

Sentencia T-036/13

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Hija en representación de madre enferma

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Madre en representación de hija con discapacidad

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, explicando que su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Por ello, la acción de tutela procede cuando se vislumbra su vulneración o amenaza y es deber del juez constitucional exigir su protección inmediata y prioritaria. Los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán inaplicar las disposiciones que restringen el POS, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías constitucionales.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-Procedencia de la acción de tutela para su protección

Esta Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos “indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”, de forma que se “garantiza a toda persona,

por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona”. Es necesario resaltar que esta obligación resulta prioritaria para el caso de las personas que son más vulnerables por sus condiciones físicas (niños y adultos mayores) o mentales.

MEDICO TRATANTE-Concepto del médico tratante no adscrito a la EPS resulta vinculante

Esta Corporación ha indicado que le corresponde al galeno tratante la labor de determinar qué servicios de salud requiere un paciente, con fundamento en criterios científicos y su conocimiento de la historia clínica de cada persona. Como regla general, este Tribunal ha sostenido que el concepto médico relevante será el emitido por quien está adscrito a la entidad que tiene el deber de garantizar la prestación del servicio de salud, por lo que el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto. Sin embargo, ha admitido la validez del dictamen del médico no adscrito a la empresa promotora de salud cuando ésta lo conoce y, aún así, no lo descartó con base en información científica debido a que: “(i) se valoró inadecuadamente a la persona o porque (ii) ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión, es decir, cuando el concepto del médico externo se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, lo que indica mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica externa debe ser tomada en cuenta por la EPS (iii) si en el pasado ha valorado y aceptado los conceptos del médico externo como médico tratante o cuando (iv) no se opone y guarda silencio cuando tuvo conocimiento del concepto del médico externo.” Además, este Tribunal ha destacado la necesidad de valorar el informe del galeno no adscrito “cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’, incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.”

ACCESO A TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Criterios constitucionales para acceder a servicios no POS

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Reiteración de jurisprudencia sobre el suministro de pañales

desechables/DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCION INTEGRAL-Suministro de pañales

La Sala encuentra, a partir del material probatorio que obra en el expediente, que la accionante necesita este tipo de insumos, en aras de mejorar su calidad de vida y su subsistencia en condiciones dignas. Por un lado, se observa que su médico tratante diagnosticó que no tenía control de esfínteres y requería de cambios de pañal constantes. De otra parte, se comprueba que ni la titular del derecho ni su núcleo familiar cuentan con los recursos económicos para sufragar el costo de los elementos formulados como fue mencionado en el escrito de tutela, sin que esta afirmación haya sido desvirtuada dentro del expediente. En este sentido, se advierte que la pensión de la agenciada es de un salario mínimo y que su hija depende de su esposo, quien percibe una pensión mensual de inferior a dos salarios mínimos. En este punto, reitera la Corte que el concepto del galeno a cargo debe primar sobre cualquier argumento de tipo administrativo o limitación normativa, en razón a que es ese profesional quien conoce la realidad médica del paciente y puede indicar con mayor certeza los tratamientos y elementos que se requieren para atender los padecimientos de salud diagnosticados. Por consiguiente, se ordenará el suministro de los pañales.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Autorización servicio de atención domiciliaria de enfermería por 24 horas y transporte en ambulancia

Aunque no se evidencia orden médica en la que se prescriba el servicio de enfermería 24 horas y de transporte en ambulancia para cada control médico y teniendo en cuenta que la E.P.S. accionada está en la obligación constitucional y legal de prestarle al peticionario los servicios que requiere, la Sala ordenará a Salud Total E.P.S. que dentro de la semana siguiente a la notificación de esta providencia, valore la condición de la paciente y determine si necesita el servicio de enfermería 24 horas y el de transporte en ambulancia, tal y como la agente lo solicita. En caso de que se considere precisa su prestación, la entidad demandada dispondrá su suministro dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la evaluación, de acuerdo con los lineamientos prescritos por el médico tratante. En este punto, se debe recordar que el reconocimiento por parte de la Corte del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud en los adultos mayores, implica el deber de brindar la atención completa, con independencia de que el conjunto de

prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior es reforzado por el mandato constitucional de una mayor protección al derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad y la obligación del Estado de garantizar la prestación del derecho a la seguridad social.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Casos en que se debe prescindir de los copagos y cuotas moderadoras

En cuanto a la exoneración de copagos, la Corte Constitucional ha resaltado dos casos en los que procede tal figura, uno de ellos está relacionado con la ausencia de capacidad de pago de un paciente que requiera un servicio médico sujeto a copago o cuota moderadora, donde estos gastos deberán ser sufragados por la E.P.S. que además, debe proceder con la prestación del mismo. En aplicación de lo anterior, se tiene que, por tratarse de una persona de avanzada edad con graves secuelas y cuya hija, según se infiere del expediente, no cuenta con los recursos económicos para solventar el pago de estas obligaciones, están dadas las condiciones para que se le exonere de los copagos que de otro modo debería cancelar, ya que esta circunstancia le impediría el acceso al goce efectivo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE MENOR DISCAPACITADA-Orden a EPS autorice y preste de manera oportuna exámenes, terapias, medicamentos y demás tratamientos que sean necesarios para tratar la enfermedad de manera integral

Referencia: T-3633418 y T-3642264 (Expedientes acumulados)

Acciones de tutela presentadas por Constanza Patricia Calderón Quiroga, como agente oficiosa de María Alba Quiroga de Calderón, en contra de Salud Total E.P.S.; y Eliza Astrid Escorcía Miranda, como representante de María José Ovalle Escorcía, en contra de Caprecom E.P.S..

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil trece (2013)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado 12 Civil del Circuito que confirmó el proferido por el Juzgado 62 Civil Municipal de Bogotá (T-3633418); y el emitido por el Juzgado Civil del Circuito de Fundación que revocó el pronunciado por el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Fundación (T-3642264).

Mediante auto de 10 de octubre de 2012, la Sala de Selección número 10 de esta Corporación decidió seleccionar los procesos de tutela de la referencia para su revisión ante la Corte, resolviendo acumularlos atendiendo a la igualdad de materia que los identifica para ser fallados en la misma sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-3633418. Caso: Constanza Patricia Calderón Quiroga, como agente oficiosa de María Alba Quiroga de Calderón contra Salud Total E.P.S.

1.1. Hechos

El 17 de mayo de 2012 la señora Constanza Patricia Calderón Quiroga promovió acción de tutela, como agente oficiosa de su progenitora María Alba Quiroga de Calderón, en contra de Salud Total E.P.S., al considerar vulnerados sus derechos a la vida y a la salud.

– Sostiene que la señora María Alba tiene 72 años, es pensionada del Instituto de Seguros Sociales y está afiliada al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud.

– Indica que el 12 de febrero de 2012 sufrió un derrame cerebral, por lo que fue hospitalizada en la Unidad de Cuidados Intensivos de la Fundación Clínica Shaio. Posteriormente, debió acudir nuevamente a la institución ya que tuvo complicaciones respiratorias y alteración de la conciencia.

- Explica que el diagnóstico dado por la clínica es: “Alteración de la conciencia, hidrocefalia comunicante, secuelas de ACV isquémico y hemorrágico, AP de infarto lacunar en sustancia blanca profunda frontal derecha, cánula de traqueostomía en adecuada posición, infiltrados de tipo reticular bibasal, enfermedad ateromatosa en arterias vertebrales, AP de enfermedad coronaria, AP de HTA controlada, cardiopatía isquémica, gastrostomía normofuncionante”.
- Aduce que el médico tratante adscrito a la entidad accionada ordenó la remisión de la paciente al programa de manejo domiciliario, sin brindar la capacitación a la familia. Añade que tal plan de atención no es idóneo y que las personas encargadas de la orientación no responden las peticiones urgentes relacionadas con los medicamentos, el oxígeno y la alimentación.
- Resalta que Salud Total E.P.S. no ha cumplido con la prescripción médica ya que no ha hecho entrega de la alimentación a través de cánula. Además, el trámite para el suministro de oxígeno y el servicio de transporte en ambulancia se demora 8 días debido a que requiere la aprobación por parte del Comité Técnico Científico. De otro lado, no ha proporcionado los elementos necesarios para el cuidado de la traqueotomía ni entregó oportunamente el succionador, situación que llevó a que se agravara su estado.
- También menciona que la empresa accionada no ha entregado los pañales y las cremas necesarias, así como que el servicio de medicina, enfermería y fisioterapeuta no se ha dado con la regularidad que amerita la enfermedad que padece su progenitora.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se protejan los derechos fundamentales de su señora madre y que se ordene el suministro de la fórmula polimérica, oxígeno de alto flujo, pañales desechables, cremas antipañalitis y antiescaras. De igual forma, pide que se le preste servicio de enfermería de 24 horas, visitas médicas domiciliarias dos veces por semana, transporte en ambulancia para acudir a las citas médicas y a urgencias, y terapias permanentes de rehabilitación en su domicilio.

Además, requiere que la empresa accionada autorice los servicios médicos POS y No POS prescritos sin necesidad de valoración por el Comité Técnico Científico, que se garantice el tratamiento integral de la enfermedad que padece, así como que se le exonere de los copagos correspondientes a la atención médica por tratarse de una enfermedad catastrófica

o de alto costo.

Por último, como medida provisional, reclama que se mantenga hospitalizada a la señora María Alba Quiroga hasta tanto no se resuelva la presente petición de amparo.

1.2. Actuación procesal

Mediante auto de 18 de mayo de 2012, el Juzgado 62 Civil Municipal de Bogotá admitió la demanda de tutela y corrió traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de defensa. En la misma providencia decretó la medida provisional solicitada, por lo que ordenó la prestación del servicio de hospitalización de la paciente hasta que se profiriera el fallo de tutela.

1.2.1. Contestación de Salud Total E.P.S.

La Gerente y Representante Judicial de la Sucursal Bogotá, mediante escrito de 23 de mayo de 2012, indicó que la señora María Alba Quiroga se encontraba actualmente hospitalizada en la Fundación Clínica Shaio y estaba en coordinación el Programa de Hospitalización Domiciliaria para el traslado a su casa.

Explicó que el 17 de mayo del mismo año el galeno tratante determinó que la atención de la paciente debía darse en su lugar de residencia “para terapia de rehabilitación integral, oxigenoterapia por ventury y valoración médica inicialmente semanal y posteriormente según criterio facultativo”. Sin embargo, manifestó que el familiar de la accionante no aceptó dicho plan debido a que no se aprobó el servicio de enfermería para manejo de ostomías, puesto que esta actividad puede ser desarrollada por el cuidador actual.

Afirmó que, previa evaluación de la peticionaria, se determinaría la necesidad de terapias respiratorias, físicas, ocupacionales y de lenguaje, así como la atención por parte del área de nutrición. Adicionalmente, expuso que se realizaría el reentrenamiento a la red de apoyo familiar con el apoyo de una enfermera durante 5 días, con el fin de lograr el adecuado cuidado de la accionante.

En cuanto a la solicitud de pañales desechables, pañitos húmedos, crema antipañalitis, transporte en ambulancia y de terapias de neurorehabilitación adujo que no existe orden médica por lo que no es posible autorizar su prestación. Por último, sostuvo que no ha

vulnerado ningún derecho fundamental debido a que ha brindado el tratamiento médico que requiere la paciente, razón por la cual se debe denegar la petición de amparo.

1.3. Decisión judicial objeto de revisión

1.3.1. Primera instancia

El Juzgado 62 Civil Municipal de Bogotá, en fallo de 31 de mayo de 2012, denegó el amparo invocado al considerar que no existe dentro del expediente orden emitida por el médico tratante en la cual se prescriban los servicios solicitados. Así mismo, señaló que la agenciada estaba hospitalizada, razón por la cual estimó que la tutela tiene como fin dar cumplimiento a un plan de manejo elaborado por la Fundación Shaio y, de esta manera, “evitar la ocurrencia de unos hechos que no se configuran de manera cierta y probada, por lo que el juez debe negarla por carencia actual de objeto”.

Adicionalmente, manifestó que de las pruebas obrantes en el expediente no se vislumbraba que la agenciada o su núcleo familiar se encontraran en una situación económica apremiante que les impidiera asumir los servicios pedidos. En este sentido, explicó que la peticionaria se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizante desde el 11 de diciembre de 2000.

- Impugnación

Mediante escrito de 12 de junio de 2012, la agente oficiosa adujo que el 6 de junio de ese año el médico tratante de su progenitora le prescribió el siguiente plan de manejo:

“1. Fórmula polimérica enriquecida 1500 mililitros al día por sonda de gastrostomía. 2. Oxígeno por tienda de traqueostomía para ventury 40% a 0.8 litros por minuto 24 horas al día, terapia respiratoria integral con aspiración estricta de secreciones dos veces al días por 15 días y según evolución 1 vez al días por 15 días, terapia física integral 1 vez al días de lunes a viernes por 30 días, terapia de fonoaudiología 1 vez al día de lunes a viernes por 30 días, cuidados de enfermería para manejo de ostomías (succión de secreciones de traqueostomía, protección de la vía aérea y gastrostomía), administración de medicamentos y actividades puntuales del ABC de la paciente 24 horas al día por 30 días, continuar según evolución de la vía aérea de la paciente, valoración médica de seguimiento semanal por 30

días, continuar con manejo crónico domiciliario según evolución de la paciente y traslado asistencial al domicilio en ambulancia básica con suministro de oxígeno de alto flujo de acuerdo con requerimientos médicos”.

Con base en lo anterior, consideró que existe una prescripción médica en la que se consignan los elementos necesarios para preservar la vida y la salud de la peticionaria. Expuso que a pesar de que se podría inferir que aún no existe vulneración de garantías constitucionales debido a que la paciente se encontraba hospitalizada, “existen circunstancias probadas que indican que la E.P.S. accionada incurre de manera reiterada en comportamientos que implican la afectación de derechos fundamentales”.

En ese sentido, mencionó que la señora María Alba Quiroga sufrió un cuadro clínico similar en febrero de 2012 y en esa oportunidad también le formularon un programa de atención domiciliaria. No obstante, como consecuencia de los múltiples incumplimientos por parte de la E.P.S., así como la prestación tardía de los servicios ordenados, su progenitora presentó complicaciones de salud que la obligaron a acudir nuevamente a la clínica. Por ello, considera necesaria la intervención del juez de tutela con el fin de evitar que la empresa accionada incurra en los mismos errores, en detrimento de la salud de su progenitora.

Por último, la agente oficiosa sostuvo que tanto ella como su hijo dependen de los ingresos de su esposo por lo que no cuenta con la capacidad económica para hacerse cargo de los gastos médicos de su madre. Agregó que la pensión que ésta recibe debe destinarse a satisfacer otras necesidades vitales y que el costo de su tratamiento asciende a \$10'000.000 mensuales por los conceptos de pañales, alimento, oxígeno y servicio de enfermería.

1.3.2. Segunda Instancia

En sentencia de 31 de julio de 2012, el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá confirmó la anterior decisión, al estimar que no existe prueba de una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales de la accionante. Lo anterior, en tanto ésta se encuentra hospitalizada y la E.P.S. accionada no se ha negado a dar cumplimiento a la orden médica emitida el 6 de junio de 2012, es decir, después del primer fallo.

1.4. Actuación en Sede de Revisión

El Representante Legal de Salud Total E.P.S., mediante documento presentado el 14 de noviembre de 2012, solicitó a esta Corporación confirmar la sentencia de segunda instancia, bajo el argumento que ha autorizado los servicios médicos de valoración por atención médica domiciliaria, terapias respiratoria, del lenguaje, ocupacional y física en casa, turno de auxiliar de enfermería para entrenamiento a familiares y autorización de oxígeno domiciliario.

Explicó que no suministró la fórmula polimérica, el traslado en ambulancia, los pañales desechables y la crema antipañalitis debido a que no se encontró prescripción por parte del galeno tratante. Tampoco aprobó el servicio de enfermería 24 horas puesto que “no existe evidencia médica que determine la necesidad (...), toda vez que las necesidades que requiere pueden ser atendidas por sus familiares (cambio de posición, aseo personal y de su entorno, suministro de alimentación). Para que una persona sea beneficiaria de enfermera permanente, debe necesitar la aplicación de medicamentos vía intravenosa o alimentación parenteral, situaciones que sí deben ser manejadas especialmente por personal capacitado (...)”.

Con base en ello, reiteró que no vulneró los derechos fundamentales de la accionante.

1.5. Pruebas

- Copia de desprendible de pago de la pensión a nombre de María Alba Quiroga de Calderón, con fecha de 9 de abril de 2012 (Fs. 37, cuad. 1).
- Copia de cédulas de ciudadanía de María Alba Quiroga de Calderón y Constanza Patricia Calderón Quiroga (Fs. 38-39, cuad. 1).
- Copia de la historia clínica de María Alba Quiroga de Calderón (F. 40, cuad. 1).
- Copia del plan de manejo emitido por la Fundación Clínica Shaio el 12 de marzo de 2012 (F. 42, cuad. 1).
- Copia de comunicaciones emitidas por el Área de Medicina en Casa de SaludTotal E.P.S. el 14 y 19 de marzo de 2012 (Fs. 45-46, cuad. 1).
- Copia de reporte de afiliados en la base de datos únicos de afiliación al Sistema de

Seguridad Social emitido por el Fosyga. En éste consta que se encuentra afiliada en calidad de cotizante a Salud Total E.P.S. (F. 74, cuad. 1).

- Copia de fórmula médica de alimento en lata emitida por la nutricionista adscrita a la E.P.S., el 27 de abril de 2012 (Fs. 47-48, cuad. 1).
- Copia de formato de solicitud de servicio No POS y constancia de radicación correspondiente al medicamento Nutren, con fecha de 30 de abril de 2012 (F. 49, cuad. 1).
- Copia de fórmula médica de carvedilol, clondina, furosemida, omeprazol, enalapril, atorvastatina y dabigatran emitida por el internista cardiólogo tratante adscrito a la E.P.S., el 29 de marzo de 2012 (F. 52, cuad. 1).
- Copia de fórmula médica de oxígeno por cánula nasal emitida por médico cirujano adscrito a la E.P.S., el 13 de marzo y el 17 y 26 de abril de 2012 (Fs. 53-54, cuad. 1).
- Copia de formato de solicitud de servicio No POS y constancia de radicación correspondiente al oxígeno líquido, con fecha de 30 de abril de 2012 (F. 56, cuad. 1).
- Copia de prescripción de traslado en ambulancia emitida por médico cirujano adscrito a la E.P.S., el 26 de abril de 2012 (F. 21, cuad.1)
- Copia de formato de solicitud de servicio No POS y constancia de radicación correspondiente al traslado en ambulancia, con fecha de 26 de abril de 2012 (Fs. 58-59, cuad. 1).
- Copia de fórmula médica de kit de micronebulización emitida por médico cirujano adscrito a la E.P.S., el 26 de abril de 2012 (F. 61, cuad. 1).
- Copia de fórmula médica de Dabigatrán emitida por médico cirujano adscrito a la E.P.S., el 26 de abril de 2012 (F. 62, cuad. 1).
- Copia de formato de solicitud de servicio No POS y constancia de radicación correspondiente al medicamento Dabigatrán, con fecha de 26 de abril de 2012 (F. 63, cuad. 1).

2. Expediente T-3642264. Caso: Eliza Astrid Escorcía Miranda, como representante de María José Ovalle Escorcía contra Caprecom E.P.S..

2.1. Hechos

El 6 de julio de 2012, la señora Eliza Astrid Escorcía Miranda promovió acción de tutela, como representante de su hija menor de edad María José Ovalle Escorcía, en contra de Saludcoop E.P.S., al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida y a la salud.

- Sostiene que su hija fue diagnosticada con el Síndrome de Cornelia Lange.
- Explica que tal condición es congénita, es decir que está presente desde el nacimiento y que los niños que la soportan se caracterizan por tener un bajo peso al nacer, crecimiento retardado, baja estatura y cabeza pequeña. Además, sufren de reflujo gastrointestinal, defectos del corazón, paladar hendido, anomalías del intestino, dificultades de alimentación, diferencia de miembros, incluyendo la falta de algunos de ellos y retraso del desarrollo. Por ello, los pacientes requieren terapias físicas, ocupacionales y de lenguaje con el fin de mejorar su desarrollo neurológico.
- Aduce que el 19 de mayo de 2012 el médico fisiatra particular valoró a la menor de edad y le recomendó iniciar un tratamiento de rehabilitación que incluía terapias de integración sensoriomotriz, miofuncional, de neurodesarrollo, de lenguaje y musicoterapia.
- Presentó petición ante la empresa accionada el 28 de mayo de 2012 con el fin de que autorizara los anteriores servicios. Resalta que su hija no ha recibido la atención necesaria por parte de la E.P.S. accionada, situación que atenta contra su vida.
- Indica que la Constitución Política consagró la obligación de brindar un especial tratamiento a los menores de edad. Así mismo, destaca que Colombia ha asumido compromisos a nivel internacional con el fin de proteger a las personas con discapacidad.

Por lo anterior, solicita que se protejan sus derechos fundamentales y que se ordene a Caprecom E.P.S. a suministrar los servicios médicos que requiere su hija, entre ellos, medicamentos, transporte, terapias de integración sensoriomotriz, miofuncional, de

neurodesarrollo, de lenguaje y musicoterapia. Especifica que el proceso de atención se debe dar en el Centro Integral de Salud del Caribe -CISAD-.

También reclama que se le conceda el tratamiento integral de la enfermedad que padece, así como la exoneración de las cuotas moderadoras y copagos para su prestación, ya que su núcleo familiar no tiene los medios para sufragarlos.

2.2. Actuación procesal

Mediante auto de 6 de julio de 2012, el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Fundación (Magdalena) admitió la demanda de tutela y corrió traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de defensa. Posteriormente, en providencia del 16 de julio, el mismo despacho ordenó la vinculación de la Secretaría de Salud Departamental de Magdalena y Coosalud E.P.S..

2.2.1. Contestación de Caprecom E.P.S.

Mediante escrito de 11 de julio de 2012, el Director de Caprecom Territorial Magdalena manifestó que las empresas promotoras de salud deben asumir las coberturas económicas de las enfermedades y patologías cuando ellas estén contempladas en el Plan Obligatorio de Salud.

Así, sostuvo que “las terapias de integración sensoriomotriz, musicoterapia, la terapia miofuncional, la terapia asistida con perros y la terapia comportamental (A,B.A.) son procedimientos y servicios de salud que no se encuentran contemplados en el Acuerdo 08 de 2009, por lo tanto al estar expresamente excluidos de dicha normatividad, no es competencia legal de esta E.P.S.S. emitir la correspondiente autorización de prestación de dichos servicios, correspondiéndole al ente territorial, con cargo a los recursos de subsidio a la oferta, garantizar la prestación de los mismos (...)”.

En ese sentido, adjuntó un concepto emitido por la Comisión de Regulación en Salud - CRES- el 17 de noviembre de 2010, en el que indicó que las terapias no convencionales con perros y caballos, la musicoterapia y la terapia de Hallwick no están enunciadas en el Acuerdo 08 de 2009[1].

2.2.2. Secretaría Seccional de Salud de Magdalena

En comunicación de 16 de junio de 2012, la Secretaría Seccional de Salud de Magdalena señaló que los procedimientos sensoriomotriz y terapias de lenguaje se encuentran incluidos en el POS, por lo que su prestación le corresponde a la E.P.S. demandada.

Ahora bien, en relación con la musicoterapia y las terapias miofuncional y de neurodesarrollo sostuvo que el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994[2] las excluyó del plan de beneficios debido a que no son reconocidas por las asociaciones médicas a nivel mundial.

Por consiguiente, solicitó absolver a la Secretaría accionada de las pretensiones de la tutela y, en su lugar, ordenar a Caprecom E.P.S. su prestación.

2.2.3. Coosalud E.P.S.S.

De forma extemporánea, mediante documento de 19 de julio de 2012, el apoderado judicial de la entidad adujo que no existía ningún vínculo entre ésta y la accionante.

2.3. Decisión judicial objeto de revisión

2.3.1. Primera instancia

En providencia de 18 de julio de 2012, el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Fundación (Magdalena) decidió tutelar los derechos invocados y, en consecuencia, ordenó a Caprecom E.P.S. a prestar todos los servicios de salud requeridos para la rehabilitación social integral de la menor de edad. Advirtió que éstos deberían prestarse de forma preferente en la I.P.S. Centro Integral de Salud del Caribe -CISAD-, pero podrían realizarse en otro centro hospitalario “siempre y cuando no implique una carga desproporcionada o un obstáculo para acceder al servicio de salud”. Además, sostuvo que los gastos adicionales como el transporte intermunicipal y urbano, el alojamiento y alimentación en otra ciudad deberían ser cubiertos por la misma empresa.

- Impugnación

En escrito de 24 de julio de 2012, el Director Territorial de Caprecom Magdalena impugnó el fallo de primera instancia dado que éste no tuvo en cuenta que los servicios ordenados no están contenidos en el POS, razón por la cual deben ser cubiertos por los recursos del

subsidio a la oferta.

2.3.2. Segunda instancia

El Juzgado Civil del Circuito de Fundación (Magdalena), en fallo de 24 de agosto de 2012, revocó la primera decisión y negó el amparo, ya que no observó que Caprecom E.P.S. hubiera incurrido en alguna vulneración de los derechos fundamentales de la menor de edad. En ese sentido, consideró que la empresa demandada nunca se negó a prestar el tratamiento, sino que le indicó el trámite a seguir con el fin de que su solicitud fuera evaluada por el Comité Técnico Científico.

Igualmente, advirtió que la señora Eliza Astrid Escorcía Miranda interpuso la acción de tutela antes de que se venciera el plazo que la E.P.S. tenía para dar respuesta a su reclamación.

2.4. Pruebas

- Copia de la petición presentada ante Caprecom E.P.S. el 28 de mayo de 2012 (Fs. 6-7, cuad. 1).
- Copia de la historia clínica de María José Ovalle Escorcía (F. 8, cuad. 1).
- Copia del carné de afiliación a Caprecom E.P.S. (F. 9, cuad. 1).
- Copia del registro civil de María José Ovalle Escorcía (F. 10, cuad. 1).
- Copia de orden emitida por médico adscrito a la E.P.S. accionada el 9 de diciembre de 2011 (F. 11, cuad. 1).
- Copia de la cédula de ciudadanía de Eliza Astrid Escorcía Miranda (F. 12, cuad. 1).
- Copia del concepto emitido el 17 de noviembre de 2010 por la Comisión de Regulación en Salud -CRES- (F. 22, cuad. 1).
- Copia de reporte de afiliados en la base de datos única del Sistema de Seguridad Social (F. 24, cuad. 1).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si una Entidad Promotora de Salud amenaza o viola los derechos a la salud y a la vida digna de una persona de avanzada edad (72 años) que sufrió un derrame cerebral y se encuentra en hospitalización domiciliaria, cuando niega la prestación del servicio de enfermería y de terapias físicas, respiratorias y de fonoaudiología; así como el suministro de la fórmula de alimentación por cánula, pañales desechables y transporte en ambulancia, debido a que no existe orden médica que los prescriba.

También deberá establecer si una Entidad Promotora de Salud vulnera los derechos a la salud y a la vida digna de una paciente menor de edad cuando no accede a realizar un tratamiento de rehabilitación social compuesto por terapias de integración sensoriomotriz, miofuncionales, de neurodesarrollo, de lenguaje y musicoterapia, así como que éste se preste en una I.P.S. determinada, bajo el argumento que no están incluidas en el plan de beneficios.

Para iniciar, se estudiará si Constanza Patricia Calderón Quiroga y Eliza Astrid Escorcía Miranda cumplen con las condiciones señaladas por esta Corporación para intervenir en el trámite de la referencia en nombre de su progenitora e hija menor de edad, respectivamente. A continuación, se recordará la jurisprudencia constitucional respecto de: (i) el derecho a la salud de los niños y las personas de avanzada edad; (ii) la validez del concepto del médico tratante no adscrito a la E.P.S.; y (iii) las reglas jurisprudenciales para el suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Con base en ello, se analizará cada caso.

3.1. Los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991 establecen que la acción de tutela podrá ser ejercida por la persona que considere vulnerado o amenazado alguno de sus derechos fundamentales.

Específicamente, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

Por consiguiente, existen cuatro formas para interponer la acción: (i) directamente por quien considere lesionados o amenazados sus derechos fundamentales; (ii) por su representante; (iii) mediante la agencia de derechos ajenos, siempre que el interesado se encuentre en condiciones que imposibiliten su defensa; o (iv) por el Defensor del Pueblo y/o los personeros municipales.

3.2. Ahora bien, este Tribunal ha indicado que la agencia oficiosa se da cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente y tiene como finalidad garantizar la protección y eficacia de sus derechos fundamentales, al admitir que un tercero interponga la acción y actúe en su favor sin que medie poder.

Asimismo, ha determinado que para intervenir como agente oficioso se deben verificar dos requisitos: (i) que el agente oficioso manifieste actuar en tal sentido; y (ii) que de los hechos que fundamentan la solicitud de amparo se infiera que el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados se encuentra en situación física o mental que le impida la interposición directa de la acción[3].

En este punto, es necesario indicar que la manifestación puede ser expresa o tácita. Así, será válida la agencia oficiosa cuando de los hechos narrados en el escrito de tutela se deduzca la calidad en la que actúa la persona que interpone la acción. Ahora bien, la Corte ha explicado que cuando se trata de menores de edad no se aplica este requisito, debido a que es obvio que los niños no están en condiciones de ejercer su propia defensa[4].

3.3. En el expediente T-3633418, la Sala advierte que se cumplen los requisitos enunciados

por la jurisprudencia constitucional para que la señora Constanza Patricia Calderón Quiroga actúe en defensa de los derechos de su progenitora, como agente oficiosa. Lo anterior, debido a que declaró interponer la tutela en nombre de ésta y que su delicado estado de salud le produjo fuertes secuelas neurológicas que le impide movilizarse del cuello hacia abajo.

En cuanto al expediente T-3642264, se observa que María José Ovalle Escorcía tiene dos años, motivo por el cual resulta procedente que su progenitora actúe en su representación.

4. El derecho a la salud de los menores de los niños y de las personas de avanzada edad. Reiteración de jurisprudencia

4.1. La Constitución Política consagra, en su artículo 49, la salud como un derecho constitucional y un servicio público de carácter esencial. De este modo, le impone al Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención que requieran. Asimismo, consagra la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de promoción, protección y recuperación[5].

A partir de dicha disposición, la Corte Constitucional ha reconocido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental[6] y “comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud”[7].

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, estableció:

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”

Igualmente, la Observación General 14 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2000[8], expuso que el concepto de salud no se limitaba al derecho a estar sano ya que éste debe atender las condiciones biológicas y

socioeconómicas de la persona, y los recursos con los que cuenta el Estado.

4.2. Ahora bien, este Tribunal ha reconocido como prioritaria la protección del derecho a la salud de los menores de edad con base en el artículo 44 constitucional que consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Este artículo establece de forma expresa la fundamentalidad de la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad. Así mismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Adicionalmente, la protección especial de los niños y las niñas en materia de salud, también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991. La Corte ha recordado algunos de estos compromisos, en los siguientes términos[9]:

“(1) Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 reconoce ‘el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud’;

(2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que ‘[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados’;

(3) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por, ejemplo en el numeral 2° del artículo 12 del citado pacto se establece: ‘a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para ‘la reducción de la mortalidad y de la

mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños'; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para 'la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad';

(4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado;

(5) Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que 'todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado';

(6) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que 'la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales', y que 'todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social'."

En virtud de estas normas, la Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, explicando que su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad[10]. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses[11]. Por ello, la acción de tutela procede cuando se vislumbra su vulneración o amenaza y es deber del juez constitucional exigir su protección inmediata y prioritaria[12].

De todo lo anterior se colige que los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán inaplicar las disposiciones que restringen el POS, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías constitucionales.

4.3. De igual manera, ha resaltado la necesidad de dar un trato preferencial al derecho a la salud de las personas de avanzada edad, en concordancia con lo prescrito en el artículo 46 Superior[14]. Sobre este tema, la Corte ha sostenido que “es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón a las dolencias que son connaturales a la etapa de desarrollo en que se encuentran”[15], por ello, “a nivel jurisprudencial se ha reconocido una protección reforzada del derecho a la salud en las personas de la tercera edad que se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que requiera”[16].

Adicionalmente, ha establecido que “tratándose de personas de la tercera edad su problema de salud debe ser prestado de forma continúa e integral”[17]. Respecto del principio de integralidad ha indicado que se encuentra consignado en el numeral 3° del artículo 153 y el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993[18] y que impone la prestación médica continua, “la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud”[19]. De igual manera ha sostenido que:

“La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”[20]

Ahora bien, en los casos que el galeno tratante no establezca el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud, “la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de

indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas”[21].

4.4. Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que tratándose de: “(i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros)”[22]; y de (ii) “personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios”[23].

Así las cosas, esta Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos “indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”[24], de forma que se “garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona”[25]. Es necesario resaltar que esta obligación resulta prioritaria para el caso de las personas que son más vulnerables por sus condiciones físicas (niños y adultos mayores) o mentales.

5. La validez del concepto del médico tratante no adscrito a la E.P.S.. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha indicado que le corresponde al galeno tratante la labor de determinar qué servicios de salud requiere un paciente, con fundamento en criterios científicos y su conocimiento de la historia clínica de cada persona[26]. Como regla general, este Tribunal ha sostenido que el concepto médico relevante será el emitido por quien está adscrito a la entidad que tiene el deber de garantizar la prestación del servicio de salud[27], por lo que el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto. Sin embargo, ha admitido la validez del dictamen del médico no adscrito a la empresa promotora de salud cuando ésta lo conoce y, aún así, no lo descartó con base en información científica debido a que:

“(i) se valoró inadecuadamente a la persona o porque (ii) ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión,

es decir, cuando el concepto del médico externo se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, lo que indica mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica externa debe ser tomada en cuenta por la EPS (iii) si en el pasado ha valorado y aceptado los conceptos del médico externo como médico tratante o cuando (iv) no se opone y guarda silencio cuando tuvo conocimiento del concepto del médico externo.”[28]

Además, este Tribunal ha destacado la necesidad de valorar el informe del galeno no adscrito “cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes,[29] sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio[30]. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’,[31] incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.[32]”[33]

Así, las hipótesis excepcionales ante las cuales las E.P.S. deben atender los dictámenes de médicos tratantes externos a su red, exigen de dichas entidades su estudio con el fin de confirmarlos, descartarlos o modificarlos, teniendo en cuenta el caso concreto y conocimientos técnicos y científicos.

6. Reglas jurisprudenciales para el suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud

Este Tribunal ha indicado las condiciones fácticas y jurídicas que se deben dar para que proceda la inaplicación de las normas de los Planes Obligatorios de Salud, de forma que se protejan efectivamente los derechos fundamentales de las personas.

Así, resultará procedente el amparo cuando se requiera un servicio excluido del POS siempre que se compruebe:

- a. Que la falta del servicio amenace o vulnere el derecho a la salud, a la vida digna o a la integridad personal;
- b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí esté incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;

- c. Que el accionante o su familia no cuenten con capacidad económica para sufragarlo;
- d. Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico[34].

Por lo tanto, no todas las prestaciones ordenadas por el médico tratante podrán ser objeto de amparo por vía de la acción tutela, ya que, en principio, la autorización de servicios médicos está limitada a los Planes Obligatorios. El juez de tutela podrá ordenar el suministro de un servicio No POS en aquellos casos en los que se reúnan los requisitos anteriormente nombrados.

7. Análisis de los casos concretos

A continuación se procederá a estudiar cada uno de los casos. Para realizarlo, la Sala se pronunciará sobre cada una de las pretensiones y las estudiará a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente.

7.1. Expediente T-3633418. Caso: Constanza Patricia Calderón Quiroga, como agente oficiosa de María Alba Quiroga de Calderón contra Salud Total E.P.S.

7.1.1. En el presente caso, la accionante sostiene que su progenitora tiene 72 años y sufrió un derrame cerebral, que le causó múltiples secuelas neurológicas. Añade que la E.P.S. a la que está afiliada no ha cumplido con sus deberes y que el programa de hospitalización domiciliaria no es idóneo. Por ello, solicitó que se ordene el suministro de la fórmula polimérica, oxígeno de alto flujo, pañales desechables, cremas antipañalitis y antiescaras. De igual forma, pide que se le preste servicio de enfermería de 24 horas, visitas médicas domiciliarias dos veces por semana, transporte en ambulancia para acudir a las citas médicas y a urgencias, y terapias permanentes de rehabilitación en su domicilio.

Además, requiere que la empresa accionada autorice los servicios médicos POS y No POS prescritos sin necesidad de valoración por el Comité Técnico Científico, que se garantice el tratamiento integral de la enfermedad que padece, así como que se le exonere de los copagos correspondientes a la atención médica por tratarse de una enfermedad catastrófica o de alto costo.

Por su parte, Salud Total E.P.S. sostiene que ha cumplido con sus obligaciones legales y

que la paciente se encuentra actualmente hospitalizada. Por lo tanto, previa evaluación de su condición médica, se determinaría la necesidad de terapias respiratorias, físicas, ocupacionales y de lenguaje, así como la atención por parte del área de nutrición. Adicionalmente, expuso que se realizaría el reentrenamiento a la red de apoyo familiar con el apoyo de una enfermera durante 5 días, con el fin de lograr el adecuado cuidado de la accionante. En cuanto a la solicitud de pañales desechables, pañitos húmedos, crema antipañalitis, transporte en ambulancia y de terapias de neurorehabilitación adujo que no existe orden médica por lo que no es posible autorizar su prestación.

7.1.2. En relación con la solicitud de pañales, se evidencia que se encuentra expresamente excluido del POS, según lo señalado en el numeral 14 del artículo 48 del Acuerdo 029 de 2011 proferido por la Comisión de Regulación Salud[35]. Sin embargo, se advierte que se tratan de insumos cuya finalidad es la protección de la vida en condiciones dignas y que se cumplen las reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios no consagrados en el plan de beneficios.

Tal y como lo indicó este Tribunal en la sentencia T-212 de 2011, el suministro de pañales es posible a través de la demanda de amparo, aun cuando no han sido prescritos por el médico tratante, al considerar que “la atención médica que deben prestar las EPS debe ser en todos los casos integral y completa, incluso en aquellos eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento cuando éste parece vital (...) Es posible concluir entonces que, hay eventos en los que es necesario que el juez de tutela ordene a la EPS accionada que preste un determinado tratamiento o suministre determinados medicamentos o insumos, que resultan de vital importancia para el paciente o bien porque de ellos depende su vida, o bien porque sin ellos se vulneran sus derechos fundamentales como la dignidad humana”.

Al respecto, la Sala encuentra, a partir del material probatorio que obra en el expediente, que la accionante necesita este tipo de insumos, en aras de mejorar su calidad de vida y su subsistencia en condiciones dignas. Por un lado, se observa que su médico tratante diagnosticó que no tenía control de esfínteres y requería de cambios de pañal constantes[36]. De otra parte, se comprueba que ni la titular del derecho ni su núcleo familiar cuentan con los recursos económicos para sufragar el costo de los elementos

formulados como fue mencionado en el escrito de tutela, sin que esta afirmación haya sido desvirtuada dentro del expediente. En este sentido, se advierte que la pensión de la agenciada es de un salario mínimo[37] y que su hija depende de su esposo, quien percibe una pensión mensual de inferior a dos salarios mínimos[38].

En este punto, reitera la Corte que el concepto del galeno a cargo debe primar sobre cualquier argumento de tipo administrativo o limitación normativa, en razón a que es ese profesional quien conoce la realidad médica del paciente y puede indicar con mayor certeza los tratamientos y elementos que se requieren para atender los padecimientos de salud diagnosticados. Por consiguiente, se ordenará el suministro de los pañales.

7.1.2. En segundo lugar, la accionante manifiesta que Salud Total E.P.S. interrumpió la prestación del servicio de terapias domiciliarias a su señora madre sin razón alguna, contrario a esto la entidad accionada informa que le ha prestado todos los servicios requeridos por la accionante y adjunta la relación de los servicios autorizados. De esta manera, se verifica que en múltiples ocasiones le han realizado terapias de lenguaje, ocupacional y física[39]. Por ello, la Sala considera que la empresa accionada, hasta el momento, ha cumplido con sus obligaciones, razón por la cual se denegará el amparo solicitado. Sin embargo, con el fin de garantizar la continuidad de los servicios, se realizará un llamado a Salud Total para que permanezca prestándole la atención que la señora Quiroga de Calderón requiera.

7.1.3. En relación con la solicitud de la fórmula alimenticia y de oxígeno, se observa que no se encuentran incluidos en el POS. Sin embargo, se verifica que se reúnen los requisitos que la jurisprudencia ha impuesto para la entrega de elementos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Esta Sala observa a partir del material probatorio que ambos servicios fueron ordenados por el médico tratante[40], en tanto la actora es “usuaria de gastrostomía, traqueostomía y requiere oxigenoterapia de alto flujo”[41]. Así mismo, que la prescripción de los implementos fue realizada por el especialista tratante, quien determinó su necesidad con base en el conocimiento que tiene de la historia clínica y la evolución de la paciente. Adicionalmente, como se mencionó, no existe la capacidad económica para asumir su costo. Por consiguiente, se ordenará el suministro de la fórmula alimenticia y de oxígeno.

7.1.4. Sobre la petición del servicio de enfermería y de transporte en ambulancia es necesario señalar que se encuentran incluidos en el POS[42] y que en el expediente obran copias de los planes de alta para manejo ambulatorio suscritos por los galenos tratantes después de cada hospitalización. En éstos se prescriben los “cuidados por enfermería para manejo de ostomías (succión de secreciones de traqueostomía, protección de la vía aérea y gastrostomía), administración de medicamentos y actividades puntuales del ABC de la paciente 24 horas al día por 30 días, continuar según evolución de la vía aérea de la paciente”[43]. Además, se advierte que el médico tratante prescribió al “traslado en ambulancia servicio redondo” para los controles de otorrinolaringología, neurología y medicina interna, el 26 de abril de 2012[44].

Así las cosas, aunque no se evidencia orden médica en la que se prescriba el servicio de enfermería 24 horas y de transporte en ambulancia para cada control médico y teniendo en cuenta que la E.P.S. accionada está en la obligación constitucional y legal de prestarle al peticionario los servicios que requiere, la Sala ordenará a Salud Total E.P.S. que dentro de la semana siguiente a la notificación de esta providencia, valore la condición de la paciente y determine si necesita el servicio de enfermería 24 horas y el de transporte en ambulancia, tal y como la agente lo solicita. En caso de que se considere precisa su prestación, la entidad demandada dispondrá su suministro dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la evaluación, de acuerdo con los lineamientos prescritos por el médico tratante.

7.1.5. En este punto, se debe recordar que el reconocimiento por parte de la Corte del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud en los adultos mayores, implica el deber de brindar la atención completa, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior es reforzado por el mandato constitucional de una mayor protección al derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad y la obligación del Estado de garantizar la prestación del derecho a la seguridad social.

De esta forma, ante la necesidad de un conjunto de prestaciones en materia de salud relacionadas con las consecuencias de la trombosis que sufrió, así como la avanzada edad de la agenciada que le otorga una protección reforzada al derecho fundamental a la salud, es deber del juez de tutela reconocer la atención integral para sobrellevar las enfermedades

que padece en condiciones dignas.

7.1.6. En cuanto a la exoneración de copagos, la Corte Constitucional ha resaltado dos casos en los que procede tal figura, uno de ellos está relacionado con la ausencia de capacidad de pago de un paciente que requiera un servicio médico sujeto a copago o cuota moderadora, donde estos gastos deberán ser sufragados por la E.P.S. que además, debe proceder con la prestación del mismo[45].

En aplicación de lo anterior, se tiene que, por tratarse de una persona de avanzada edad con graves secuelas y cuya hija, según se infiere del expediente, no cuenta con los recursos económicos para solventar el pago de estas obligaciones, están dadas las condiciones para que se le exonere de los copagos que de otro modo debería cancelar, ya que esta circunstancia le impediría el acceso al goce efectivo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

7.1.7. Dentro de este contexto, se procederá a revocar la decisión del Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, de 31 de julio de 2012, que a su vez confirmó la dictada por el Juzgado 62 Civil Municipal de la misma ciudad, el 31 de mayo de 2012.

7.2. Expediente T-3642264. Caso: Eliza Astrid Escorcía Miranda, como representante de María José Ovalle Escorcía contra Caprecom E.P.S..

7.2.1. En representación de su hija menor de edad, la madre presentó acción de tutela, al considerar vulnerados sus derechos a la salud y vida digna al no autorizar la prestación de terapias de integración sensoriomotriz, miofuncional, neurodesarrollo y de lenguaje, así como la musicoterapia, formulada por médico tratante no adscrito a la Caprecom E.P.S.. Igualmente, solicitó que dichos tratamientos fueran realizados en el Centro Integral de Salud del Caribe -CISAD-. También reclama que se le conceda el tratamiento integral de la enfermedad que padece, así como la exoneración de las cuotas moderadoras y copagos para su prestación, ya que su núcleo familiar no tiene los medios para sufragarlos.

Por su parte, Caprecom E.P.S. adujo que tales los procedimientos no se encontraban consagradas en el POS y, por lo tanto, era el ente territorial el encargado de brindarlos.

La Secretaria Seccional de Salud de Magdalena señaló que los procedimientos

sensoriomotriz y terapias de lenguaje se encuentran incluidos en el POS, por lo que su prestación le corresponde a la E.P.S. demandada. Ahora bien, en relación con la musicoterapia y las terapias miofuncional y de neurodesarrollo sostuvo que el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994[46] las excluyó del plan de beneficios debido a que no son reconocidas por las asociaciones médicas a nivel mundial.

7.2.2. Ahora bien, la Sala advierte que, con el fin de proteger el derecho a la salud y la vida digna de la menor de edad, la E.P.S. demandada estaba en la obligación de valorar la orden médica particular, para confirmarla, descartarla o modificarla, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Este trámite tendría como resultado la determinación de los servicios de salud requeridos por la paciente.

Por consiguiente, la Corte ordenará que los menores sean evaluados y calificados por el personal médico de la E.P.S., y consecuentemente le sean suministrados los tratamientos clínicos idóneos e irremplazables para atender la enfermedad que padece y así mejorar su calidad de vida. El concepto de empresa demandada deberá estar fundamentado en criterios médico-científicos y en ningún caso en argumentos de tipo administrativo.

La Sala advierte que se le debe garantizar a la menor de edad el suministro inmediato de las terapias sensoriomotriz y de lenguaje, debido a que están incluidas en el POS, es decir, ya están financiados en la unidad de pago por capitación del régimen subsidiado (UPC-S) entregada por el Estado para la atención de la población asegurada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993[47].

Además, se recuerda que en caso de que tales prestaciones deban adelantarse en un lugar diferente su domicilio, la entidad accionada deberá cubrir los gastos de transporte a que haya lugar en cumplimiento del artículo 43 del Acuerdo 029 de 2011[48].

7.2.3. Ahora bien, en relación con la solicitud de exoneración de cuotas moderadoras y copagos de los servicios que le sean formulados por el personal de la E.P.S., la Sala encuentra que la niña está afiliada en calidad de beneficiaria al régimen subsidiado, ostentando la calidad de SISBEN I, por tanto, se presume que sus padres carecen de la capacidad económica para costear todos los gastos derivados de las prestaciones No POS solicitadas, afirmación esta que no fue controvertida por la entidad accionada. Por ende, se eximirá de la cancelación de copagos y cuotas moderadoras para los eventos futuros

productos de la valoración ordenada en la presente providencia.

7.2.4. Por consiguiente, se ordenará a la E.P.S. confirmar, descartar o modificar, el dictamen dado por el médico particular en el presente caso, con base en consideraciones de carácter técnico emitidas por un médico adscrito a esa E.P.S. o efectuadas por el Comité Técnico, si así lo determina la E.P.S.. En el evento que el médico adscrito establezca la necesidad de algún tratamiento al menor, la entidad no está obligada a prestar el servicio a través de la institución prestadora de salud privada solicitada por la tutelante. En este caso específico, esta Sala de Revisión no ordenará el cumplimiento de los tratamientos ordenados por el médico particular, por cuanto los procedimientos bajo estudio han sido ampliamente discutidos por las entidades prestadoras del servicio de salud respecto de su eficacia, nivel de experimentación y validez para el tratamiento de las discapacidades. Por tal razón dicha valoración, estima la Sala, corresponde a los médicos adscritos a las E.P.S..

7.2.5. Así las cosas, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Fundación (Magdalena), el 24 de agosto de 2012, que revocó la dictada por el Juzgado 1° Promiscuo Municipal del mismo municipio el 18 de julio de 2012.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero.- En el expediente T-3633418, REVOCAR la decisión del Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, de 31 de julio de 2012, que a su vez confirmó la dictada por el Juzgado 62 Civil Municipal de la misma ciudad, el 31 de mayo de 2012. En su lugar, CONCEDER el amparo solicitado por Constanza Patricia Calderón Quiroga, como agente oficiosa de María Alba Quiroga de Calderón, en contra de Salud Total E.P.S..

Segundo.- ORDENAR a Salud Total E.P.S. que, en el término cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre en forma periódica los pañales desechables requeridos por la señora María Alba Quiroga de Calderón. Así mismo, deberá hacer entrega de la fórmula polimérica y oxígeno de alto flujo recetados por el médico

tratante.

Tercero.- ORDENAR a Salud Total E.P.S. que, en el término cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, realice la valoración médica a María Alba Quiroga de Calderón para establecer la procedencia y periodicidad de las siguientes prestaciones: transporte en ambulancia para asistir a los controles médicos y servicio de enfermería. Así mismo, deberá realizar cada dos (2) meses un estudio clínico a la peticionaria con el fin de determinar la procedencia y frecuencia hacia el futuro de los servicios enunciados en este numeral.

Cuarto.- ORDENAR a Salud Total E.P.S. que autorice y preste, de forma oportuna, los exámenes, terapias, medicamentos y demás tratamientos que sean necesarios para tratar la enfermedad de manera integral.

Quinto.- ORDENAR a Salud Total E.P.S. que exonere a María Alba Quiroga de Calderón del pago de las cuotas moderadoras y copagos que hasta ahora se le han exigido para acceder a los servicios de salud que necesita.

Sexto.- En el expediente T-3642264, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Fundación, el 24 de agosto de 2012, que revocó la dictada por el Juzgado 1º Promiscuo Municipal del mismo municipio, el 18 de julio de 2012. En su lugar, conceder el amparo solicitado por Eliza Astrid Escorcía Miranda, como representante de María José Ovalle Escorcía, en contra de Caprecom E.P.S..

Séptimo.- ORDENAR a Caprecom E.P.S. que, en el término cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, valore, diagnostique y determine cuál es el tratamiento médico requerido por la menor de edad María José Ovalle Escorcía.

Octavo.- ADVERTIR a Caprecom E.P.S. que el tratamiento que resultare de la valoración y diagnóstico ordenados en el numeral anterior debe ser suministrado inmediatamente a la paciente en el municipio de su residencia. En caso de no poder realizarse allí, deberá costear los gastos de transporte de conformidad con el artículo 43 del Acuerdo 029 de 2011.

Noveno.- ORDENAR a Caprecom E.P.S. que autorice y preste, de forma oportuna, los

exámenes, terapias, medicamentos y demás tratamientos que sean necesarios para tratar la enfermedad de manera integral.

Décimo.- ORDENAR a Caprecom E.P.S. que exonere a María José Ovalle Escorcia del pago de las cuotas moderadoras y copagos que hasta ahora se le han exigido para acceder a los servicios de salud que necesita.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] “Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”.

[2] “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”.

[3] Sentencia T-312 de 2009.

[4] Sentencia T-835 de 2005.

[5] Ver, entre otras, sentencias T-358 de 2003, T-671 de 2009 y T-104 de 2010.

[6] En la Sentencia T-760 de 2008, esta Corporación sostuvo que asignarle el carácter de fundamental al derecho a la salud fue el resultado de una evolución jurisprudencial y la observancia de la doctrina y los instrumentos internacionales sobre la materia. Inicialmente, sostuvo que las afectaciones al derecho a la salud podían ser resueltas en sede de tutela siempre que se demostrara su conexidad con derechos como la vida, la dignidad o el mínimo vital. No obstante, para el caso de sujetos de especial protección constitucional como las personas de la tercera edad y los niños, la jurisprudencia había señalado que este derecho adquiriría el carácter de fundamental autónomo.

[7] Sentencia T-320 de 2011.

[8] En esta Observación el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analizó algunas cuestiones sustantivas referentes a la aplicación del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se refiere al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

[9] Sentencia T-037 de 2006.

[10] Sentencia C-507 de 2004.

[11] Sentencias C-041 de 1994 y T-391 de 2009.

[12] Sentencias T-964 de 2007 y T-170 de 2010.

[13] Sentencias T-704 de 2005 y T-964 de 2007.

[14] “Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.”

[15] Sentencias T-540 de 2002, T-675 de 2007, T-561 de 2008.

[16] Sentencia T-745 de 2009.

[17] Sentencias T-248 de 2005.

[18] Artículo 153, numeral 3º: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

[19] Sentencia T-091 de 2011.

[20] Sentencia T-1059 de 2006.

[21] Sentencia T-531 de 2009.

[22] Ver la sentencia T-459 de 2007 .

[23] Sentencia T 531 de 2009.

[24] Sentencia T-760 de 2008.

[25] Ibíd.

[26] Sentencia T-760 de 2008.

[27] Sentencias T-0344 de 2002 y T-760 de 2008.

[28] Sentencia T-499 de 2012.

[29] Recientemente, en la sentencia T-083 de 2008 la Corte resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), “que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente.”.

[30] Al respecto ver la sentencias T-304 y T-835 de 2005 y T-1041 de 2005.

[31] En la sentencia T-1138 de 2005 se decidió dar validez a un concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) de garantizar la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

[32] En la sentencia T-662 de 2006 la Corte ordenó a una entidad de medicina prepagada autorizar el servicio de salud (implante coclear) ordenado por un médico no adscrito a su entidad (Colmédica Medicina Prepagada), entre otras razones, porque una autorización previa por parte de la entidad para un servicio similar, había implicado “el reconocimiento a la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto, entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la asunción del mayor costo del servicio prestado.” En este caso la Corte tuvo especial atención a los principios de continuidad en el servicio y confianza legítima.

[33] Sentencia T-760 de 2008.

[34] Sentencia T-970 de 2010.

[35] “ARTÍCULO 49. EXCLUSIONES EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. Se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud las siguientes tecnologías en salud:

(...)

14. Pañales para niños y adultos”.

[36] F. 41, cuad. 1.

[37] F. 37, cuad. 1.

[38] F. 118, cuad. 1.

[39] F. 2 y 3, cuad. 3.

[40] F. 47-48 y 53-54, cuad. 1.

[41] F. 40, cuad. 1.

[42] Códigos CUPS 890105, correspondiente a la “ATENCIÓN [VISITA] DOMICILIARIA, POR ENFERMERIA” y artículo 43 del Acuerdo 029 de 2011.

[43] F. 42 y 121, cuad. 1.

[44] F. 57-58, cuad. 1.

[45] En sentencia T-212 de 2009, se consideró: “A este respecto, valga aclarar que esta Corporación, en su jurisprudencia, ha identificado 2 situaciones. Por un lado, aquella que se refiere al caso de una persona que no tenga capacidad de pago suficiente y necesite un procedimiento o tratamiento médico sujeto a copago o cuota moderadora, evento en el cual, la EPS-S deberá proceder a su prestación y a su cubrimiento total. Por otro lado, aquella que trata el caso de una persona con capacidad de pago, pero sin la posibilidad de desembolsarlo previamente, evento en el cual podrá realizar acuerdos de pago que garanticen la asunción de la obligación.

Dicha distinción no tiene otro propósito que garantizar, en primer lugar, el efectivo acceso al servicio de salud y, en segunda medida, evitar una afectación del mínimo vital de quienes, sin siquiera contar con los recursos necesarios para atender sus requerimientos básicos, se ven obligados a cancelar sumas de dinero que, aunque están ajustadas a lo dispuesto en la ley, les resultan demasiado onerosas por su condición de pobreza.”

[46] “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”.

[47] Artículo 156: “f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una unidad de pago por capitación, UPC, que será establecida periódicamente por el consejo nacional de seguridad social en salud;”

Artículo 182: De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago

por capitación, UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud. (negrilla fuera de texto original).

[48] Artículo 43: “TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.”