

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MAGISTRADO PONENTE

STP704-2018

Radicación N° 96007

Acta No. 017

Bogotá D. C., enero veinticinco (25) de dos mil dieciocho (2018).

I. VISTOS:

La Sala se pronunciara respecto de la impugnación interpuesta por el Teniente Coronel EDWIN PINZÓN SÁNCHEZ, Director del Dispensario Médico Militar con sede en Cali, frente a la sentencia proferida el 08 de noviembre de 2017 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por medio de la cual amparó el derecho fundamental a la salud, invocado por la señora DELFINA MERCEDES CALERO ESCOBAR, actuando como agente oficioso del señor MARCELO RIVERA LAVERDE, presuntamente vulnerados por la entidad recurrente y la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

Los presupuestos fácticos y las pretensiones de la presente acción constitucional fueron sintetizados de manera adecuada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el fallo de primer nivel, en la forma como pasa a transcribirse:

«La señora DELFINA MERCEDES CALERO ESCOBAR, actuando como agente oficioso del

señor del señor LUIS MARCELO RIVERA VALDERDE, manifiesta que éste se encuentra afiliado al servicio de salud en la E.P.S. de la Dirección General de Sanidad Militar de la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

Agrega, que a través de orden constitucional se ordenó a la Dirección General – Dispensario Sanidad Militar, la práctica del procedimiento quirúrgico denominado ‘Queratoplastia penetrante en ojo derecho’, con diagnóstico de ‘Úlcera corneal ojo derecho’; ordenando el suministro de los medicamentos denominados ‘Pred F1 frasco...-OftamoxD 1 frasco...-Dolex forte...-Ciproloxina 10 tabletas...-Parches oculares y parches por día...’, insumos que no han sido entregados por la entidad ahora accionada, argumentando que los mismos no se encuentran ordenados en el fallo constitucional, e igual suerte corren los demás servicios médicos que requiere.

Precisó que no cuenta con los recursos económicos para comprar los medicamentos que requiere, siendo que su sustento y el de su núcleo familiar lo deriva de un salario mínimo, debiendo acudir a los amigos cercanos y vecinos para sufragar los mismos y todo lo relacionado con el transporte hacia la ciudad de Cali, donde debe presentar las órdenes y asistir a las citas médicas.

Considera, que la negativa de la Dirección General de Sanidad Militar, en suministrar los medicamentos que requiere para mejorar su calidad de vida vulnera sus derechos fundamentales.

Solicita, a través del amparo constitucional se proteja sus derechos a la vida en condiciones dignas, salud e integridad física, y se ordene a la autoridad accionada autorizar de manera eficiente y eficaz la entrega de los insumos que requiere y que fueron ordenados por su médico tratante, de igual forma, que se autorice el servicio de transporte con acompañante, en aras de mejorar sus condiciones de vida e impedir su deterioro; así mismo la prestación del servicio médico de manera integral”.

III. TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

1. Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior competente, admitió la demanda y ordenó vincular a la Dirección de Sanidad Militar del Ejército y vinculó al Dispensario Médico Militar con sede en la ciudad de Cali, para que si a bien tenían ejercieran el derecho de contradicción.
2. A pesar de que haberse librado las comunicaciones respectivas, las autoridades referenciadas se abstuvieron de hacer pronunciamiento alguno.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Buga, apoyada en jurisprudencia de la Corte Constitucional que consideró aplicable al caso y como las accionadas guardaron silencio frente a las pretensiones de la parte actora, en los términos señalados en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, dio por cierto los hechos.

De otra parte, consideró que la evidente negligencia desplegada por el Director del Dispensario Médico de Cali, de realizar la entrega de los insumos que requiere el afiliado, vulneraba flagrantemente el derecho fundamental a la salud, teniendo en cuenta que, luego de la intervención quirúrgica realizada al señor LUIS MARCELO RIVERA VALDERDE, era necesario el suministro de los medicamentos que permitieran su recuperación.

En consecuencia, ordenó al Director de la entidad última referenciada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo hiciera procediera autorizar y entregar de manera eficiente y eficaz la totalidad de los medicamentos que requiriera el citado ciudadano. Y,

A la Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Nacional, prestara el servicio de salud al señor LUIS MARCELO RIVERA VALDERDE de manera integral, esto es, autorizar y suministrar todos y cada uno de los insumos, suministros, medicamentos, exámenes

especializados o no, procedimientos y todo lo ordenado por su médico tratante, sin imponer trabas administrativas.

V. IMPUGNACIÓN:

Enterado del fallo del Tribunal a quo, el Teniente Coronel EDWIN PINZÓN SÁNCHEZ, Director del Dispensario Médico Militar con sede en Cali, lo recurrió y solicitó su revocatoria, para lo cual puso de presente que en ningún momento había negado la prestación de los servicios al señor LUIS MARCELO RIVERA VALDERDE, toda vez que el 20 de octubre de 2017 autorizó los procedimientos de extracción extracapsular de cristalino por facoemulsificación sod y queratoplastia penetrante sod, los cuales se llevaron a cabo en las instalaciones de la Clínica Visión.

En lo que respecta a la entrega de medicamentos, señaló que para los que se encontraban por fuera del POS, en los términos señalados por la Dirección General de Sanidad se debía adelantar el respectivo procedimiento ante el Comité Técnico Científico, por tanto:

“El Dispensario Médico de Cali únicamente recepciona los documentos y orienta al paciente sobre el trámite establecido. Cuando la documentación está completa los despacha a la Dirección General de Sanidad para que esta entidad decida sobre la aprobación o no del servicio, insumo o medicamento solicitado.

En el momento en que es aprobado por el CTC por parte de la Dirección General de Sanidad Militar, el usuario debe dirigirse al Operador Logístico de la farmacia ‘DROSERVICIO’ para la correspondiente entrega”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. De conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico patrio, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la

decisión adoptada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de la cual es su superior funcional.

2. El derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 48 de la [Constitución Política](#) adquiere carácter de derecho fundamental cuando las circunstancias del caso conducen a que su desconocimiento ponga en peligro derechos y principios fundamentales, como el de la vida, la dignidad o la integridad del individuo (C.C. T-829/2005), motivo por el cual todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su garantía fundamental a la salud.

3. Así mismo, el derecho a la salud protege a la vez, múltiples ámbitos de la vida humana, por lo que ha sido considerado un derecho de naturaleza compleja tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general, complejidad que implica a efectos de garantizar el goce efectivo del mismo que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles.

4. Ahora bien, como derecho constitucional la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido dos momentos. El primero, en el que consideró que mediante el ejercicio de la acción de tutela era posible garantizar el goce efectivo de los llamados derechos de libertad, aunque era viable proteger derechos de contenido prestacional como la salud siempre y cuando tuviera una relación íntima e inescindible con derechos como la vida, integridad personal o mínimo vital o se concretara en un derecho de naturaleza subjetiva cuando eran desconocidos servicios incluidos en los diferentes planes de atención en salud. Sobre el particular se indicó

“Así las cosas, con anterioridad para obtener la protección directa del derecho a la salud era necesario, (i) que la prestación negada se encontrara incluida dentro del Plan Básico de

Salud, el Plan obligatorio de salud o el Plan obligatorio de salud Subsidiado ó (ii) que el desconocimiento de ese derecho constitucional impidiera el goce efectivo de un derecho fundamental, como la vida o integridad personal.” (C.C. T-053/2009).

En el segundo, estimó que la salud es un derecho fundamental autónomo cuando se concreta en una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, entendida esta última como uno de los elementos que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales”, alcance efectuado adicionalmente en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano.

Esta interpretación efectuada por la Corporación constitucional, permitió dejar de lado el criterio de la conexidad por considerarlo artificioso e innecesario para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales, pues todos los derechos, unos más que otros, tienen innegablemente un contenido prestacional, por lo que “la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal, para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud.” (C.C. T-650/2009).

5. Para que la solicitud de amparo prospere contra una E.P.S. -incluidas las que hacen parte del sistema de salud de las Fuerzas Militares-, el servicio de salud o tratamiento que solicita debe ser ordenado por el especialista que viene conociendo de las dolencias que aquejan al usuario, principalmente si se tiene en cuenta que la entidad obligada a prestar el servicio no es la llamada a calificar el acierto o eficacia del procedimiento del galeno.

En este sentido la doctrina constitucional ha señalado que es deber proporcionar el suministro de un tratamiento, medicamento o elemento requerido cuando sean necesarios para la preservación de la salud del ciudadano, con mayor razón si se ha establecido que la

orden proviene del médico tratante adscrito a la entidad prestadora de los servicios de salud. Y,

Se debe demostrar que en realidad existió la negativa de la Empresa Promotora de Salud a suministrar lo pretendido por la accionante para así alegar la vulneración de un derecho fundamental porque el Juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones.

6. En el presente asunto la Sala confirmará la sentencia impugnada si se tiene en cuenta que con base en la información que reposa en la presente actuación, acreditado está que el especialista que conoce de la patología que presenta el señor LUIS MARCELO RIVERA VALVERDE, en aras de brindarle una mejor calidad de vida, el 20 de octubre de julio de 2017 le prescribió los medicamentos e insumos denominados “Pred 1 frasco...Oftamox D 1 frasco...Dolex Forte 1 tab...Ciprofloxacina 10 tab...Parches oculares...” (fl. 08 c. Tribunal), sin que el Director del Dispensario Médico Militar con sede en Cali haya autorizado su entrega con la excusa de que debe adelantarse el respectivo procedimiento previo ante el Comité Técnico Científico, actuación que sin lugar a dudas afecta los derechos fundamentales del demandante.

7. Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que la parte actora en el escrito tutela puso de presente que lo prescrito por el médico resultaba necesario “para su pronta evolución y recuperación de la cirugía que se le fueron negados el día de la operación”, situación que no puede ser desconocida con la excusa que debía adelantarse un procedimiento previo ante el Comité Técnico Científico, tal como lo puso de presente la entidad accionada al concurrir al presente trámite constitucional, pues siempre prevalecerá el del médico tratante.

Posición esta última nada novedosa, si tiene en cuenta que frente al tema referenciado la Corte Constitucional puntualizó que:

“...cuando un médico tratante de una EPS formula a uno de sus pacientes un medicamento no previsto en el POS, de conformidad con el artículo 8° del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS, por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones, la EPS podrá autorizarlo previa aprobación por su comité técnico-científico.

Con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición - puesto que no todos sus miembros son médicos- y relación de dependencia respecto de las EPS, esta Corporación ha precisado que (i) su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.

De lo anterior se infiere que los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional” (C.C. T-1063/2005).

8. En este orden de ideas, resulta procedente que a través de la acción de tutela se protejan los derechos fundamentales reclamados a favor del señor LUIS MARCELO RIVERA VALVERDE, porque es deber del Estado y de las entidades prestadores de salud brindar el goce efectivo de las garantías reconocidas a los ciudadanos, sin que puedan imponerse obstáculos administrativos para tales efectos.

9. En los anteriores términos, resulta necesario que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el Dispensario Médico Director del Dispensario Médico Militar con sede en Cali, sin mayores requerimientos, autoricen y entreguen los medicamentos e insumos, en los términos prescritos por el especialista que atiende las patologías que presenta el señor LUIS MARCELO RIVERA VALVERDE.

10. Así las cosas, y sin mayores disquisiciones, no queda más remedio que confirmar el fallo

recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión Penal de Tutelas No.2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de noviembre de 2017 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Buga. Y,
2. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria