

Sentencia T-073/13

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Titular de derechos no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa

Esta Sala encuentra que la acción es interpuesta la compañera permanente del señor. Por lo tanto, existe legitimación en la causa por activa, toda vez que el agenciado no puede valerse por si mismo debido a la patología que lo afecta, hecho que dejó claro en el escrito de la demanda, situación que se enmarca en lo dispuesto en el artículo 306 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el aparte de fundamentos generales de esta providencia.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

Al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de los beneficiarios del sistema de salud. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud, se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela.

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS O PROCEDIMIENTOS DEL POSS Y EXCLUIDOS DEL POSS-Reglas de procedencia

Todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio, (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud. De igual forma el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, situación que para la Corte es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad

Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla. En relación con la procedencia de los medicamentos y procedimientos no POS, la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, el que se encuentre expresamente dentro de las normas y reglamentos antes citado. De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aún cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Reglas jurisprudenciales

La inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud que garantiza el cubrimiento del transporte para el paciente ambulatorio que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo, en todos los niveles de complejidad, no es absoluta, dado que se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional. En los demás casos, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud. Es obligación del juez de tutela analizar las circunstancias de cada caso en particular y determinar si se cumple con los requisitos definidos por la jurisprudencia, caso en el cual, deberá ordenar los pagos de transporte que se requiera cuando se demuestre que carece de recursos económicos y su traslado para atender su salud es necesario para su recuperación.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Orden a EPS suministro de medicamento, servicio

de transporte y/o ambulancia con enfermera y entrega de pañales para mejorar su calidad de vida

Referencia: expediente T- 3.668.948

Acción de tutela instaurada por el señor Juan Carlos Pinzón Alonso agenciado por la señora Norma Yamile Gómez Triana, contra CONVIDA EPSS.

Derechos fundamentales invocados: A la salud, a la vida, a la integridad física, a la dignidad humana.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside –, Alexei Egor Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela único de instancia adoptado por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, el 10 de septiembre de 2012, proferido dentro de la acción de tutela promovida por el señor Juan Carlos Pinzón Alonso agenciado por la señora Norma Yamile Gómez Triana, contra CONVIDA EPSS.

De manera preliminar debe anotarse que la Sala de Selección de Tutelas Número Diez, a través de auto del 24 de octubre de 2012, decidió escoger la presente tutela para su estudio.

1. ANTECEDENTES

La señora Norma Yamile Gómez Triana, actuando como agente oficioso de su compañero

permanente, el señor Juan Carlos Pinzón Alonso, presentó solicitud de amparo constitucional contra CONVIDA EPSS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el medicamento de FENITOINA 100 mg., así como los elementos básicos para su higiene como son los pañales desechables, como también el suministro del servicio de traslado en ambulancia con el manejo de enfermería, desde el municipio de Sesquilé hasta el Hospital Universitario La Samaritana en la ciudad de Bogotá, para asistir a las terapias ordenadas por su médico tratante, y que requiere para llevar una vida en condiciones dignas.

1.1 Hechos y razones de la tutela

1.1.1 La señora Gómez manifestó que el señor Juan Carlos Pinzón Alonso, se encuentra afiliado a CONVIDA EPSS desde el año 2011.

1.1.2 Aseguró la agenciada, que el señor Pinzón sufrió un accidente en motocicleta el día 24 de noviembre de 2011, que le ocasionó un trauma craneoencefálico severo, motivo por el cual se encuentra recluido a una cama dependiendo de una persona para su cuidado.

1.1.3 Indicó que a raíz del trauma que padece, se le ordenó el medicamento de FENITOINA 100 mg. cada ocho horas, necesario para evitar convulsiones. No obstante lo anterior, CONVIDA EPSS no ha autorizado su entrega.

1.1.4 Manifestó, que le autorizaron terapias físicas, respiratorias y fonoaudiológicas que requiere para su restablecimiento, las cuales se ordenaron en principio para el Hospital San Martín de Porres, en el municipio de Chocontá, y posteriormente en el Hospital Universitario La Samaritana de Bogotá, para lo cual aduce, que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los gastos que demanda el traslado a esa ciudad.

1.1.5 Agregó, que es una persona de escasos recursos y no dispone de medios económicos para sufragar el costo del medicamento, y mucho menos, para asumir el transporte diario al lugar donde debe realizar el tratamiento que necesita para su recuperación.

1.1.6 Adicionalmente solicitó el servicio de enfermería domiciliaria, en especial durante el

traslado al Hospital y su regreso. Lo anterior, por cuanto le fue practicada una traqueotomía y una gastrostomía, que requieren del cuidado de un profesional.

1.1.7 Por último, expresó que el 1º de junio de 2012 radicó un derecho de petición a la Secretaría de Salud de Cundinamarca, y otro, a CONVIDA EPSS, quienes le manifestaron que se encontraba en trámite la orden de las terapias, pero no se pronunciaron respecto a la solicitud del transporte con el acompañamiento de enfermería.

1.1.8 Posteriormente aseguró que el 29 de junio de 2012, radicó nuevamente un derecho de petición a CONVIDA EPSS, quien negó el servicio de transporte bajo el argumento de estar excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

1.2 Fundamentos y pretensiones

A través de la acción de amparo solicitó que se protejan los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de su compañero permanente, y se ordene a CONVIDA EPSS, la entrega del medicamento de FENITOINA 100 mg. De igual forma, solicitó el servicio de transporte con el acompañamiento de enfermería desde el municipio de Sesquilé hasta Bogotá, y luego el de regreso, para cumplir con las citas de las terapias programadas en el Hospital Universitario La Samaritana, de esa ciudad.

1.3 Actuación procesal

El Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, admitió la tutela el 29 de agosto de 2012 y requirió a CONVIDA EPSS para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por la accionante.

Igualmente, vinculó a la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca, al Hospital Universitario La Samaritana, al Ministerio de Salud y Protección Social – FOSYGA, y al doctor Leonardo Laverde Frade, en su condición de médico tratante del señor Juan Carlos Pinzón Alonso.

1.3.1 El Ministerio de Salud y Protección Social, informó mediante escrito del 4 de septiembre de 2012 que el FOSYGA es una cuenta adscrita a ese Ministerio que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, compuesto por subcuentas. De esa forma señaló, que en la subcuenta ECAT se financian los servicios de

salud como consecuencia, entre otros, los accidentes de tránsito, para lo cual, las entidades que presten la atención médica, quirúrgica, farmacéutica u hospitalaria, como también los gastos de transporte como consecuencia de dicho suceso, “tienen el derecho a reclamar ante las entidades aseguradoras.” Por lo tanto, FOSYGA no es responsable directo por la prestación de los servicios de salud, sino del reintegro de los costos de los mismos una vez se haya determinado su valor.

1.3.2 La Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca, mediante oficio del 3 de septiembre de 2012, informó que efectivamente el usuario Juan Carlos Pinzón Alonso, se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud a través de CONVIDA EPSS. Ante lo requerido, manifestó lo siguiente: (1) del suministro del medicamento FENITOINA 100 mg., dijo que éste fue incluido en el POSS a través del Acuerdo 029 de diciembre de 2011 de la CRES; (2) respecto al servicio de atención y manejo de enfermería, aseguró que igualmente se encuentra incluido en el POSS como “cobertura de atención domiciliaria”, para lo cual las EPS podrán organizar la atención que beneficie al afiliado y mejore su calidad de vida; (3) relacionado con el servicio de ambulancia, agrega que el artículo 42 y 43 del mencionado Acuerdo, contempla el transporte o traslado de pacientes, los cuales deben ser bajo el concepto del médico tratante y el destino de la remisión; (4) a la necesidad de proveer medicamentos e insumos, como demás servicios por fuera del POSS, le corresponde, en este caso a CONVIDA EPSS su suministro previo a las autorizaciones que expida el Comité Técnico Científico.

Por último sostuvo, que CONVIDA EPSS tiene la obligación de suministrar al afiliado la atención integral que requiera, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 029 de diciembre de 2011 de la CRES, donde se aclaran y actualizan los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, y del Acuerdo 032 de la CRES que unificó a partir del 1 de julio de 2012, el régimen subsidiado al contributivo para los mayores de 18 años.

1.3.3 El Hospital Universitario La Samaritana, mediante oficio del 4 de septiembre de 2012, aseguró que al accionante se le prescribieron los medicamentos necesarios para el manejo de su patología, y son los indicados para mejorar su calidad de vida. En cuanto a la solicitud de enfermera, suministro de pañales y transporte, señaló que éstos deben ser autorizados por CONVIDA EPSS, dado que esa institución no oferta ni tiene habilitado esos

servicios.

1.3.4 Por otra parte CONVIDA EPSS, a través de escrito del 4 de septiembre de 2012, informó que en el caso del medicamento FENITOINA 100 mg. se encuentra vencida la autorización del INVIMA para la producción en Colombia, por tal razón, no se encuentra disponible para su dispensación y se recomienda utilizar otra alternativa. Agregó, que el servicio de enfermería es un evento NO POSS que no se encuentra dentro del plan de beneficios para el régimen subsidiado de salud, de conformidad a lo dispuesto en el Acuerdo 039 de 2011, al igual los insumos de pañales y transporte, los cuales se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

1.4 Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.4.1 Copia de la Historia Clínica del señor Juan Carlos Pinzón Alonso, expedida por el Hospital Universitario La Samaritana, donde consta que padece de un trauma craneoencefálico y es tratado por neurocirugía (folios 6 al 35).

1.4.2 Copia del derecho de petición presentado por la señora Norma Yamile Gómez Triana el 29 de mayo de 2012, a la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca, solicitando el servicio de ambulancia para el traslado del señor Juan Carlos Pinzón Alonso, para asistir a las citas y terapias, teniendo en cuenta que en CONVIDA EPSS le fue negado (folio 36).

1.4.3 Copia del derecho de petición presentado por la señora Norma Yamile Gómez Triana el 29 de mayo de 2012, a CONVIDA EPSS, donde solicita la autorización para las terapias físicas, respiratorias y fonoaudiológicas domiciliarias para su esposo Juan Carlos Pinzón Alonso (folio 37).

1.4.4 Copia de la respuesta de CONVIDA EPSS de fecha junio 7 de 2012, donde se le informa a la señora Norma Yamile Gómez Triana, que su solicitud se encuentra en trámite en la Coordinación de Autorización de la Subgerencia Técnica de CONVIDA EPSS (folio 38).

1.4.5 Copia del derecho de petición presentado por el señor Alfonso Pinzón Villagran, del 28 de junio de 2012, donde solicita a CONVIDA EPSS, el servicio de ambulancia para el traslado de su hijo Juan Carlos Pinzón Alonso, para asistir a las terapias que debe realizar en el Hospital universitario La Samaritana en la ciudad de Bogotá (folio 39).

1.4.6 Copia de la respuesta de CONVIDA EPSS de fecha junio 17 de 2012, donde se le informa al señor Alfonso Pinzón Villagran, que el servicio que solicita no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud. (folio 40).

1.4.7 Copia de las ordenes expedidas por CONVIDA EPSS de fecha mayo 24 de 2012, en las que autoriza las terapias físicas, respiratorias y fonoaudiológicas al señor Juan Carlos Pinzón Alonso (folios 42 y 43).

1.5 Decisión judicial

Mediante fallo único de instancia del 10 de septiembre de 2012, el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, negó el amparo solicitado.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1 COMPETENCIA

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO

Una vez relacionados los antecedentes, la Sala de Revisión observa que el problema jurídico del caso aquí planteado tiene que ver si CONVIDA EPSS está vulnerando los derechos fundamentales de un paciente al negarle el suministro del medicamento de FENITOINA 100 mg., como también los insumos de pañales y los servicios de transporte con acompañamiento de una enfermera desde el municipio de Sesquilé hasta Bogotá, para cumplir con las citas de terapias programadas en el Hospital Universitario La Samaritana, de esa ciudad.

Lo anterior, por cuanto se hacen indispensables para mejorar su salud y su calidad de vida,

la cual se ha visto afectada por cuanto la EPSS los ha negado con el argumento de no estar incluidos en el POSS.

Para analizar y resolver el problema jurídico planteado, la Sala reiterará el precedente constitucional respecto a lo siguiente: primero, el carácter fundamental del derecho a la salud; segundo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional para ordenar el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud - POS; tercero, la autorización de los gastos de transporte para pacientes y sus acompañantes por las EPS, para acceder a los servicios de salud; por último, se analizará el caso concreto.

2.2.1 Previo al análisis de fondo, se estudiará el tema de la agencia oficiosa para interponer tutela y su pertinencia en el presente caso.

El artículo 86 de la Constitución Política, dispone que cualquier persona que se encuentre dentro del territorio nacional o por fuera de él, pueda interponer acción de tutela directamente o por quien actúe en su nombre, mediante un procedimiento preferente, informal y sumario[1], cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

Esta Corporación ha reiterado que la agencia oficiosa debe ser probada como tal y demostrar que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

En ese sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante.

Igualmente, esta disposición contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

En efecto, el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, dispone:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier 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 acción. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud...”

En ese sentido se pronunció la Corte en Sentencia T-294 de 2004[2] en la cual reiteró los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, así:

“La Corte ha señalado que dos de los elementos de la agencia oficiosa en materia de tutela son: (i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio.”

En el caso sub examine, esta Sala encuentra que la acción es interpuesta por la señora Norma Yamile Gómez Triana, en calidad de compañera permanente del señor Juan Carlos Pinzón Alonso. Por lo tanto, existe legitimación en la causa por activa, toda vez que el agenciado no puede valerse por sí mismo debido a la patología que lo afecta, hecho que dejó claro en el escrito de la demanda, situación que se enmarca en lo dispuesto en el artículo 306 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el aparte de fundamentos generales de esta providencia.

2.2.2 El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[3]

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “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 (...).”[4]

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 Superior que el Estado

debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta[5].

Por otra parte el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, cuando define la seguridad social como “... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”.

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[6].

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[7], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[8]

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto sólo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En esta línea tenemos por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993[9] y T-395 de 1998[10]. En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose presa, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

“Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla

del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cubija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.”

En la sentencia T-395 de 1998, la Corte sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, cuando al tratar una solicitud que se hiciera al ISS, acerca de un tratamiento en el exterior, se pronunció de la siguiente forma:

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en si mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte,

sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”, en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo establece la sentencia T- 1081 de 2001[11], cuando dispuso:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007[12], amplía la tesis y dice que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que:

“la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.[13]

Por último, en la Sentencia T-760 de 2008, la jurisprudencia de esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad,

la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”[14]

En este contexto, estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.”[15]

En suma, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de los beneficiarios del sistema de salud. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud, se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela[16].

2.2.2.1 Reglas de procedencia de la acción de tutela para ordenar el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos POSS y NO POSS

Como se señaló en el acápite anterior, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales que contempla la Constitución Política de 1991, el cual se encuentra dividido en dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

El Plan Obligatorio vigente está conformado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, el Acuerdo 029 de 2011 de la C.R.E.S.[17], por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado, y el Acuerdo 032 de 2012 de la C.R.E.S., por el cual se unifica a partir del 1 de julio de 2012, el régimen subsidiado al contributivo para los mayores de 18 años de edad, incluidos manejo por medicina general y especializada, insumos, procedimientos, cirugías, hospitalizaciones, ayudas diagnósticas, medicamentos, atención

domiciliaria y traslado en ambulancia en caso de requerirlo.

El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece que “las Entidades Promotoras de Salud -EPS- en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” Esto comprende, entre otros, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Es decir, que a partir de esta ley, garantizar la prestación de los servicios de salud que la persona requiera es responsabilidad de las EPS, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio[18], (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.[19]

De igual forma el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, situación que para la Corte es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.[20]

En relación con la procedencia de los medicamentos y procedimientos no POS, la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, el que se encuentre expresamente dentro de las normas y reglamentos antes citado[21].

De esa forma, en algunos eventos la Corte Constitucional ha ordenado procedimientos por fuera del POS, como el caso estudiado en la Sentencia SU-480 de 1997[22], que acumuló 7 acciones de tutela instauradas por enfermos de VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena por la negativa de suministrarles inhibidores de proteasa en la calidad y cantidad requeridos, con el fin de mejorar su calidad de vida. En ella la Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social eran de carácter prestacional, y sólo fundamentales en conexidad con el derecho a la vida. En ella señaló:

“En el caso en el que dicho medicamento no esté contemplado en el listado oficial, pero esté de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale, aunque no esté en el listado (...) poner la paciente a realizar trámites administrativos y procedimientos judiciales para acceder al medicamento implica agravarle su estado de salud y por ende, poner en riesgo su vida”.

Igualmente esta Corporación en la Sentencia T-099 de 1999[23], tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una persona perteneciente a la tercera edad que sufría de incontinencia urinaria ocasionada por una disfunción cerebral y a quien la entidad demandada le había negado el suministro de pañales desechables bajo el argumento de que se encontraban excluidos del POS. En esa oportunidad consideró que tal determinación, tornaba indigna la existencia del paciente por cuanto no le permitía el goce de una óptima calidad de vida. Sobre el particular dijo este Tribunal:

“En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le permite acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona (heridas, llagas, hongos) no le permiten una vida normal, ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que se le proporcionen en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia. Recuérdese además que en tratándose de personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social se erige en fundamental y su protección se torna insoslayable en casos como el presente.”

Cabe resaltar que varios de los anteriores casos compartían situaciones comunes; primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes, segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del plan obligatorio de salud, y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico. Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizan el acceso a los servicios de salud (medicamentos o tratamientos) excluidos del POS.

Así las cosas, la Corte estableció los siguientes criterios sobre la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no están incluidos en el plan obligatorio:

a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante[24].

La anterior subregla surgió principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la Sentencia T-760 de 2008[25], no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios.

En la citada sentencia, la Corte aclaró que:

“requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, “requerir con necesidad”, y aclaró el concepto de “requerir”[26] y el de “necesidad”. Frente al primero dijo que se concretaba cuando: “a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”. Sobre el segundo afirmó que “(...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.[27]”

Igualmente precisó en la citada sentencia que:

“toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente 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.”[28]

Por último, en la sentencia T-1024 de 2010, la Corte estudió la solicitud presentada por una señora de 82 años de edad, para que se le suministrara una silla de ruedas, pañales y otros implementos que requería con necesidad. En ella, esta Corporación señaló que una entidad de salud violaba el derecho si se negaba a autorizar un servicio que no estuviera incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando el servicio se requería con necesidad, como ocurría en el caso concreto, en el que se logró acreditar la falta de capacidad económica para acceder a todos los implementos médicos necesarios que garantizaran una vida digna a la accionante.[29]

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[30]

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aún cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.[31]

En ese orden de ideas se concluye, que toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera, y que no es posible que se aplique de manera restrictiva la reglamentación, y se excluya la práctica de procedimientos o intervenciones, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación

restrictiva tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

2.2.2.2 Jurisprudencia constitucional sobre el cubrimiento de los gastos de transporte para pacientes y sus acompañantes por las EPS, para acceder a los servicios de salud

Esta Corporación ha indicado en varias oportunidades[32] los casos en que el Sistema de Seguridad Social en Salud debe cubrir el servicio de transporte. No obstante, cuando el servicio no esté catalogado como una prestación asistencial de salud, algunas veces suele estar íntimamente relacionado con la recuperación de la salud, la vida y la dignidad humana, sobretodo cuando se trata de sujetos de especial protección, como los niños en estado de discapacidad.

La regulación de este servicio se encuentra establecida en el Acuerdo 029 de 2011, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, que actualizó los Planes Obligatorios de Salud (POS), en los siguientes casos:

“ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Si en concepto del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.”

Como se observa, la inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud que garantiza el cubrimiento del transporte para el paciente ambulatorio que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo, en todos los niveles de complejidad, no es absoluta, dado que se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional[33].

En los demás casos, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud. En éste evento, le corresponde al juez constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo para financiar el traslado, en los casos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.[34]”

De lo visto, tenemos que la jurisprudencia constitucional determina la viabilidad del servicio de transporte por fuera del lugar de residencia del solicitante, cuando se ha probado que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y, de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

En ocasiones, la jurisprudencia constitucional ha sostenido:

“... que la dimensión de los gastos de traslado llega a desbordar la capacidad económica del paciente y de su familia, en cuyo caso se advierte la existencia de una barrera informal al acceso del servicio de salud que debe ser eliminada, según lo ordena el criterio de

accesibilidad, pues en estos casos el disfrute material del derecho a la salud del individuo resulta entorpecido por un elemento –capacidad económica- que en ningún caso puede restringir su plena satisfacción.

(...)

Ahora bien, como fue señalado en sentencia T-295 de 2003, en aquellos eventos en los cuales el procedimiento médico sea practicado a un menor de edad, a un discapacitado o a una persona de la tercera edad, se hace indispensable, adicionalmente, cubrir los gastos de desplazamiento de un acompañante, dado el estado de indefensión y el grado de dependencia en que pueden encontrarse.”[35]

En efecto, en sentencia T-760 de 2008 la Corte ha reiterado que el transporte es un medio para acceder al servicio de salud[36], y aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones se constituye en una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los recursos económicos para sufragarlo. Por ello, ha considerado que:

“toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que [le] impidan... acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”.

Igualmente, esta Corporación en sentencia T-550 de 2009[37] ha reconocido que:

“(...)... la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar[38]”.

En esas circunstancias, la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud conlleva, además de brindarse los tratamientos médicos para proteger la salud de la persona la de conseguir los medios para la materialización efectiva del servicio.

En sentencia T-346 de 2009[39], se recordó que la jurisprudencia constitucional ha señalado, que todas las personas tienen el derecho a recibir la asistencia médica necesaria para la recuperación de su salud, situación que en algunos casos excepcionales puede conllevar incluso el servicio de transporte, siempre y cuando (i) ni el paciente ni la familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el mencionado servicio y (ii) que en caso de no otorgarse el medicamento, procedimiento o tratamiento, se amenace “la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”. De igual forma, citó que en algunas oportunidades se ha ordenado la prestación del transporte, junto con un acompañante, cuando el paciente (i) dependa totalmente del tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente “para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas” y finalmente, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero.

En esos términos, se encuentra establecido que por vía de tutela se puede impartir la orden para que la empresa prestadora del servicio de salud cubra el transporte, ya sea urbano o de una ciudad a otra, del afiliado y de un acompañante, cuando el paciente lo requiera, de forma que pueda recibir oportunamente los servicios médicos asistenciales.

En cuanto al tema específico del servicio de ambulancia, en los casos particulares en que se requiera que a los afiliados se les transporte así, las entidades prestadoras de salud tienen la obligación de proveer los medios para que sus pacientes puedan adquirir el servicio de transporte a los sitios en los cuales prestan los servicios médicos, o deben ellos mismos desplazarse hasta el domicilio del paciente para brindarle la atención requerida de forma ininterrumpida. [41]

Esta Corporación[42] ha precisado que si bien en principio la obligación de acudir a un tratamiento corresponde de forma prevalente al paciente y a su familia, existen ciertos presupuestos en los cuales la responsabilidad gravita a cargo de la institución prestadora del servicio, cuando se acredite que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y de no efectuarse el

mismo se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.[43]

A ese respecto en la Sentencia T-197 de 2003,[44] la Corte señaló:

“... las normas que establecen la obligatoriedad de las entidades promotoras de salud en el pago del traslado de sus usuarios restringen la cobertura a los casos de urgencia debidamente certificada, la movilización de los pacientes internados que requieran atención complementaria y, en todo caso, en las zonas donde se paga una unidad de pago por capitación diferencial mayor.

Sobre el tema, la Corte Constitucional ha señalado las reglas jurisprudenciales aplicables para la asunción de los costos del transporte de pacientes, criterios que comparten la misma justificación de los utilizados para la inaplicación de las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud. Así, se parte de considerar que, de manera general, la normatividad se aplica íntegramente y que el transporte debe ser asumido por el afectado o, en razón del principio de solidaridad consagrado en el artículo 95-2 de la Carta, por su familia. Igualmente, la responsabilidad es trasladada a las entidades promotoras únicamente en los eventos concretos donde se acredite que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”
(subrayado fuera del texto)

Efectivamente, cuando se comprueba que ni el paciente ni su familia tienen los recursos económicos para cubrir el costo del tratamiento, del medicamento, de la cirugía o del transporte en ambulancia, corresponde al Estado la obligación de brindar el servicio que requiera la persona por medio de las entidades de salud vinculadas a éste.

Adicionalmente, la Corte ha señalado que la asunción de dichos costos de traslados deberán igualmente incluir el de un acompañante, cuando los mismos médicos tratantes así lo consideren estrictamente necesario, o en el evento de que se trate de un paciente que presente una discapacidad mental y no pueda valerse por sí mismo, o que corresponda a un menor de edad o a una persona de la tercera edad.[45]

Para concluir, es obligación del juez de tutela analizar las circunstancias de cada caso en

particular y determinar si se cumple con los requisitos definidos por la jurisprudencia, caso en el cual, deberá ordenar los pagos de transporte que se requiera cuando se demuestre que carece de recursos económicos y su traslado para atender su salud es necesario para su recuperación.

2.2.3 El caso concreto

El caso expuesto, hace referencia a la acción de tutela presentada por la señora Norma Yamile Gómez Triana, como agente oficiosa del señor Juan Carlos Pinzón Alonso, quien busca la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, para que se ordene a la accionada el suministro del medicamento de FENITOINA 100 mg., así como los elementos básicos para su higiene como son los pañales desechables, el servicio de traslado con el manejo de enfermería desde el municipio de Sesquilé hasta el Hospital Universitario La Samaritana en la ciudad de Bogotá, para asistir a las terapias que le fueran ordenadas por su médico tratante, y que requiere para llevar una vida en condiciones dignas.

De lo visto en el expediente, el señor Juan Carlos Pinzón Alonso sufrió un accidente de tránsito el día 24 de noviembre de 2011 que le ocasionó un trauma craneoencefálico, razón por la cual se encuentra recluido en cama, y según lo dicho por la señora Norma Yamile Gómez Triana, la accionada se ha negado al suministro del medicamento Fenitoina 100 mg., que debe tomar cada ocho horas, y que es indispensable para evitar los episodios de convulsiones.

De los elementos probatorios allegados al proceso, se observa lo siguiente:

1. Que el señor Juan Carlos Pinzón Alonso, se encuentra en la base de datos de la Secretaría de Salud de Cundinamarca afiliado al régimen subsidiado Nivel 1 en CONVIDA EPSS del municipio de Sesquilé, Cundinamarca.
2. Que el agenciado ingresó al Hospital Universitario La Samaritana en la ciudad de Bogotá, el 2 de enero de 2012 y su egreso figura el día 16 de febrero del mismo año, con dictamen de trauma craneoencefálico, tratado entre otros medicamentos, con FENITOINA 100 mg.

3. Que CONVIDA EPSS autorizó al señor Juan Carlos Pinzón Alonso, 15 sesiones de terapias físicas integrales, 15 terapias de fonoaudiología para desordenes auditivos y 90 terapias respiratorias integral. Dichas terapias fueron autorizadas para que se realizaran en el Hospital Universitario La Samaritana en la ciudad de Bogotá, para lo cual aduce la accionante, que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los gastos que demanda el traslado a esa ciudad y menos aún pagar el servicio de una enfermera que lo asista en los traslados diarios, por cuanto le fue practicada una traqueotomía y gastrostomía que requieren de una atención especializada.

4. Que en respuesta a la solicitud del juez constitucional, la Secretaría de Salud de Cundinamarca asegura que el medicamento solicitado de FENITOINA 100 mg., se encuentra incluido en el POSS según el Acuerdo 029 de 2011, para lo cual anexa cuadro de medicamentos autorizados en el POS.

5. Que CONVIDA EPSS responde a la solicitud del medicamento, informando que si bien el medicamento solicitado se encuentra incluido en el POS, se encuentra vencida la autorización del INVIMA para la producción en el país, y por tal razón no está disponible para su dispensación, por lo que recomienda al médico tratante para que utilice otra alternativa. Sobre los demás servicios e insumos, como transporte, enfermera y suministro de pañales, asegura que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

6. Que el juez de instancia, negó el amparo solicitado al considerar que CONVIDA EPSS le ha suministrado los servicios y medicamentos necesarios para controlar la patología del señor Juan Carlos Pinzón Alonso. En cuanto a los medicamentos sostuvo, que los insumos y demás servicios que pretenden obtener a través de la tutela, no han sido ordenados por el médico tratante adscrito a la entidad accionada.

Así las cosas, y una vez establecidas las condiciones fácticas, procederá la Sala a determinar (i) si es procedente la acción de tutela en estos eventos; (ii) y si la falta del medicamento, de los servicios solicitados y los insumos requeridos, amenazan los derechos fundamentales del señor Juan Carlos Pinzón Alonso.

2.2.3.1 En primer lugar, respecto a la procedencia de la acción de tutela es preciso señalar que la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008[46], reiteró lo dicho en la sentencia C-811 de 2007[47], respecto a que la salud “es un derecho

fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles.” De igual manera, sostuvo lo referido en la sentencia T-1030 de 2010[48], que “no hay duda que en este momento el derecho a la salud es autónomo y por lo tanto fundamental, lo que lo hace exigible de manera directa a través de la acción de tutela.”

En el caso concreto, se evidencia que se trata de la afectación de la salud de una persona que ha sufrido un trauma craneoencefálico que requiere de ciertos medicamentos y procedimientos especializados para su recuperación, los cuales han sido negados por su EPSS vulnerando sus derechos fundamentales, lo cual, hace procedente la presente acción de tutela y se tomarán las medidas de protección que se consideren pertinentes para su restablecimiento.

2.2.3.2 En segundo lugar, con relación si la falta del medicamento, los servicios solicitados y los insumos requeridos amenazan los derechos fundamentales del señor Juan Carlos Pinzón Alonso, la Sala de Revisión, considera que la omisión de la EPSS sí afecta los derechos fundamentales en el presente caso.

En efecto, el señor Juan Carlos Pinzón Alonso padece de un trauma craneoencefálico, situación que le genera una discapacidad, y como ya se precisó, a consecuencia de ello presenta convulsiones. Para la Sala es evidente, que CONVIDA EPSS al negar el medicamento no tuvo en cuenta que el paciente requiere de tratamiento oportuno y de un seguimiento constante, de manera que se pueda controlar las convulsiones y así, evitar las complicaciones que la misma enfermedad genera.

El medicamento de FENITOINA 100 mg. ordenado por el médico tratante, le fue suministrado al paciente durante su permanencia en el Hospital Universitario La Samaritana en la ciudad de Bogotá, como consta en la historia clínica aportada al proceso, que si bien, como lo manifiesta la accionada, no se encuentra disponible por encontrarse vencida la autorización del INVIMA para la producción en el país, es preciso que CONVIDA EPSS a través de sus médicos adscritos, analice otras alternativas para que autorice y entregue un medicamento que ofrezca los mismos resultados con igual eficacia en el manejo de la enfermedad, y de esa manera, no imponer barreras administrativas y burocráticas que impidan el acceso al servicio de salud en forma continua.

2.2.3.3 De otro lado la señora señora Norma Yamile Gómez Triana, actuando en nombre y representación del señor Juan Carlos Pinzón Alonso, solicita que CONVIDA EPSS, cubra el servicio de transporte o una ambulancia y del acompañamiento de una enfermera para asistir a los controles y tratamientos médicos. La entidad accionada, argumentó su negativa en que tales gastos se encuentran por fuera de la cobertura del POS-S ya que los pacientes y sus familias, son los obligados a cubrirlos en razón de sus necesidades médicas.

En los demás casos, cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento, debe el juez constitucional analizar si se acredita que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”. [50]

En el caso que se analiza, la Sala considera procedente el amparo en las circunstancias en que la accionante solicita el servicio de transporte y/o ambulancia, toda vez que, los gastos de traslado al lugar donde debe realizar las terapias desborda su capacidad económica, lo cual puede generar una barrera para el acceso del servicio de salud. Además, esta Corporación [51] ha establecido “una presunción de falta de capacidad económica frente a las personas afiliadas al régimen subsidiado de seguridad social en salud”.

Igualmente es clara la imposibilidad de traslado por sí solo del paciente al sitio de las terapias, por lo que resulta lógico que se autorice el acompañamiento de una enfermera que lo acompañe a los procedimientos a fin de salvaguardar su integridad. Teniendo en cuenta lo anterior, se ordenará a CONVIDA EPSS que cubra los gastos de transporte y/o ambulancia, y de una enfermera que lo acompañe al lugar donde realiza las terapias dentro del tratamiento que recibe.

2.2.3.4 Por otra parte aduce la peticionaria, que como consecuencia de la enfermedad que padece el señor Juan Carlos Pinzón Alonso, requiere de pañales desechables y solicita que se ordene el suministro de estos insumos.

El juez de tutela de única instancia, denegó por improcedente el amparo constitucional propuesto, por considerar que la peticionaria no demostró que los insumos solicitados hubieran sido prescritos por el médico tratante.

En estos casos es preciso acudir al principio constitucional de la dignidad humana del paciente, por cuanto este tipo de justificaciones evasivas ponen en grave peligro los derechos fundamentales, y por lo tanto, la Sala considera que el estado de salud del señor Juan Carlos Pinzón Alonso, presenta serias dificultades, razón por la cual el suministro del insumo solicitado (pañales desechables) lo que busca en últimas, es la protección del derecho fundamental a la vida en condiciones de dignidad[52].

Por esta razón, la Sala procederá a ordenar a CONVIDA EPSS que autorice y entregue de manera permanente los pañales desechables que requiere el señor Juan Carlos Pinzón Alonso, con el fin de llevar una vida digna.

En conclusión, la Sala encuentra que existe una violación de los derechos fundamentales del señor Juan Carlos Pinzón Alonso, por lo que se ordenará a CONVIDA EPSS que autorice el suministro del medicamento de FENITOINA 100 mg., o en su defecto, analice otras alternativas para que autorice y entregue un medicamento que ofrezca los mismos resultados y con igual eficacia en el manejo de la enfermedad.

Igualmente que cubra los gastos de transporte y/o ambulancia y de una enfermera como acompañante a los lugares a donde se encuentren ubicadas las instituciones donde debe realizar las terapias el señor Juan Carlos Pinzón Alonso, y por último, se ordene el suministro de pañales desechables que sean necesarios para mejorar su calidad de vida.

3 DECISIÓN

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, el 10 de septiembre de 2012, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Juan Carlos Pinzón Alonso agenciado por la señora Norma Yamile Gómez Triana, contra la EPSS CONVIDA y se concederá el amparo de los derechos invocados.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a CONVIDA EPSS, que autorice dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, el suministro del medicamento de FENITOINA 100 mg., o en su defecto, autorice y entregue un medicamento que ofrezca los mismos resultados y con igual eficacia en el manejo de la

enfermedad que padece el señor Juan Carlos Pinzón Alonso, así como los demás medicamentos y tratamientos que requiera, en forma continua los primeros cinco (5) días de cada mes, y que sean ordenados por su médico tratante hasta tanto lo considere procedente y necesario para tratar la enfermedad de manera integral.

TERCERO.- ORDENAR a CONVIDA EPSS, que autorice dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, el servicio de transporte y/o ambulancia de ida y vuelta al Juan Carlos Pinzón Alonso, y a una enfermera que lo acompañe a la ciudad de Bogotá, donde debe realizar las terapias ordenadas por su médico tratante, y a su regreso al lugar de su residencia.

TERCERO.- ORDENAR a CONVIDA EPSS, que autorice dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, el suministro de pañales que requiera el señor Juan Carlos Pinzón Alonso, necesarios para mejorar su calidad de vida.

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

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

- [1] Sentencia T-493 de 2007 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- [2] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- [3] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
- [4] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- [5] Constitución Política, art. 13.
- [6] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.
- [7] Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.
- [8] Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- [9] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- [10] M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- [11] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- [12] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [13] Esta propuesta fue inicialmente expuesta en sentencia T-573 de 2005 y posteriormente desarrollada en sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [14] Sentencia T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- [15] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [16] Sentencia T-1185 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- [17] “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011, que define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud”.

[18] Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[19] Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

[20] Sentencia T-775 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[21] Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

[22] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[23] MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[24] Sentencias SU-480 y T-640 de 1997, T-236 de 1998, SU-819 de 1999, T-1204 de 2000, T-683 de 2003, T-1331 de 2005, T-1083 de 2006 y T-760 de 2008, entre otras.

[26] Sentencia T-1204 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero.

[27] Sentencias T-760 de 2008, T-875 de 2008 y T-1024 de 2010.

[28] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[29] Sentencias T-899 de 2002, T-202 de 2008, T-975 de 2008, T-053 de 2009, T-352, T-437, T-574 de 2010 y T-1024 de 2010, entre otras.

[30] Sentencia T-1024 de 2010 MP. Humberto Sierra Porto, reiterada en las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

[31] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[32] Sentencias T-350 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-745 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-962 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-200 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-201 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1019 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-212 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentarías; T-642 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-391 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-716 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-834 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

[33] El Acuerdo 09 de 2009 de la CRES.

[34] Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

[35] Sentencia T-200 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[36] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[37] MP. Mauricio González Cuervo.

[38] MP. Mauricio González Cuervo.

[39] M. P. María Victoria Calle Correa

[40] Sentencia T-197 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[41] Sentencia T - 160 de 2001 M.P. Fabio Moron Díaz

[42] Sentencia T-900 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[43] Sentencia T-467/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[44] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[45] Ver sentencia T-1079 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[46] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[47] MP. Marco Gerardo Monroy cabra.

[48] MP. Mauricio González Cuervo.

[49] El Acuerdo 09 de 2009 de la CRES.

[50] Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

[51] Sentencia T-085 de 2011 MP. Jorge Pretelt Chaljub.

[52]La jurisprudencia constitucional ha considerado que el ámbito de protección del principio de la dignidad humana, radica en “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones.” Sentencia T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.