deber de asistencia pública frente a personas en estado de debilidad manifiesta. Con base en ese marco jurisprudencial, (iv) procederá al estudio del caso concreto.

El derecho a la salud de las personas de la tercera edad es un derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia. 1. De acuerdo con los artículos 48 y 49 de la Carta, la Salud es un derecho constitucional, así como un servicio público esencial, cuya prestación se encuentra a cargo del Estado [1] , y debe orientarse por los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia [2] .

Sin embargo, a pesar de su rango constitucional, el derecho a la salud, en cuanto a su eficacia, se encuentra sujeto a restricciones de tipo económico, por lo que la Constitución Política [3] , y la jurisprudencia de esta Corporación [4] , han determinado que su realización debe ampliarse progresivamente, de acuerdo con el nivel de desarrollo del Estado.

2. A pesar de esa realización progresiva del derecho a la salud, la Corte ha establecido que el derecho tiene un contenido fundamental, en tres niveles: primero, en relación con los planes obligatorios de salud diseñados por el Estado pues en ellos se concreta el nivel de desarrollo del Estado, frente a la eficacia del derecho a la salud; por otra parte, el derecho a la salud es fundamental cuando su desconocimiento implica una amenaza o vulneración para otros derechos, fundamentales autónomos y de aplicación inmediata (criterio de conexidad); y, finalmente, el derecho a la salud es fundamental frente a grupos especialmente vulnerables.

3. En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido, en reiterada jurisprudencia [5] , que el derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental y autónomo, concepción que se deriva de la especial protección que la Constitución consagra en favor de las personas de la tercera edad [6] (art. 46 C.P.), y de la relación de inescindibilidad que el derecho a la salud guarda con la vida y la dignidad humana, para este grupo poblacional [7] .

Esa relación íntima que se establece entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, ha sido también recalcada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su observación general número 14 que, en su párrafo 25 establece:

[8] “25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación . Esas medidas deben basarse en reconocimientos

periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores;

y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad".

(Resaltado por fuera del original). 4. Por tales razones, la Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto por el derecho a la salud, frente a ciertos grupos poblacionales, entre los que se cuentan las personas de la tercera edad:

"El criterio anterior ha sido complementado y precisado por la propia jurisprudencia, en el sentido de señalar que, tratándose de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo, [9] sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela" [10] 5.

La accesibilidad como elemento esencial del derecho a la salud . En el sendero recorrido por la Corte Constitucional para determinar a través de su jurisprudencia, el alcance y contenido del derecho a la salud, la Corporación ha recurrido en diversas oportunidades a la ya referida Observación General Número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC). En el párrafo 12 de este documento, el Comité DESC expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad.

Sobre el primero de ellos, de acuerdo con la observación, deben tenerse presentes los siguientes lineamientos: "b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad".

La Corte ha estudiado el tema de la accesibilidad al derecho a la salud, principalmente, en relación con el trato discriminatorio que, en ocasiones reciben quienes ostentan la calidad de vinculados al sistema de seguridad social en salud (ver Infra, Fundamentos, 7).

La accesibilidad, sin embargo, es un presupuesto mínimo para el goce del derecho a la salud para toda la población, y el diseño institucional para la prestación del servicio pretende, precisamente, establecer la forma en que cada grupo de la sociedad puede acceder a los servicios de salud.

Distribución de competencias para la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado de seguridad social en salud. Reiteración de jurisprudencia.

6. Dentro de los parámetros constitucionales delineados, el legislador estableció el sistema integral de seguridad social en salud a través de la Ley 100 de 1993, previendo en su artículo 157 dos regímenes para la prestación del servicio, en función de sus fuentes de financiación.

Estos regímenes, en principio, consagran contenidos prestacionales diferentes, pero es deber del Estado, en aplicación de los principios de progresividad [11] y universalidad [12] , transitar hacia la igualdad en la prestación del servicio en ambos regímenes, y lograr la inclusión de toda la población al sistema de seguridad social en salud.

Los regímenes establecidos por la Ley 100 de 1993 son, por una parte, el régimen contributivo de seguridad social en salud (en adelante régimen contributivo), cuyo financiamiento proviene de los aportes que cada afiliado realiza de forma proporcional a su capacidad de pago, y del sector productivo; y su ejecución se efectúa bajo un esquema de solidaridad redistributiva, de forma que los mayores aportantes apoyan los servicios de los menos aventajados. Por otra parte, el legislador concibió el régimen subsidiado de seguridad social en salud (en adelante régimen subsidiado), en el cual el Estado subsidia los aportes de la población económicamente más vulnerable.

Ahora bien. En la medida en que la eficiencia en la prestación del servicio de salud, supone dar un uso adecuado a los recursos destinados al subsidio de esta población, el Estado debe identificar a los potenciales beneficiarios, para luego realizar su afiliación efectiva en el régimen subsidiado.

Es claro que mientras se adelanta este procedimiento administrativo, un sector vulnerable de la población no pertenece a ninguno de los regímenes mencionados, por lo que el legislador previó la necesidad de que el Estado atienda sus necesidades de forma directa, como vinculados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

7. En relación con los servicios concretos que los afiliados pueden reclamar en cada uno de los regímenes, el Estado tiene la obligación de diseñar planes de salud de exigencia inmediata [13] , basándose en estudios científicos sobre el perfil epidemiológico de la población colombiana. Como se indicó, estos planes constituyen el núcleo esencial de este derecho y son exigibles por vía de tutela (Supra, Fundamentos, 2) . La razón de ser constitucional de estos planes, es garantizar los servicios sanitarios más necesarios al mayor número de personas, de acuerdo con las limitaciones económicas del Sistema.

Pero si tal es la justificación de estos planes, entonces las prestaciones excluidas de la regulación gubernamental, no son, en principio, exigibles al Estado, pues la idea de ofrecer servicios adicionales que solo beneficien a un grupo específico de la población; o la inclusión de beneficios que resulten especialmente onerosos, podría traducirse en una reducción de la cobertura, y en una insuficiencia en la prestación del servicio que afectará, principalmente, a la población más vulnerable.

8. Para explicar la forma en que debe buscarse la realización del derecho a la salud, la Corte, en la sentencia T-666 de 2004 [14] , explicó que la garantía de este derecho corresponde a todos los actores sociales, en virtud del principio de solidaridad social, de la siguiente forma:

“ la realización del derecho a la salud responde a una cadena de obligados concurrentes , dado que dicha realización exige la contribución de todos los integrantes de la sociedad”.

Siguiendo el concepto de la cadena de obligados, en el régimen contributivo , la carga para la realización del derecho se ubica, en primer lugar, en el Sistema de Seguridad Social en Salud; si la prestación se encuentra excluida de los planes obligatorios de salud, entonces es el propio afiliado quien debe asumir la carga, pues de acuerdo con el artículo 48 de la Carta, las personas tienen la obligación de procurar el cuidado integral de su salud.

Sin embargo, en caso de que la persona no tenga ninguna posibilidad material para asumir este deber, la carga se activa [15] para los siguientes obligados: primero, para su familia; y, finalmente, para el Estado.

9. En el régimen subsidiado , la situación presenta matices diferentes, pues la pertenencia misma al régimen hace presumir la incapacidad de pago de sus afiliados, y no puede darse la solidaridad entre quienes aportan más y los menos aventajados. Por ello, frente a una afectación al derecho a la salud de grupos especialmente amparados por la Carta, o que, de acuerdo con el criterio de conexidad, implique una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales de los afiliados, es el Estado, quien debe asumir directamente la realización del derecho constitucional a la salud.

Cuando se hace necesaria esta intervención estatal directa para brindar prestaciones excluidas de los planes obligatorios, las entidades territoriales adquieren un papel protagónico pues, de acuerdo con el principio de descentralización, éstas asumen la reglamentación y coordinación para la prestación del servicio en el nivel territorial (cfr.

Ley 60 de 1993). Por ello, son las secretarías municipales y los organismos de salud adscritos a los departamentos, las entidades que deben garantizar el servicio público, a través de las instituciones oficiales, o privadas, con las que el Estado tenga contratos para este efecto.

En conclusión, en lo que toca al régimen subsidiado de seguridad social en salud, los servicios cubiertos por el POS-S deben ser asumidos por las administradoras del régimen subsidiado, pues su papel en el sistema es, precisamente, el de canalizar los recursos del régimen subsidiado para la prestación adecuada del servicio [16] ; por otro lado, en los casos en que los afiliados requieran medicamentos, tratamientos o procedimientos excluidos del POS-S, las secretarías o instituciones de salud de las entidades territoriales deben asumir la protección directa de las personas afectadas.

10. No obstante el esquema esbozado, la Corte ha establecido que cuando se requiera la atención inmediata de personas que gozan de una protección constitucional reforzada, puede protegerse de forma más eficaz el derecho si las administradoras del régimen subsidiado asumen directamente la prestación. En estos eventos, la ARS afectada podrá solicitar el reembolso de los gastos en que incurra al Fondo de Solidaridad y Garantía para mantener el equilibrio económico del sistema [17] .

11. Finalmente, la Corte ha señalado que la protección por vía de tutela del derecho a la salud, frente a actividades, intervenciones o medicamentos excluidos del POS o del POS-S, sólo procede “C uando (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento” .

[18] El mínimo vital de las personas en situación de debilidad manifiesta y la obligación de asistencia del Estado. 12. En el estado constitucional y social de derecho, además de las obligaciones de carácter negativo que se imponen al poder central, con el fin de respetar los derechos y libertades fundamentales, existen también obligaciones de carácter positivo que persiguen la protección de derechos que permiten alcanzar la igualdad material, y brindar a los ciudadanos las

condiciones materiales necesarias para llevar una vida digna, y asumir con plena autonomía el ejercicio de sus derechos, y el desarrollo de un plan de vida determinado [19] .

Entre estas obligaciones de carácter positivo, tal vez la más importante sea la seguridad social integral [20] ; sin embargo, las restricciones económicas que enfrentan los Estados, especialmente en contextos de escasez como el que caracteriza el caso colombiano, estas obligaciones se cumplen progresivamente, en la medida en que el Estado alcanza nuevos estadios de desarrollo.

13. La Corte, no obstante lo expuesto, fijó en un temprano pronunciamiento [21] , la posibilidad excepcional de que el Estado asuma de forma directa, y no a través de políticas públicas, sujetas a desarrollo legislativo, y regulación por parte de la Administración, prestaciones de carácter asistencial, para la protección de sujetos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta:

“ El Estado ocasionalmente está obligado a hacerse cargo de la asistencia de personas expuestas a situaciones de indigencia o desprotección, bien directamente mediante la prestación de determinados servicios o el reconocimiento de derechos públicos subjetivos, o indirectamente mediante la determinación del gasto social.

El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales” [22] .

Así, el artículo 46 de la Constitución prescribe que la atención de las personas de la tercera edad corresponde, en primer lugar a sus familiares y, de forma subsidiaria al Estado. Empero, la Corte, en la sentencia referida [23] , señaló que cuando una persona se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, las cargas impuestas por el artículo 46 superior, se invierten, en virtud del principio de solidaridad social establecido en el artículo 1 de la Constitución, siendo entonces el Estado quien debe asumir directamente el amparo al mínimo vital de la persona.

[24] La obligación de brindar asistencia pública, surge entonces del propio texto constitucional, a partir del mandato contenido en el artículo 13 superior, que establece la obligación del Estado de proteger especialmente a aquellas personas que “ por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.

Este mandato, lleva a considerar que derechos programáticos, como la salud, la seguridad social integral y la protección especial debida a personas de la tercera edad, se tornen, bajo circunstancias especiales, en derechos subjetivos de aplicación inmediata (art. 86 C.P.).

14. Ahora bien. Este tipo de protección directa, de acuerdo con la distribución de competencias del Estado, y con la necesidad de lograr que la seguridad social sea viable para todas las personas, sólo procede de forma excepcional. Por ello, al momento de determinar la procedencia del amparo constitucional, frente a situaciones que impliquen la asistencia directa del Estado, el juez de tutela debe actuar con especial cautela pues, como se ha expuesto, cualquier orden que implique prestaciones asistenciales, pone en riesgo la solidez financiera del sistema, y por esta vía, los derechos sociales de toda la población y, especialmente, de los grupos más vulnerables.

15. De acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, para que proceda la protección directa del mínimo vital de personas en condiciones de debilidad manifiesta, a través de acciones directas del Estado, el juez de tutela deberá esclarecer los siguientes aspectos:

Sobre la procedencia del amparo: (i) que la situación de debilidad manifiesta, que le impida al individuo suplir las necesidades básicas que le permitan llevar una vida digna, se encuentre completamente comprobada; y (ii) que no existan otras personas que tengan el deber y la posibilidad de asumir el cuidado de la persona pues, como lo indica el artículo 46 de la Carta, la familia desempeña un rol preponderante en la protección de las personas de la tercera edad. Y, en relación con la forma de proteger el mínimo vital, debe determinarse en cada caso: (iii) cuál es el derecho prestacional requerido para restaurar el mínimo vital del peticionario [25] y, (iv) cuál es la forma más eficaz para lograrlo [26] .

16. Con base en estos supuestos, la Sala Tercera de Revisión, en la sentencia T-1330 de 2001 [27] , al estudiar el caso de un anciano que requería cuidados en salud y no se hallaba inscrito en el Sisbén, determinó la necesidad de que las autoridades administrativas ejecutaran las actividades necesarias para lograr su inscripción y posterior afiliación al régimen subsidiado , con el fin de hacer efectivo su derecho a la Salud.

En este caso, la Corte consideró, sin embargo, que si bien la afiliación del peticionario al régimen subsidiado resultaba adecuada para la protección a su derecho a la salud, una orden que no trascendiera ese ámbito sería insuficiente para amparar el mínimo vital del peticionario, por lo que ordenó al municipio demandado que, de acuerdo con sus atribuciones legales y constitucionales y, en virtud de su incidencia en la ejecución del gasto social, efectuara los trámites necesarios para internar al peticionario, a través de los planes de beneficencia del Municipio, en un centro de atención especializado.

Resulta relevante, entonces, transcribir las conclusiones obtenidas por la Corte en esa oportunidad: “De esta manera, la Corte encuentra (i) que corresponde a los municipios financiar "programas de la tercera edad y de las personas con deficiencias o alteraciones físicas y mentales, en cualquiera de sus modalidades de atención; (ii) que cuentan con los recursos para el efecto; (iii) que el señor Molina es una persona anciana e inválida, que se encuentra en una clara situación de abandono y que sólo puede recurrir al Estado para obtener la protección que requiere respecto de su derecho al mínimo vital;

(iv) que esta situación lo hace acreedor del derecho constitucional de recibir dicha atención; (v) que es el Municipio de Bucaramanga a quien le corresponde proporcionarla” [28] .

La Corte también consideró pertinente en esa oportunidad [29] , referirse a la sentencia C-520 de 1994 [30] , “ acerca del significado que tienen las transferencias de la Nación a las entidades territoriales como mecanismo de reducción de la pobreza y apoyo a los sectores más necesitados de la población” [31] , citando el siguiente aparte de ese fallo de constitucionalidad:

“La Ley 60 de 1993 procura concentrar la acción del Estado en la población más pobre realizando actividades en áreas que han mostrado en el país mayor eficacia para la reducción de la pobreza como educación, salud, vivienda y agua potable”.

[32] La decisión mencionada se basó, entonces, por una parte, en la situación del actor, que requería la intervención directa del Estado en la protección de las condiciones materiales mínimas para acceder a una vida digna; y, de otro lado, en las posibilidades financieras del municipio, que le permiten propender por una ejecución adecuada del gasto social.

Del caso concreto A partir de los presupuestos jurisprudenciales reseñados, la Sala dividirá el estudio del caso concreto en dos apartes: (1.- Obligaciones de las entidades demandadas hacia el peticionario frente al derecho a la salud; y 2.- La necesidad de brindar al peticionario ayuda asistencial integral por parte del Estado). Como un referente constante para el análisis, la Sala estima valioso recordar las condiciones personales del peticionario:

El señor Ciro Ismael Guerrero Rivera es una persona de la tercera edad (71 años de edad), sin familiares que asuman su cuidado y carece, en forma absoluta, de recursos económicos para satisfacer sus necesidades básicas, como se deduce de

su calificación en el Sisbén , como beneficiario de un subsidio total [33] . Por tales razones, puede concluirse que el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional, y una persona en situación de debilidad manifiesta.

1. En materia de salud, el peticionario, en virtud de una enfermedad, o como manifestación de su ciclo vital, sufre de hipertrofia prostática, afección que lo obliga a suplir, o realizar sus secreciones urinarias mediante una sonda vesical. Como resultado de este diagnóstico, una enfermera profesional le firmó una autorización para recibir cuidados paliativos, es decir, cuidados que no buscan su curación, sino proteger su nivel de vida en condiciones acordes con la dignidad humana.

Estos cuidados no fueron autorizados por Salud Cóndor S.A., entidad que sostuvo que el POS-S sólo contempla cuidados paliativos para el cáncer y enfermedades ruinosas y catastróficas.

La Sala encuentra, sin embargo, que esa aludida exclusión genérica de los cuidados paliativos obedece a una interpretación errónea de las normas del POS y el POS-S:

En primer lugar, porque el artículo 1º del Acuerdo 305 de 2006 señala que: “ 1. Cobertura de servicios de primer nivel de complejidad: El plan cubre la atención para todos los afiliados en el Régimen Subsidiado, de todos los eventos y problemas de salud susceptibles de ser atendidos en el primer nivel de atención por médico general y/o personal auxiliar y/o paramédico y/o de otros profesionales de la salud no especializados, en forma ambulatoria, o con hospitalización según lo definido para ese nivel en los artículos 20, 21, 96 al 100 y del 103 al 104 de la Resolución 5261 de 1994 ”; en segundo lugar porque la Resolución 5261 de 1994, indica como servicios incluidos en el POS, para el Nivel I de complejidad: “ Atención ambulatoria: Consulta médica general; atención inicial, estabilización, resolución o remisión del paciente en urgencias; atención odontológica; laboratorio clínico; radiología, medicamentos esenciales, citología, acciones intra y extramurales de promoción, prevención y control, atención quirúrgica. Así como los siguientes servicios con internación: atención obstétrica, atención no quirúrgica u obstétrica, laboratorio clínico; radiología” Finalmente, porque la Resolución 5261 de 1994, que establece exclusiones concretas en su artículo 18 señala en el literal l, que:

[Se encuentran excluidas las] “ Actividades, procedimientos e intervenciones para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosas, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación”;

pero en la misma disposición indica que “ Podrá brindarse apoyo psicológico, terapia paliativa para el dolor, la incomodidad y la disfuncionalidad o terapia de mantenimiento” (resaltado fuera del original).

Por lo tanto, es claro que en las exclusiones establecidas en el numeral 18 del POS, no se encuentra la terapia paliativa, pues claramente indica la disposición que ésta podrá brindarse.

Por lo expuesto, la interpretación constitucionalmente aceptable de las disposiciones citadas, es que los cuidados paliativos, mientras hagan parte del primer nivel de atención, o se encuentren comprendidos por los artículos 96 al 100, 103 y 104 de la Resolución 5261 de 1994, sí se encuentran incluidos en el POS. Frente al caso concreto, parece existir un consenso en cuanto a que los cuidados requeridos por el paciente hacen parte, precisamente de ese primer nivel de atención. Así lo manifestaron las entidades vinculadas al proceso:

-. Municipio de San Juan de Pasto: “ los cuidados paliativos no son procedimientos que necesiten un trato especializado por un centro de salud, y por calidad de vida de la (sic) paciente este es ambulatorio, domiciliario con cuidados por parte de la familia, soporte emocional por la misma que es lo mas (sic) importante en estos casos, además los cuidados paliativos que se le deben brindar [al peticionario] son muy elementales como suministrarle alimento diario, líquido, aseo e higiene personal”.

-. El Instituto Departamental de Salud de Nariño indicó que estos cuidados comprenden: “ asistencia alimentaria cuando [el paciente] no lo pueda hacer por sí mismo; baño e higiene del paciente;

cambio de ropa personal y de cama; cambios de posición cuando [los pacientes] no lo pueden hacer por sí mismos; recreación; suministro de medicamento.” -. Por último, el Centro de Salud Lorenzo de Aldana, presentó la siguiente información sobre la orden de la enfermera profesional que llevó al juez de segunda instancia a revocar la orden de amparo: “ En cuanto a la funcionaria OMAIRA YELA, sí trabaja en el Centro de Salud Lorenzo de Aldana, la cual aduce que lo realizó [se refiere a la prescripción de cuidados paliativos] por solicitud de la persona que lo cuida y por conocer el caso del mencionado señor ya que en ninguna parte le querían realizar el cambio de sonda” Así, resulta claro que, a partir de la información brindada por las entidades citadas, los cuidados paliativos requeridos por el paciente hacen parte, en buena medida, del primer nivel de atención en salud y deben ser asumidas por la ARS demandada. Por lo tanto, tomando en cuenta que Salud Cóndor S.A. expresó en este proceso que no está dispuesta a brindarle esta atención por considerarla excluida del POS-S, la Corte deberá proteger el derecho a la salud del peticionario, pues el elemento de accesibilidad se ve vulnerado por la negativa de la entidad señalada.

Podría discutirse, sin embargo que, sin importar si lo requerido por el paciente son cuidados propios del primer nivel de atención, o tratamientos excluidos del POS-S, cualquier tipo de prescripción médica debe provenir del médico tratante, por ser el único que dispone de todo el conocimiento científico, para determinar, a través de la interacción directa con sus pacientes, el manejo sanitario apropiado para su estado de salud. Por esta razón la Resolución 5261 de 1994 estableció que el médico tratante es la puerta de entrada al sistema.

Esta consideración, es en principio válida. Empero, debe realizarse una precisión en lo que toca a la aplicación de las subreglas establecidas por la Corte para la exigencia judicial, o justiciabilidad del derecho a la salud, en contenidos adicionales al POS-S, para determinar si la decisión de negar la tutela, por no existir una orden del médico tratante resulta acertada, en relación con los antecedentes del presente caso:

La construcción de las citadas subreglas, corresponde a un proceso de constante desarrollo de la jurisprudencia constitucional, a través de la solución de casos concretos, en el que la Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Carta Política, determina la forma en que disposiciones de contenido abierto, como los principios constitucionales, y los derechos fundamentales, deben entenderse y aplicarse.

Sin embargo, las subreglas jurisprudenciales, tampoco escapan a un nivel determinado de vaguedad [34] como, de forma general, ocurre con todas las estructuras lingüísticas. Por esta razón, su aplicación no puede ser automática, bajo el esquema de un razonamiento lógico-formal, sino que corresponde al juez de tutela precisar su sentido, en relación con las particularidades de cada caso concreto.

En el presente caso, a partir de las consideraciones precedentes, es posible percibir que los cuidados prescritos por esta profesional no equivalen a tratamientos, procedimientos, intervenciones o medicamentos, sino que hacen referencia a la necesidad de brindarle atención mínima a una persona en condición de debilidad manifiesta.

Si se reflexiona en que el POS y el POS-S prescriben algunos cuidados que pueden ser llevados a cabo por paramédicos, auxiliares y enfermeras profesionales , entonces resulta claro que esta profesional, en virtud de su conocimiento, y en aplicación del principio de solidaridad consagrado en los artículos 1º, 48 y 90.2 de la Carta, lo que puso en evidencia con su orden fue la necesidad de brindar una asistencia humanitaria en favor del peticionario.

Se trata de una orden que no puede considerarse, entonces, como la prescripción de un tratamiento médico, sino como una acción destinada a garantizar el acceso a la salud de una persona de la tercera edad, en condiciones de debilidad manifiesta, sujeto de protección especial por parte del constituyente y que, en síntesis, equivale a una denuncia sobre

problemas de accesibilidad al servicio de salud, sufridos por el peticionario, que ameritan la intervención del juez de tutela.

Por ello, la Corte adoptará medidas diversas y complementarias para garantizar, de forma integral el derecho a la salud del peticionario. En este sentido, la Sala ordenará a Salud Cóndor S.A.:

(i) Remitir al paciente al médico general para determinar toda la atención sanitaria que éste requiera; y, (ii) remitir al paciente a un especialista en urología para que lleve a cabo un control sobre su enfermedad, y determine las necesidades médicas concretas del paciente en su estado actual.

A su vez, la Sala: (iii) advertirá a Salud Cóndor S.A. respecto de su obligación de otorgar todos los cuidados que el paciente requiera en el primer nivel de atención, de acuerdo con el artículo 2.1 del Acuerdo 306 de 2005, los artículos 96, 97, 98, 99, 100, 103 y 104 de la Resolución 5261 de 1994, y los párrafos recién expuestos en este fallo. Por último, la Sala (iv) ordenará a Salud Cóndor S.A. que asuma directamente las necesidades que, de acuerdo con las valoraciones señaladas requiera el paciente, y se encuentren excluidas del POS-S, señalando que le asiste derecho a solicitar el reembolso de estos gastos a la subcuenta del Fosyga [35] .

2.- Necesidad de asistencia pública a favor del Señor Ciro Ismael Guerrero Rivera: En este caso, al igual que en el caso estudiado por la Corte en la sentencia T-1330 de 2001 [36] , es claro que la atención en salud no es suficiente para que el peticionario goce de las condiciones necesarias para llevar una vida digna pues, además de la asistencia sanitaria, el Señor Ciro Ismael Guerrero Rivera requiere de cuidados como alimentación básica, higiene, recreación, entre otros elementos que comprenden el mínimo vital del peticionario.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional referida en esta sentencia [37] , la asistencia pública sólo es exigible cuando la persona que reclama un derecho asistencial se encuentra en condición de debilidad manifiesta, y sólo el Estado puede garantizar su derecho, por carecer de recursos económicos y de familiares que asuman su protección, en aplicación del principio de solidaridad social. (Supra.

Fundamentos. 3). De acuerdo con la consideración preliminar presentada en el estudio del caso concreto, cada uno de supuestos referidos se encuentra plenamente acreditado (nivel del sisbén, ausencia de familiares, vulneración al mínimo vital), por lo que la Sala procede a determinar de qué forma, y a través de qué órgano, debe el Estado amparar el derecho fundamental al mínimo vital del peticionario.

Para la Sala resulta evidente que el órgano estatal que debe acudir a la protección de los derechos del actor es el Municipio de San Juan de Pasto.

En primer lugar, porque como ampliamente lo explicó la Corte en la Sentencia T-1330 de 2001, en aplicación directa de los artículos 13 y 46 de la Constitución, de acuerdo con los artículos 356, 357, 311 superiores, y considerando que en virtud del papel que la Ley 60 de 1993 (Ley Orgánica) otorga a los Municipios para la protección de la población más vulnerable, los entes territoriales cuentan con los recursos y los medios necesarios para atender las necesidades de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta.

En segundo lugar, puesto que el peticionario en su solicitud de tutela señala su interés por ingresar al Amparo de Ancianos San José de Pasto, la Sala, siguiendo los lineamientos trazados por la Corte en la Sentencia T-1330 de 2001, ordenará al Municipio de San Juan de Pasto, inscribir al peticionario en sus programas de beneficencia, y realizar los trámites necesarios para que sea internado en el Amparo San José, de acuerdo con la disponibilidad de cupos del establecimiento, y siempre que el peticionario consienta en esta medida.

La Sala no desconoce que el Municipio vinculado a este proceso, alega que el peticionario ya no reside en San Juan de Pasto, por lo que la responsabilidad de protegerlo, recaería en otra entidad territorial. Sin embargo, en la medida en que

el documento que supuestamente prueba este hecho proviene de una Entidad que no tiene por función oficial la de llevar los censos de la población, el registro civil, o el registro electoral; y, en la medida en que la afiliación del peticionario al régimen subsidiado de seguridad social en salud se hizo a través del Municipio de San Juan de Pasto, es claro para la Corte que el Municipio de San Juan de Pasto no puede evadir su responsabilidad frente al señor Ciro Ismael Guerrero Rivera.

Por último, la Corte comisionará al Juez de Primera Instancia para que vigile el cumplimiento del presente fallo [38] . III. DECISIÓN Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de San Juan de Pasto y, CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de primera instancia, emitido por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pasto, en el sentido de proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, y la salud del Sr. Ciro Ismael Guerrero Rivera.

Segundo. – MODIFICAR el fallo de primera instancia, señalando que los cuidados que correspondan al primer nivel de atención en salud deben ser asumidos por la EPS Salud Cóndor S.A., sin que le asista el derecho de solicitar el reembolso por este concepto al Fosyga.

Tercero. – PREVENIR a la demandada sobre su obligación de cubrir todas las contingencias en salud cubiertas por el POS-S a sus afiliados, en los términos establecidos en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. – ORDENAR a la EPS Salud Cóndor S.A. que en el término de un día contado a partir de la notificación del presente fallo, remita al paciente a valoración ante un médico general adscrito a la EPS, y en el término de tres días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, remita al paciente a consulta con especialista en Urología.

Quinto. – ORDENAR a la EPS Salud Cóndor S.A., que autorice los procedimientos, tratamientos o medicamentos que sean ordenados al paciente, como resultado de la valoración ordenada en el numeral precedente, aunque se encuentren excluidos del POS-S, señalando que le asiste derecho para solicitar, sólo por este concepto, el reembolso al Fondo de Solidaridad y Garantía.

Sexto. – ORDENAR a la Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto que inscriba al peticionario en sus programas de beneficencia para el adulto mayor.

Séptimo.- ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Pasto que realice los trámites necesarios para que el peticionario obtenga un cupo en el Amparo de Ancianos San José, de la Ciudad de San Juan de Pasto, siempre que el Señor Ciro Ismael Guerrero Rivera consienta en su internación.

Octavo. – COMISIONAR al juez de primera instancia, para que ejerza vigilancia sobre el cumplimiento de este fallo. Noveno .- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General [1] Artículo 48 C.P., inciso 1º: “ La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

[2] Ídem. [3] Ibídem. [4] Sentencias T-179 de 2000, t-592 de 2002, T-792 de 2005, T-133 de 2006, C-671 de 2002, T-739 de 2004, C-040 de 2004. falta la primera.

[5] Ver, entre muchas otras, las sentencias T-1081 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-892 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-989 de 2005 (M.P.

Rodrigo Escobar Gil), T-004 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). [6] Sentencias T-801 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-036 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[7] La Corte ha sostenido en numerosas oportunidades el criterio de que los derechos sociales se tornan en fundamentales, cuando de su vulneración se derive la amenaza directa a derechos como la vida, la dignidad humana, el mínimo vital, u otros de carácter fundamental y aplicación inmediata, de acuerdo con el artículo 85 (C.P.), bajo el concepto de conexidad . En el caso de las personas de la tercera edad, el vínculo que une la salud con la posibilidad de llevar una vida digna es permanente, lo que justifica la fundamentalidad autónoma del derecho a la salud de los adultos mayores.

[8] Las observaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), ofrecen la interpretación autorizada del Protocolo Internacional de Derechos Económicos y Culturales (PIDESC), tratado que hace parte del Bloque de Constitucionalidad, por remisión del artículo 93 de la Carta. Por lo tanto, constituyen un valioso criterio de interpretación para precisar el alcance del derecho a la Salud. La Observación General No. 14, sobre el disfrute del nivel más alto del derecho a la salud, ha sido utilizada por la Corte Constitucional para precisar algunos elementos del derecho a la salud, entre otras, en las sentencias T-666 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-859 de 2003 y T-860 de 2003 (ambas con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett), T-350 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-223 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-739 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-884 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-905 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-1228 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

[9] En efecto, en la Sentencia C-615 de 2002 ya citada, la Corte sostuvo: “En este punto, además, no debe perderse de vista que la salud de los niños es per se un derecho fundamental, pues así lo dispone el artículo 44 superior, disposición que, como lo ha sostenido la Corte, debe entenderse como configurativa de un tratamiento privilegiado o de primacía de sus derechos sobre los de las demás personas. De otra parte, también la Corte ha sostenido que la seguridad social -y por consiguiente la salud- como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta.” [10] Sentencia T-420 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[11] Constitución Política. Artículo 48, inciso 3º. [12] Constitución Política. Artículo 48, inciso 1º; artículo 49, inciso 2º. [13] Constitución Política, inciso 4º:

“La Ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”. [14] M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

[15] Este concepto fue empleado por la sentencia T-666 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), con el fin de ilustrar la forma en que opera el principio de solidaridad social, y la distribución de cargas públicas entre los asociados, señalando que no en todo momento es exigible la solidaridad, de forma ilimitada y frente a cualquier tipo de circunstancia pues, sencillamente, se trataría de una exigencia imposible de cumplir.

[16] Este deber, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, incluye labores de acompañamiento y asesoría a los afiliados. Ver, al respecto, las sentencias T- 1304 de 2001, T-768 de 2002, T-217 de 2003, T-452 de 2001, T-956 de 2004 y T-385 de 2007 [17] Al respecto, la Corte ha establecido que la prestación del servicio debe ser asumida :

“ a) A través de la Administradora del Régimen Subsidiado – ARS - a la que se encuentra afiliado el paciente, con la posibilidad de que ésta exija del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, a través del Fondo de Solidaridad y

Garantías, Fosyga; .

b) Por intermedio de la Administradora del Régimen Subsidiado – ARS - respectiva, en coordinación con la entidad territorial correspondiente, con cargo a los recursos no cubiertos con subsidios a la demanda, de conformidad con los artículos 4 del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS [17] y 31 del Decreto 806 de 1998 ", y que la primera opción tiene un carácter excepcional. Cfr. Sentencia T-1048 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).Ver también las sentencias Sentencia T-1048 de 2003 (M.P.

Clara Inés Vargas Hernández); ver también, las sentencias T-1069 de 2004, T-1010 de 2005, T-844 de 2006 y T-165 de 2007. [18] Sentencia T-1204 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[19] Ver, Sentencia T-533 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). [20] Ibídem. [21] Sentencia T-533 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), recientemente reiterada en la Sentencia T-1330 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[22] Ibídem. [23] Ibídem. Ver también las sentencias T-495 de 1997 (Carlos Gaviria Díaz), T-093 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-235 de 1993 (M.P. Fabio Morón Díaz) y T-1330 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[24] Cabe indicar, sin embargo, que este principio de solidaridad no opera en todo momento, y frente a todas las necesidades que puedan afectar a una persona, no sería posible exigir que los demás ciudadanos busquen constantemente, y sin límites la forma de proteger sus derechos. Al respecto, la Corte consideró en la sentencia T-666 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), que: " Con todo, este principio de solidaridad no es absoluto. Al respecto, ha dicho la Corte que no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de los demás. Es un principio que se activa y se torna vinculante para las personas e instituciones especialmente cuando está de por medio la salud y la vida de los individuos, sobre todo de aquellos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, aspecto que debe ser analizado en el cado concreto".

ver también la T-248 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz). [25] En la referida sentencia T-533 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte otorgó el amparo a un anciano desamparado que requería una cirugía ocular para lograr desempeñar un trabajo que le permitiera cubrir sus necesidades básicas.

[26] Ibídem. [27] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [28] Sentencia T-1330 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Esta decisión de la Corte, resulta acorde con la búsqueda de un equilibrio entre el Sistema de Seguridad Social, y las obligaciones de las entidades territoriales en materia de salud y protección a la población vulnerable, de acuerdo con la Ley 60 de 1993, " por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"

. [29] Sentencia T-1330 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). [30] M.P. Hernando Herrera Vergara. [31] Sentencia T-1330 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[32] Sentencia C-520 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara. [33] El nivel 0 del Sisbén es una convención especial que se aplica a aquellas personas en estado de indigencia, desplazamiento forzado, en proceso de reinserción, o en calidad de ancianos desamparados.

[34] En la sentencia T-666 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), la Corte explicó cómo debía interpretarse la subregla sobre la incapacidad económica, como requisito para conceder el amparo, frente a prestaciones excluidas del POS.

[35] Supra, Fundamentos, 11. [36] Sentencia T-1330 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). [37] Particularmente, las sentencias T-533 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-1330 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[38] Esta medida fue adoptada también por la Corte en la Sentencia T-1330 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), y tiene relevancia, en la medida en que la situación de debilidad manifiesta del peticionario, puede reducir su capacidad para exigir el cumplimiento de lo acá expresado.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 12 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.