

DERECHO A LA SALUD – Reglas en las Fuerzas Militares: Aplicación después del retiro / MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES - Derecho a la salud por lesiones sufridas con ocasión del servicio activo / LESIONES SUFRIDAS EN SERVICIO ACTIVO – Obligación del Estado de seguir prestándole al actor los servicios de salud hasta lograr su recuperación / DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD – Vulneración por parte de la Armada Nacional al no prestarle los servicios médicos al actor después de su retiro

La Sala considera pertinente hacer las siguientes precisiones, referentes a la protección constitucional de los derechos fundamentales de los miembros de las fuerzas militares y de policía. El Decreto 1795 de 2000, "por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", dispone que el Ejército Nacional está obligado prestar los servicios médicos asistenciales a los miembros de la Fuerzas Militares y de Policía, siempre y cuando éstos se encuentren en servicio activo o, en su defecto, gocen de asignación de retiro o pensión. No obstante lo anterior, por vía jurisprudencial se ha admitido que en determinados eventos es obligatorio a luz de la Constitución, extender la cobertura de la atención en salud de los soldados y policías con posterioridad a su retiro de las filas castrenses, en los casos en que la enfermedad padecida durante el servicio, sea la razón que sustenta la decisión de desincorporar al servidor público de las instituciones de seguridad del Estado. En el presente caso, la Sala observa que la negativa de la Armada Nacional de seguir prestándole al actor los servicios de salud hasta lograr su recuperación, quebranta los derechos fundamentales a la vida y a la salud del actor, tal como lo manifestó el a quo en su oportunidad, máxime si se tiene en cuenta que sus lesiones fueron sufridas con ocasión del servicio activo. Frente a circunstancias excepcionales quebrantadoras de los derechos fundamentales del actor, el ejercicio de la acción de tutela es procedente. Por tal virtud, acertó el a quo al haber ordenado en primer lugar, la prestación de los servicios médicos y asistenciales en las áreas de ortopedia, cirugía general y psiquiatría para atender las enfermedades y las secuelas que dejó la lesión contraída al servicio de las Fuerzas Militares, aún cuando no pertenezca actualmente a la institución. Por las razones anteriores, la Sala deberá confirmar el fallo proferido por el a quo, en cuanto concedió la protección del derecho de salud respecto de las lesiones sufridas con ocasión del servicio activo prestado por el actor.

DERECHOS FUNDAMENTALES – Concepto / DERECHO A LA SALUD – Eventos en los cuales adquiere el carácter de fundamental / PLAN OBLIGATORIO DE SALUD – Es procedente la prestación de servicios no POS cuando de ellos depende la vida e integridad de las personas / PRESTACION DE SERVICIOS NO POS – Procede excepcionalmente cuando de ellos depende la vida e integridad de las personas

La Sala considera necesario recordar que son derechos fundamentales todos aquellos de rango constitucional dirigidos a lograr la dignidad humana y traducibles en un derecho subjetivo. Según la Corte Constitucional, el derecho a la salud comprende el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita al individuo vivir dignamente, este derecho, no obstante su carácter prevalentemente prestacional, adquiere el carácter de fundamental en tres eventos: En primer lugar, respecto de los mínimos de atención y satisfacción obligatorios que derivan de los pactos y tratados internacionales; en segundo lugar, en relación con los contenidos que han sido establecidos y desarrollados por el ordenamiento, pues en este último caso se supera la etapa de indeterminación que impide la traducibilidad del derecho a la salud en un derecho subjetivo, y, en tercer lugar, cuando la falta de atención médica pone en peligro otros derechos fundamentales del individuo tales como la vida y el mínimo vital - derechos respecto de los cuales no existe discusión sobre su carácter fundamental, tratándose de tratamientos y procedimientos médicos excluidos de los planes de atención obligatorios. En nuestro sistema jurídico, es un derecho fundamental la reclamación de las prestaciones establecidas en el Plan de Atención Básico (P.A. B.), en el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo (P.O.S.) y el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado (P.O.S.-S.), según el caso, y los cuales comprenden todos los procedimientos, tratamientos, medicamentos, y en general todas las actividades médicas de obligatorio cumplimiento por parte de las instituciones prestadoras de salud de acuerdo a lo establecido por el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por tanto, cualquier persona podrá reclamar la protección de su derecho a la salud mediante la acción de tutela y recibir la atención integral por parte de la entidad obligada a prestarle tal servicio que, como ya se había mencionado, incluye todas las actividades médicas tendientes a restablecerle su salud. Ahora, en el supuesto de que la situación del actor estuviera excluida del POS, por la supremacía de los derechos fundamentales constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano, en casos excepcionales se hace procedente la prestación de servicios no POS, cuando de ellos depende la vida e integridad de las personas.

INAPLICACION DE NORMAS QUE EXCLUYEN DEL POS UN MEDICAMENTO – Eventos

“De ahí pues, que la jurisprudencia constitucional ha señalado la necesidad de inaplicar las normas que excluyen del POS un medicamento cuando: a) La falta del medicamento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de la droga altera condiciones de existencia digna. En efecto, la protección constitucional del derecho fundamental a la vida "no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales. b) El medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro de los contemplados en el POS, o que no tiene la misma efectividad. c) El paciente no pueda sufragar los costos del medicamento, puesto que, en principio. “cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente" (parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998). d) El medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS.”

ENFERMEDAD DEL VIH – Prioridad del Estado y del sistema General de Seguridad Social en Salud en la prestación del servicio médico / ENFERMEDADES CATASTROFICAS – Entidades responsables de proteger las personas que la padecen / JUNTA MEDICA LABORAL – Debe determinar en que momento se adquirió el VIH, para establecer el porcentaje de la incapacidad del actor si a ello hubiere lugar / PENSION DE JUBILACION POR INVALIDEZ – El actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para obtenerla y no la acción de tutela / ACCION DE TUTELA – No es el mecanismo idóneo para obtener la pensión por invalidez

Es del caso anotar que la Ley 972 de 2005, por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado Colombiano de la población que padece enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH- SIDA, obliga las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social, a la prestación de los servicios médicos-asistenciales que requiera un paciente infectado con VIH-SIDA, o, que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas. Para el cumplimiento del anterior mandato, la citada norma 972, impone, en cabeza del Ministerio de la Protección Social, de las direcciones departamentales, distritales o municipales, el deber de velar por el cumplimiento de las directrices dadas para la protección de las personas que padecen las enfermedades consideradas catastróficas. La Sala comparte la decisión del a-quo, en cuanto ordenó a la demandada practicarle al actor una nueva prueba de VIH y asumir el tratamiento y suministro médico mientras se afilia al sistema subsidiado de seguridad social, teniendo en cuenta su grave situación, proveniente de una enfermedad catastrófica. Llama la atención de la Sala, el hecho de no estar demostrado en el proceso que el virus de inmunodeficiencia humana haya sido adquirido en servicio activo o mientras se le realizaban los tratamientos médicos posteriores a su retiro. En efecto, si se lee la petición que elevó el actor tendiente a la expedición de los exámenes de laboratorio adelantados a raíz de su retiro se tiene que la Armada Nacional respondió que “revisado el expediente medico-laboral que reposa en los archivos de esta Dirección no se

tiene registro de mencionados (sic) documentos”. En aras de aclarar tal situación para evitar una posible trasgresión de los derechos fundamentales del actor a la salud en conexidad con el derecho a la vida y la dignidad humana, la Sala ordenará, luego de la expedición de los resultados de los exámenes ordenados por el Tribunal (VIH), la convocatoria de la Junta Médica Laboral con el fin de determinar en que momento pudo adquirir el VIH, para así establecer el porcentaje de aumento de la incapacidad del actor si a ello hubiere lugar de conformidad con el Decreto 1796 de 2000. La orden dada en esta instancia se fundamenta en que el fallo de tutela debe ser el resultado de la valoración de todos los aspectos jurídicos y fácticos, pues el carácter preferente y sumario del trámite del amparo se altera y desconoce cuando el juez de conocimiento se abstiene de desplegar todas las medidas necesarias para conjurar la vulneración de los derechos fundamentales. Cabe recordar que el juez debe emplearse a fondo en la identificación de la totalidad de los aspectos que componen la litis, para que el fallo sea realmente una garantía efectiva de los derechos fundamentales y producto de una actuación ágil y oportuna. Por otro lado, se advierte a la parte actora que con la orden dada en esta instancia se abre la posibilidad para que en un futuro haga uso de los mecanismos procesales de defensa frente a las decisiones que surjan a raíz de este mandato.

RECONOCIMIENTO DE PENSION A ENFERMO DEL SIDA – Procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio / PENSIONES PARA PERSONAS PORTADORAS DEL VIH – Procede tutela como mecanismo transitorio / PERJUICIO IRREMEDIABLE - Procede tutela como mecanismo transitorio / ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA – Procedente para controvertir reconocimiento de pensión de jubilación / ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO – Improcedente para solicitar pensión de jubilación por no solicitarla con anterioridad ante la autoridad administrativa correspondiente

Se advierte a la parte actora que con la orden dada en esta instancia se abre la posibilidad para que en un futuro haga uso de los mecanismos procesales de defensa frente a las decisiones que surjan a raíz de este mandato. Por último, y a manera de ilustración, la Sala resalta que en casos como estos en donde se solicitan pensiones para personas portadoras del VIH, la tutela surge como un mecanismo de defensa idóneo y eficaz para que transitoriamente, y mientras la autoridad judicial competente define el fondo de la acción instaurada por el actor, se pueda otorgar dicha prestación por configurarse, al rompe, un perjuicio irremediable; sin embargo, el afectado debe solicitar con anterioridad ante la autoridad administrativa correspondiente tal pretensión, cosa que no ocurrió en el caso de autos, por lo que en estas condiciones a la Sala le es imposible reconocerle como mecanismo transitorio dicha prestación. Así las cosas, el fallo proferido por el a quo deberá ser confirmado y adicionado en el sentido de ordenar a la Armada Nacional que, luego de la expedición de los resultados de los exámenes ordenados por el Tribunal (VIH), convoque la Junta Médico-Laboral Militar para que efectúe una nueva valoración al actor de

conformidad con lo establecido en el Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000 con el fin de determinar el porcentaje de aumento de la incapacidad del actor.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"
CONSEJERO PONENTE: DR. JAIME MORENO GARCÍA

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007)

Exp.Nro: 25000-23-27-000-2007-02062-01

Actor: MARSELO HURTADO SINISTERRA

ACCIÓN DE TUTELA.

Decide la Sala la impugnación formulada por la parte demandada contra la providencia del veintiséis (26) de septiembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la acción de tutela instaurada

contra la Nación - Ministerio Defensa - Armada Nacional.

ANTECEDENTES

El señor MARSELO HURTADO SINISTERRA sostiene que mediante Resolución No. 517 del 24 de octubre de 2000, fue retirado del servicio activo en forma temporal con pase a la reserva y con fundamento en la facultad discrecional.

El 13 de septiembre de 2001 acudió al médico ortopedista de la Armada Nacional, por presentar unos fuertes dolores en los pies debido a las lesiones recibidas con arma explosiva en el año de 1995, quien le encontró esquirlas en su cadera, tibia y pie derecho.

Mediante Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 2346-2376 del 21 de noviembre de 2001, le diagnosticaron:

- "1. Múltiples esquirlas de cadera y miembro inferior derecho.*
- 2. Herida por arma de fuego en abdomen que ocasiona laceración yeyunal, habiendo recibido manejo quirúrgico y que deja como secuela:
 - 2.1. Leve retracción músculo anterior derecho, cicatriz quirúrgica mediana queloide.*
 - 2.2. Trastorno de estrés postraumático tratado médicamente, actualmente el paciente refiere persistencia de hiperalertamiento y pesadillas. "**

Como en consecuencia se estableció la imputabilidad del servicio por considerarse una enfermedad profesional, según el artículo 35 del Decreto 94 de 1989.

Aduce que el citado documento trata su situación de forma incoherente, puesto que el Tribunal procede a negar las anteriores circunstancias al afirmar *"... Paciente en buenas condiciones generales, consciente, orientado, lúcido,*

pensamiento lógico, coherente, cicatrices pequeñas en varias partes del cuerpo secundaria a esquirlas, abdomen cicatriz mediana ensanchada en abdomen 2ª. a Laparotomía, no dolor a la palpación no se evidencia masas ni deshicencia de sutura".

El 1 de febrero de 2002, una vez remitido al servicio de psiquiatría del Hospital Militar Central, obtuvo la siguiente valoración: *"Luego de combates en diferentes de 14, "presenta trastornos de conducta, en el último vio morir a varios compañeros""* presentando unos síntomas principales como: *"Hiperalertamiento, evitación, reviviscencias, pesadillas".* **Diagnóstico:** *"Síndrome de estrés postraumático".* **Conducta a seguir:** *Debe iniciar tratamiento adecuado.* ", agregó que en una nueva valoración por parte del Servicio de psiquiatría, le ordenaron que *"Debe continuar con manejo especializado en forma indefinida".*

Afirma que el 27 de febrero de 2002, la Junta médica le determinó lo siguiente:

"Diagnóstico: Herida con arma de fuego en abdomen y miembro derecho. Psiquiatría 01 de febrero de 2002. Diagnóstico: Síndrome de estrés postraumático. Etiología. Traumas emocionales marcadas a la tolerancia humana (Combate) Tratamientos verificados. Psicoterapia en otra unidad. Estado Actual. El cuadro no ha cambiado":

Argumenta que, en forma contradictoria, el mismo documento se relaciona un examen realizado el 26 de marzo que establece:

"IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA. *La valoración psicológica integral realizada al SS ® HURTADO, permite identificar, que en la actualidad se encuentra asintomático, sin embargo se detecta la presencia en su estructura de:*

ID: CIE10 F48.0 (Neurastenia)

PRONÓSTICO y CONDUCTA A SEGUIR.- *Una vez evaluado el paciente en mención, se establece que existen debilidades de tipo estructural, que no afectan su vida cotidiana, con las cuales puede continuar su vida normalmente. Esta (sic) tipo de debilidades no son causales por el medio castrense naval.*

ANÁLISIS DE LA HISTORIA CLÍNICA.- *Paciente en BEG, Eutrófico, consciente, orientado en todas las esferas, colaborador, sin alteraciones sensoroperceptivos. (...) Luego de revisada la totalidad de la*

documentación se encuentra que de acuerdo al concepto emitido por el médico psiquiatra recomienda iniciar soporte terapéutico, motivo por el cual se autoriza seis (6) meses de tratamiento al final de los cuales se solicitará un nuevo concepto a fin de determinar si concluyó el tratamiento o si por el contrario requiere nueva ampliación del mismo: (sic) ':

Precisa que en febrero de 2006, su hija de 11 años sufrió un accidente, para lo cual acudió a donar sangre en la Clínica La Candelaria de Magangue y, del análisis realizado, le diagnosticaron ser portador del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).

Afirma que formuló derecho de petición ante la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, el 20 de abril de 2006, solicitando los resultados de exámenes de laboratorio que le practicaron al momento del retiro de la institución.

Advierte que una vez retirado y terminados los tratamientos médicos ordenados por el Tribunal Médico, emitieron Resolución No. 000288 del 6 de abril de 2004, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de las prestaciones sociales e indemnización por disminución de su capacidad laboral en un 58.12%.

Trae a colación que, el 3 de octubre de 2005, el Director de Prestaciones Sociales de la Armada Nacional envió al Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales solicitud de trámite de su pensión de jubilación por invalidez, la cual fue denegada mediante Resolución No. 4327 del 12 de diciembre de 2005, con fundamento en que la pensión solo puede reconocerse si la incapacidad fuere igual o mayor al 75%.

Precisa que una vez terminados los tratamientos psiquiátricos programados, la Armada Nacional no volvió a prestarle ningún servicio, situación que agravó en forma considerable su estado de salud.

Agrega que se encuentra casado y con tres hijas menores de edad, razón por la cual se ha visto en la necesidad de emplearse como vigilante en el sector de San Victorino en Bogotá para poder sostener a su familia.

OBJETO DE TUTELA

Solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, la vida, igualdad, trabajo, familia, derechos de los niños y seguridad social. Como consecuencia de ello pide se le presten los servicios de salud y le reconozcan una pensión de jubilación por disminución de su capacidad laboral.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante el fallo impugnado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tuteló el derecho a la salud del actor y declaró improcedente la acción respecto a la solicitud de la pensión de jubilación por invalidez.

En cuanto a la pensión de invalidez, consideró que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial contra el acto que negó la solicitud de pensión como son los recursos de la vía gubernativa y la acción de lo contencioso administrativo correspondiente.

En relación con el derecho a la salud consideró que los miembros de las Fuerzas Militares que son desvinculados de sus funciones y que sufren disminución de su capacidad laboral como resultado de acciones de combate, tienen derecho a recibir el servicio médico para la recuperación de su estado de salud.

Agregó, en vista de que el actor es portador del VIH y que es deber del Estado asumir su protección por encontrarse en situación de debilidad manifiesta, que la demandada realice la práctica de un nuevo examen de diagnóstico de la enfermedad, teniendo en cuenta que en la prueba aportada se sugiere una nueva prueba confirmatoria y, a su vez, ordenó el suministro del tratamiento médico requerido y medicamentos, mientras se determina con certeza la fecha del contagio y/o mientras el actor realiza los trámites

requeridos para su afiliación al SISBEN.

LA IMPUGNACIÓN

El Director de Sanidad de la Armada Nacional impugnó la decisión del Tribunal porque consideró que el periodo de protección en salud que le brindaba al actor el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, cesó al vencerse las cuatro semanas siguientes a la terminación de los tres meses de alta por retiro de la Institución, de conformidad con lo establecido por el artículo 7 del Acuerdo 002 de 2001 proferido por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares.

Agregó que realizó una consulta en la página del Fosyga donde pudo establecer, que el actor se encuentra actualmente afiliado a la E.P.S. HUMANA VIVIR, lo que desvirtuaría el hecho de que no cuenta con servicios médicos.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece la posibilidad del ejercicio de la acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales en los casos en que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida acción se utilice como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Del servicio de salud por lesiones sufridas con ocasión del servicio activo.

En cuanto a la obligación de la demandada de prestar los servicios en

salud al señor Hurtado Sinisterra, el Director de Sanidad Naval adujo que *"el período de protección en salud que le brindaba el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, cesó al vencerse las cuatro semanas siguientes a la terminación de los tres meses de alta por retiro de la institución, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Acuerdo 002 de 2001, proferido por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares..."*.

La Sala considera pertinente hacer las siguientes precisiones, referentes a la protección constitucional de los derechos fundamentales de los miembros de las fuerzas militares y de policía.

El Decreto 1795 de 2000, *"por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional"*, dispone que el Ejército Nacional está obligado prestar los servicios médicos asistenciales a los miembros de la Fuerzas Militares y de Policía, siempre y cuando éstos se encuentren en servicio activo o, en su defecto, gocen de asignación de retiro o pensión.

No obstante lo anterior, por vía jurisprudencial se ha admitido que en determinados eventos es obligatorio a luz de la Constitución, extender la cobertura de la atención en salud de los soldados y policías con posterioridad a su retiro de las filas castrenses, en los casos en que la enfermedad padecida durante el servicio, sea la razón que sustenta la decisión de desincorporar al servidor público de las instituciones de seguridad del Estado.

En este momento, la Sala trae a Colación, como también lo hizo el Tribunal en primera instancia, la sentencia T -841 de 2006, donde se dijo:

"El derecho a la salud y a la seguridad social del personal retirado del servicio activo no puede verse afectado aunque la persona no tenga derecho a la pensión, siendo entonces un deber del Estado la prestación de la asistencia médica que requiera para el tratamiento y mejoramiento de sus condiciones de salud. De modo que, independientemente si la afección tiene o no como causa el servicio, cuando la suspensión del servicio de salud hace inminente la afectación de otros derechos fundamentales, se hace necesaria la intervención del juez constitucional

para asegurar la protección efectiva de los mismos, garantizando la continuidad en el tratamiento iniciado mientras se logra su recuperación.”

En el presente caso, la Sala observa que la negativa de la Armada Nacional de seguir prestándole al actor los servicios de salud hasta lograr su recuperación, quebranta los derechos fundamentales a la vida y a la salud del señor Marcelo Hurtado Sinisterra, tal como lo manifestó el a quo en su oportunidad, máxime si se tiene en cuenta que sus lesiones fueron sufridas con ocasión del servicio activo.

Frente a circunstancias excepcionales quebrantadoras de los derechos fundamentales del actor, el ejercicio de la acción de tutela es procedente. Por tal virtud, acertó el a quo al haber ordenado en primer lugar, la prestación de los servicios médicos y asistenciales en las áreas de ortopedia, cirugía general y psiquiatría para atender las enfermedades y las secuelas que dejó la lesión contraída al servicio de las Fuerzas Militares, aún cuando no pertenezca actualmente a la institución.

Por las razones anteriores, la Sala deberá confirmar el fallo proferido por el a quo, en cuanto concedió la protección del derecho de salud respecto de las lesiones sufridas con ocasión del servicio activo prestado por el actor.

De la protección especial para las personas Que padecen del virus de inmunodeficiencia humana VIH.

La Sala considera necesario recordar que son derechos fundamentales todos aquellos de rango constitucional dirigidos a lograr la dignidad humana y traducibles en un derecho subjetivo.¹

Según la Corte Constitucional, el derecho a la salud comprende el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita al

¹ Cfr. Sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

individuo vivir dignamente², este derecho, no obstante su carácter prevalentemente prestacional, adquiere el carácter de fundamental en tres eventos: En primer lugar, respecto de los mínimos de atención y satisfacción obligatorios que derivan de los pactos y tratados internacionales; en segundo lugar, en relación con los contenidos que han sido establecidos y desarrollados por el ordenamiento, pues en este último caso se supera la etapa de indeterminación que impide la traducibilidad del derecho a la salud en un derecho subjetivo³; y, en tercer lugar, cuando la falta de atención médica pone en peligro otros derechos fundamentales del individuo tales como la vida y el mínimo vital - derechos respecto de los cuales no existe discusión sobre su carácter fundamental, tratándose de tratamientos y procedimientos médicos excluidos de los planes de atención obligatorios.

También la Corte Constitucional ha establecido que los tratados internacionales y la misma Carta Política imponen el deber a los Estados de ampliar progresivamente la cobertura de tales planes hasta lograr una atención integral que asegure el pleno goce del derecho a la salud, deber que no exime a los Estados de la obligación de garantizar por lo menos los mínimos prestacionales del derecho.⁴

En nuestro sistema jurídico, es un derecho fundamental la reclamación de las prestaciones establecidas en el Plan de Atención Básico (P.A. B.), en el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo (P.O.S.) y el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado (P.O.S.-S.), según el caso, y los cuales comprenden todos los procedimientos, tratamientos, medicamentos, y en general todas las actividades médicas de obligatorio cumplimiento por parte de las instituciones prestadoras de salud de acuerdo a lo establecido por el

² Cfr. Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver también la sentencia T-652 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³ Cfr. Sentencias T-223 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-538 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-652 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-666 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-697 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-750 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-828 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; y T-919 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴ Sobre los contenidos básicos del derecho a la salud pueden consultarse el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador.

Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por tanto, cualquier persona podrá reclamar la protección de su derecho a la salud mediante la acción de tutela y recibir la atención integral por parte de la entidad obligada a prestarle tal servicio que, como ya se había mencionado, incluye todas las actividades médicas tendientes a restablecerle su salud.

Por otro lado, el artículo 18 de la **Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud** "Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud", establece:

"DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. *En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud..."*

De lo anterior, se observa que la situación del señor Marselo Hurtado Sinisterra no se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora, en el supuesto de que la situación del actor estuviera excluida del POS, por la supremacía de los derechos fundamentales constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano, en casos excepcionales se hace procedente la prestación de servicios no POS, cuando de ellos depende la vida e integridad de las personas. Al respecto se ha referido la Corte Constitucional de la siguiente manera:

"Ahora bien, como lo ha dicho esta Corporación en múltiples oportunidades, las normas que regulan la exclusión de medicamentos del POS deben aplicarse, siempre y cuando no vulneren derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En efecto, la supremacía constitucional impone a todos los operadores jurídicos la aplicación preferente de las normas superiores y exige que siempre que la vida

humana se vea afectada, en su núcleo esencial, mediante lesión o amenaza inminente y grave, el Estado social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable. Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona, que es el fin del derecho”.

Es necesario precisar que la anterior posición no es absoluta, por lo tanto debe el juez constitucional sopesar de manera lógica las circunstancias de cada caso con el fin de determinar si existe una incompatibilidad entre las normas que regulan el plan obligatorio de salud y la Constitución. Frente a los criterios que debe tener en cuenta el juez en estas circunstancias, la Corte Constitucional, en la sentencia T - 1055 de 2000, fijó las siguientes sub-reglas (si bien la Corte hace referencia al deber de otorgar de medicamentos, tal criterio se hace extensible a la prestación de todas las actividades médicas - tratamientos, exámenes, procedimientos - tendientes al restablecimiento de la salud como garantía Estatal):

"De ahí pues, que la jurisprudencia constitucional ha señalado la necesidad de inaplicar las normas que excluyen del POS un medicamento cuando:

a) La falta del medicamento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de la droga altera condiciones de existencia digna. En efecto, la protección constitucional del derecho fundamental a la vida "no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales.

b) El medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro de los contemplados en el POS, o que no tiene la misma efectividad.

c) El paciente no pueda sufragar los costos del medicamento, puesto que, en principio. "cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente" (parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998).

d) El medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS.”

De las pruebas obrantes en el proceso⁵, se infiere que las condiciones

⁵ A folio 41 se observa que el actor es portador del virus de inmunodeficiencia humana - VIH,

planteadas en sentencia T -1055 de 2000, las reúne el demandante en su totalidad, pues los medicamentos y procedimientos ordenados son costosos y no cuenta con los medios económicos suficientes para cancelarlos por cuenta propia; de no tratarse esta enfermedad catastrófica en las condiciones adecuadas, indefectiblemente traería como consecuencia un deterioro grave en la salud del actor que pondría en riesgo inminente su vida.

Es del caso anotar que la Ley 972 de 2005, por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado Colombiano de la población que padece enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH- SIDA, obliga las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social, a la prestación de los servicios médicos-asistenciales que requiera un paciente infectado con VIH-SIDA, o, que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas. Al respecto dice la norma:

“Artículo 3°. *Las Entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo de sus competencias, bajo ningún pretexto podrán negar la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida, según lo aprobado por Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a un paciente infectado con VIH-SIDA, o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas”.*

Para el cumplimiento del anterior mandato, la citada norma 972, impone, en cabeza del Ministerio de la Protección Social, de las direcciones departamentales, distritales o municipales, el deber de velar por el cumplimiento de las directrices dadas para la protección de las personas que padecen las enfermedades consideradas catastróficas. Puntualmente el artículo 6 de la Ley 972 de 2005, dice lo siguiente:

“Artículo 6°. *Las autoridades responsables de la aplicación de la presente ley, serán el Ministerio de la Protección Social y las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud en el marco de las competencias establecidas en la Ley 715 de 2001, el Decreto 1543 de 1997 y de las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.*

Bajo la dirección, supervisión y control del Ministerio de la Protección Social y para los efectos de la presente ley, actuarán las entidades públicas y privadas que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Es cierto como lo afirmó la demandada, en el escrito de impugnación, que el actor se “encuentra” afiliado a la E.P.S. HUMANA VIVIR, pero también lo es, que en la actualidad ya no goza de estos servicios por cuanto fue retirado el 2 de octubre de este año, como se infiere del escrito visible a folio 121, allegado por la citada E.P.S., en virtud del auto de fecha 13 de noviembre de 2007 (Fl. 120).

“Afiliación 19 de julio de 2007, formulario No. 2476649. Empleador: Seguridad y Vigilancia Privada Escalibur Ltda.

- Pagos: 16 de Agosto por 14 días
 13 de Septiembre por 30 días
 9 de Octubre por 2 días
- **Retirado por Planilla el 2 de Octubre.”** (Fl. 121 negrilla fuera de texto)

Lo anterior refleja que en las condiciones actuales del actor es muy difícil costear una E.P.S., pues transcurrió mucho tiempo desde que la Armada Nacional suspendió los servicios de salud al actor hasta que se pudiera afiliarse a una E.P.S., pues el tutelante solo se afilió a partir del 19 de julio de 2007.

Es por ello que la Sala comparte la decisión del *a-quo*, en cuanto ordenó a la demandada practicarle al señor Hurtado Sinisterra una nueva prueba de VIH y asumir el tratamiento y suministro médico mientras se afilia al sistema subsidiado de seguridad social, teniendo en cuenta su grave situación, proveniente de una enfermedad catastrófica.

También llama la atención de la Sala, el hecho de no estar demostrado en el proceso que el virus de inmunodeficiencia humana haya sido adquirido en servicio activo o mientras se le realizaban los tratamientos médicos posteriores

a su retiro. En efecto, si se lee la petición que elevó el actor tendiente a la expedición de los exámenes de laboratorio adelantados a raíz de su retiro (Fl. 32) se tiene que la Armada Nacional respondió que *“revisado el expediente medico-laboral que reposa en los archivos de esta Dirección no se tiene registro de mencionados (sic) documentos”* (Fl. 33).

Cabe resaltar que la falta de probanzas que demuestren lo anterior no es por culpa del demandante, sino, a juicio de la Sala, de la Armada Nacional, pues si bien en la respuesta de la aludida petición se dijo que el actor *“deberá dirigir la presente solicitud al Establecimiento de Sanidad donde se efectuaron dichas valoraciones (sic), quienes son los entes competentes para dar respuesta a su requerimiento”*. (Fl. 33), lo que debió hacer la parte demandada era *“enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente...”* según lo ordena el Art. 33 del C.C.A.

Por lo anterior, y en aras de aclarar tal situación para evitar una posible trasgresión de los derechos fundamentales del actor a la salud en conexidad con el derecho a la vida y la dignidad humana, la Sala ordenará, luego de la expedición de los resultados de los exámenes ordenados por el Tribunal (VIH), la convocatoria de la Junta Médica Laboral con el fin de determinar en que momento pudo adquirir el VIH, para así establecer el porcentaje de aumento de la incapacidad del actor si a ello hubiere lugar de conformidad con el Decreto 1796 de 2000.

“Art. 15. JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICIA. Sus funciones son en primera instancia:

1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.

2 Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.

3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.

4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.

5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.

6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.

7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento.

.....

Art. 44. PRESTACIONES ASISTENCIALES. *El personal de que trata el presente decreto que sufra lesiones o padezca de una enfermedad, tiene derecho a las siguientes prestaciones asistenciales por el tiempo necesario para definir su situación médico-laboral, sin perjuicio de las prestaciones económicas que le correspondan, así:*

1. Atención médico quirúrgica
2. Medicamentos en general.
3. Hospitalización si fuere necesaria.
4. Rehabilitación que comprende:

Reeducación de los órganos lesionados, Sustitución o complemento de órganos mutilados mediante aparatos protésicos u ortopédicos con su correspondiente sustitución y/o mantenimiento vitalicio.”

La orden dada en esta instancia se fundamenta en que el fallo de tutela debe ser el resultado de la valoración de todos los aspectos jurídicos y fácticos, pues el carácter preferente y sumario del trámite del amparo se altera y desconoce cuando el juez de conocimiento se abstiene de desplegar todas las medidas necesarias para conjurar la vulneración de los derechos fundamentales. Cabe recordar que el juez debe emplearse a fondo en la identificación de la totalidad de los aspectos que componen la litis, para que el fallo sea realmente una garantía efectiva de los derechos fundamentales y producto de una actuación ágil y oportuna.

Por otro lado, se advierte a la parte actora que con la orden dada en esta instancia se abre la posibilidad para que en un futuro haga uso de los mecanismos procesales de defensa frente a las decisiones que surjan a raíz de este mandato.

Por último, y a manera de ilustración, la Sala resalta que en casos como estos en donde se solicitan pensiones para personas portadoras del VIH, la

tutela surge como un mecanismo de defensa idóneo y eficaz para que transitoriamente, y mientras la autoridad judicial competente define el fondo de la acción instaurada por el actor, se pueda otorgar dicha prestación por configurarse, al rompe, un perjuicio irremediable; sin embargo, el afectado debe solicitar con anterioridad ante la autoridad administrativa correspondiente tal pretensión, cosa que no ocurrió en el caso de autos, por lo que en estas condiciones a la Sala le es imposible reconocerle como mecanismo transitorio dicha prestación.

Así las cosas, el fallo proferido por el *a quo* deberá ser confirmado y adicionado en el sentido de ordenar a la Armada Nacional que, luego de la expedición de los resultados de los exámenes ordenados por el Tribunal (VIH), convoque la Junta Médico-Laboral Militar para que efectúe una nueva valoración al señor Marselo Hurtado Sinisterra de conformidad con lo establecido en el Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000 con el fin de determinar el porcentaje de aumento de la incapacidad del actor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veintiséis (26) de septiembre de dos mil siete (2007).

ADICIÓNASE en el sentido de ordenar a la Armada Nacional que, luego de la expedición de los resultados de los exámenes ordenados por el Tribunal (VIH), convoque la Junta Médico-Laboral Militar para que efectúe una nueva valoración al señor Marselo Hurtado Sinisterra de conformidad con lo establecido en el Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000 con el fin de determinar el porcentaje de aumento de la incapacidad del actor.

Notifíquese esta providencia en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 a las entidades demandadas.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCIA

ALFONSO VARGAS RINCÓN