

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD CON ENFERMEDADES DEGENERATIVAS-Protección especial

Esta Corporación ha mantenido su postura respecto a que el derecho a la salud es un derecho fundamental y que las personas en estado de vulnerabilidad por su edad o estado de salud ameritan una protección especial. De igual manera, la protección especial de personas con enfermedades degenerativas radica en el estado de vulnerabilidad en el que se encuentran.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha reiterado que para que se ordene a una entidad promotora de salud (EPS) la práctica de un tratamiento o la entrega de un medicamento a favor de una persona, es necesario que esta última lo haya requerido previamente y aquella lo haya negado o exista una omisión de dar aplicación a las normas contenidas en el Plan Obligatorio de Salud. En este orden de ideas, sin el anterior requisito no es posible inferir la violación de un derecho fundamental.

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-El juez solo podrá examinar la presunta vulneración, si en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud en suministrar lo solicitado por el paciente

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, sin desconocer el estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad de algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela, con base en una eventual negativa en la prestación del servicio por parte de la entidad, en razón que el juez solo podrá examinar la presunta vulneración si en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud en suministrar lo solicitado por el paciente. Entonces, si dicha negativa no existe, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental.

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Improcedencia por cuanto la tutela fue presentada en forma directa, sin que hubiere mediado una solicitud previa de la

prestación de los servicios a la entidad demandada

Referencia: Expediente T-4624583

Acción de tutela interpuesta por Julio Roberto Londoño Orrego como agente oficioso de Flor Nelly Orrego contra La Nueva EPS.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Martha Victoria Sáchica Méndez y los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los Artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y 33 y concordantes del Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Once (11) Penal del Circuito de Cali (Valle del Cauca) en el asunto de tutela de la referencia.

I. Antecedentes

El señor Julio Roberto Londoño Orrego, actuando como agente oficioso de su madre, la señora Flor Nelly Orrego de Londoño, interpuso acción de tutela contra La Nueva EPS por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud y a la vida digna.

1. Hechos.

1.1. Manifiesta el accionante que desde hace 8 años se le detectó la enfermedad de Alzheimer a su madre, Flor Nelly Orrego de Londoño, de 85 años.

1.2. Con motivo de su enfermedad, la señora Flor Nelly Orrego asistió a citas médicas

con el cardiólogo para el control de la presión, así como para que se le practicaran exámenes de rutina para la diabetes.

1.3. Indica que además, la señora Orrego debe acudir periódicamente al psiquiatra, quién le viene formulando el medicamento denominado Ipiral de 15 mg. La dosis diaria es una tableta cuyo costo asciende a \$4.085, por lo que para el accionante resulta muy oneroso pagar \$122.550 mensualmente. La EPS de la paciente, la señora Flor Nelly Orrego, tampoco lo suministra, bajo el argumento que no está cubierta por el POS.

1.4. Relata el accionante que debido a la falta de control médico la señora Flor Nelly Orrego viene presentando un cuadro de ansiedad, que no les permite ni a ella ni a su familia estar tranquilos ya que deben atenderla las 24 horas.

1.5. El agente oficioso pide que la nueva EPS suministre a su madre, la señora Orrego el medicamento (Ipiral de 15 mg) y la asistencia médica, mediante las consultas con los especialistas de cardiología, psiquiatría y medicina general.

2. Respuesta de la entidad demandada.

La Nueva EPS no dio ninguna respuesta a los hechos narrados por el denunciante.

3. Pruebas.

- Copia de la cédulas de ciudadanía de Flor Nelly Orrego de Londoño y de Julio Roberto Londoño Orrego (cuaderno original, folios 2 y 3).
- Copia del registro civil de nacimiento del señor Julio Roberto Londoño (cuaderno original, folio 4).
- Recibos de caja por la compra de Ipiral 15 (cuaderno original, folio 5).
- Empaque del medicamento Ipiral 15 mg (cuaderno original, folio 6).
- Certificado de consulta externa a la paciente Flor Nelly Orrego de Londoño en la Clínica San José (cuaderno original, folios 13 al 19).

4. Decisión judicial objeto de revisión.

En sentencia del 14 de agosto de 2014, el Juzgado Once (11) Penal del Circuito de Cali (Valle del Cauca) no ampara los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud y a la vida digna, porque estimó que nunca existió una petición del accionante a la Nueva EPS para adquirir los servicios, como tampoco una negativa a suministrar el medicamento por parte de la entidad demandada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

2. Planteamientos de la acción y problema jurídico.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si una EPS vulnera los derechos a la dignidad humana, a la salud y a la vida digna de una persona, al no entregar un medicamento y asistencia médica continua, cuando no ha mediado solicitud por parte del interesado a la entidad.

Para dar respuesta a lo anterior la Sala (i) reiterará la jurisprudencia sobre la protección especial del derecho a la salud de personas de tercera edad con enfermedades degenerativas y (ii) analizará la procedencia de la acción de tutela cuando es presentada en forma directa, sin que el interesado hubiere acudido previamente a requerir la prestación de los servicios a la entidad demandada. Finalmente, (iii) examinará el caso concreto.

3. Protección especial del derecho a la salud de personas de tercera edad con enfermedades degenerativas.

El derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política es entendido al mismo tiempo como derecho y como servicio público a cargo del Estado[1].

Los parámetros de la prestación del servicio de salud han sido ampliamente estudiados por

la jurisprudencia constitucional que ha decantado que deber un servicio oportuno, eficiente, de calidad[2], integral y continuo[3]. En particular, en Sentencia T-165-13, la Corte sostuvo que “(E)stos principios se concretan en la obligación de que la entidad responsable autorice todos los servicios de salud que el médico tratante determine para un paciente, sin que le sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ello aprueba en razón del interés económico”.

En cumplimiento de las normas superiores, el sistema de seguridad social ha reconocido la protección universal de la cobertura[4] amparando a personas en condiciones de debilidad manifiesta, aplicando el criterio de igualdad desde un punto de vista material (artículo 13)[5]. Este es el caso de los adultos mayores[6] y de quienes padecen enfermedades degenerativas porque comparten el deterioro natural de salud, que los pone en una situación de vulnerabilidad.

En concordancia con lo anterior, la regulación propende a garantizar el derecho a la salud de estos dos grupos poblacionales. Así, por ejemplo, el Artículo 14 de la Ley 1122 de 2007[7] amplió la cobertura universal de servicios del sistema de seguridad social para la población más vulnerable y sin capacidad de pago, beneficiando a adultos mayores identificados hasta el nivel 3 del SISBEN[8]. De otro lado, la Ley 1733 de 2014 plantea un esquema regulatorio de los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida.

En la misma línea, esta Corporación ha mantenido su postura respecto a que el derecho a la salud es un derecho fundamental[9] y que las personas en estado de vulnerabilidad por su edad o estado de salud ameritan una protección especial. En efecto, en sentencia T-745 de 2009 la Corte sostuvo que “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”[10].

De igual manera, la protección especial de personas con enfermedades degenerativas radica en el estado de vulnerabilidad en el que se encuentran. Por ejemplo, en Sentencia T-885 de 2011 consideró que el VIH “causa el deterioro progresivo del estado de salud (y

que) hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran”.

4. Improcedencia de la acción de tutela cuando es presentada en forma directa, sin que el interesado hubiere acudido previamente a requerir la prestación de los servicios a la entidad demandada. Reiteración jurisprudencial.[11]

Según el artículo 86 de la Constitución Política “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Esta Corporación ha reiterado que para que se ordene a una entidad promotora de salud (EPS) la práctica de un tratamiento o la entrega de un medicamento a favor de una persona, es necesario que esta última lo haya requerido previamente y aquella lo haya negado o exista una omisión de dar aplicación a las normas contenidas en el Plan Obligatorio de Salud. En este orden de ideas, sin el anterior requisito no es posible inferir la violación de un derecho fundamental[12].

Conforme a estas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, sin desconocer el estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad de algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela, con base en una eventual negativa en la prestación del servicio por parte de la entidad, en razón que el juez solo podrá examinar la presunta vulneración si en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud en suministrar lo solicitado por el paciente. Entonces, si dicha negativa no existe, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental[13].

Este Tribunal Constitucional ha indicado que el juez de tutela no puede dar órdenes con base en supuestas negligencias o desatenciones, en aras de la protección pedida, ya que solo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la autoridad y ellas constituyen la amenaza de algún derecho fundamental. La Corte ha considerado que cuando se está ante la premura en la protección de derechos fundamentales, como la vida o la integridad física, el hecho de que no se haya requerido previamente a la entidad

prestadora de salud, salvo casos verdaderamente excepcionales, impide que la acción de tutela proceda[14].

En consecuencia, no se puede partir del supuesto o de la sospecha de una negativa por parte de la entidad promotora de salud (EPS) para la prestación de un servicio o la entrega de un medicamento, para acudir directamente a la acción constitucional. Debe haber una acción u omisión por parte del ente accionado para que el juez de tutela pueda entrar a proteger los derechos fundamentales que considere vulnerados el accionante.

5. Análisis del caso concreto.

5.1. Como quedó expresado en el acápite de antecedentes, en el presente caso la accionante de 85 años padece la enfermedad de Alzheimer y se le viene programando una cita médica con el cardiólogo para el control de la presión. Así mismo, se le deben realizar exámenes periódicos para la diabetes.

Manifestó el agente oficioso que también debe ser examinada por el psiquiatra, quien le ha venido formulando el medicamento Ipiral (15mg) que la EPS no está cubriendo con el argumento de que no está amparado por el POS. A causa de lo anterior, afirma, la peticionaria viene presentando un cuadro de ansiedad que no le permiten ni a ella ni a su familia estar tranquilos ya que deben estar pendientes de la enferma las 24 horas.

El juez de instancia negó el amparo al estimar que la familia de la accionante había asumido el costo del medicamento con anterioridad cumpliendo con el deber de solidaridad y no demostró la falta de capacidad de pago, por lo que consideró que no la negativa de la Nueva EPS no era vulneratoria[15].

5.2. Dentro de la foliatura no hay elemento alguno que indique que la parte accionante se acercó o por medio escrito haya solicitado a la Nueva EPS la entrega o el suministro del medicamento Ipiral (15 mg).

En este sentido, no se puede inferir que la entidad promotora de salud (EPS) haya incurrido en alguna falta o vulnerado algún derecho fundamental de la peticionaria, ya que en ningún momento hubo negativa por su parte, al no contar con el requerimiento de proveer el medicamento y la asistencia médica por parte de la señora Flor Nelly Orrego.

Conforme al precedente de esta Corporación, dado que la tutela fue presentada en forma directa, sin que hubiere mediado una solicitud previa de la prestación de los servicios a la entidad demandada, esta Sala concluye que la petición de amparo es improcedente.

5.3. Sin embargo, debido a que la señora Orrego es sujeto especial de protección por ser adulto mayor y padecer de Alzheimer, esta Sala corroboró la situación actual mediante comunicación telefónica con el apoderado del agente oficioso, quien manifestó que la Nueva EPS está entregando el medicamento (Ipiral 15 mg) y ha asignado las citas médicas[16].

Lo anterior no obsta para que la Corte advierta a la Nueva EPS que debe seguir suministrando el medicamento y prestar un servicio de salud oportuno, eficiente, de calidad y continuo, con el fin de garantizar el goce ininterrumpido al derecho a la salud de la accionante.

5.4 En consecuencia, la Sala confirmará el fallo dictado por el Juzgado Once (11) Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali (Valle del Cauca), por los motivos expuestos anteriormente.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Once (11) Penal del Circuito de Cali (Valle del Cauca) del 14 de agosto de 2014, en el trámite de la referencia por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- ADVERTIR a la Nueva EPS que debe prestar un servicio de salud oportuno, eficiente, de calidad y continuo, por lo que debe seguir entregando el medicamento a la accionante.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General

[1] Ver sentencias T-134 de 2002, T-544 de 2002 y T-361 de 2014.

[2] Sobre el tema consultar sentencias T-058 de 2007, T-642 de 2008, T-817 de 2009 y T-203 de 2012.

[3] Ver, entre otras, las sentencias T-195 de 2010, T-705 de 2011, T-770 de 2011.

[4] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

[5] Este deber también se manifiesta en la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos (Art. 47); (ii) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud (Art. 54) y (iii) brindar educación a las personas con limitaciones físicas o mentales (Art. 68), por ejemplo.

[6] La avanzada edad es considerada como una de las condiciones de vulnerabilidad, por lo que los adultos mayores cuentan con un trato preferente, y también “se hace necesario que el Estado [proteja a los adultos mayores] en relación con la acción u omisión que amenace o vulnere sus derechos y que en tales circunstancias deba obrar incluso por encima de consideraciones meramente formales.” Lo anterior, debido a que las personas de avanzada edad cuentan con condiciones físicas que “(i) les impiden trabajar, (ii) les ocasiona

restricciones originadas en las prohibiciones legales que hacen obligatorio el retiro forzoso de su trabajo al arribar a cierta edad, y en consecuencia, (iii) los inhabilita para poder proveerse sus propios gastos.” Sentencia C-315 de 2011.

[7] “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”,

[8] “ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. //Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento. //A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación: (...)a) Modificado por el artículo 39, Decreto Nacional 131 de 2010. Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción. // g)No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace.”

[9] Ver entre otras las sentencias T-144 de 2008, T-760 de 2008 y T-361 de 2014.

[10] Esta postura fue reiterada en sentencia T-199 de 2013.

[11] Cfr. Sentencias T-782 de 2013; T-916 de 2012; T-874 de 2010; T-223 de 2008; T-422 de 2007; T-566 de 2006; T-002 de 2005 y T-331 de 2004, entre muchas otras.

[12] Sentencia T-916 de 2012.

[13] Sentencia T-002 de 2005. En este caso los demandantes consideraron que el Instituto de los Seguros Sociales Seccional Caldas vulneró los derechos fundamentales a su hijo menor, al no autorizarle el tratamiento formulado por un especialista. Sin embargo, la Corte encontró que la entidad accionada nunca tuvo siquiera la oportunidad de negarlo porque nunca le fue solicitada la autorización ni la prestación del tratamiento y, por contera no vulneró los derechos del menor.

[14]. En Sentencia T-900 de 2002, la Corte concluyó que la procedencia de la tutela para la protección del derecho fundamental a la salud, presuntamente vulnerado por la abstención de brindar un medicamento, requiere que exista una solicitud previa del paciente a la entidad promotora de salud. En efecto, concluyó que “el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la autoridad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental.”

[15] Folio 40, cuaderno 1.

[16] Folio 12 del cuaderno 2.