

Sentencia T-236/11

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Hija en representación de madre enferma

DERECHO A LA SALUD, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA VIDA DIGNA DEL ADULTO MAYOR-
Reiteración de jurisprudencia

La Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto al derecho a la salud, especialmente frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.), entre los que están las personas de avanzada edad. Aunado a lo anteriormente expuesto, el fallo T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, reafirmó que “el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad”.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Orden de suministrar medicamentos sin exigir nuevamente trámite ante el Comité Técnico Científico

Referencia: expediente T-2870725.

Acción de tutela promovida por Elizabeth Figueroa Benavides, en representación de Aura María Benavides de Figueroa, contra la Nueva EPS.

Procedencia: Juzgado 1° Civil Municipal de Ibagué.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado por el Juzgado 1° Civil Municipal de Ibagué, no recurrido,

dentro de la acción de tutela promovida por Elizabeth Figueroa Benavides en representación de su mamá Aura María Benavides de Figueroa, contra la Nueva EPS.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el Juzgado referido, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991; la Sala Nº 11 de Selección lo eligió para revisión, el 17 de noviembre de 2010.

I. ANTECEDENTES.

La señora Elizabeth Figueroa Benavides, actuando como agente oficiosa de su progenitora Aura María Benavides de Figueroa, incoó acción de tutela en agosto 3 de 2010, contra la Nueva EPS, repartida al Juzgado 1º Civil Municipal de Ibagué, aduciendo violación de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, por los hechos que son resumidos a continuación.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

1. Manifestó la señora Figueroa Benavides que su mamá, de 95 años de edad, se encuentra afiliada a la Nueva EPS.

2. Relató la agente oficiosa que su progenitora padece “parkinson y glaucoma” (f. 2 cd. inicial); debido a lo primero, le fue recetada la medicina “LEVODOPA CARBIDOPA 100/25 MG”¹, que le fue autorizada por la Nueva EPS, “pero hasta el momento no ha sido posible que lo entreguen haciendo esto que el estado de salud de mi madre empeore” (f. 3 ib.).

Acerca del glaucoma, le fue recetada a la actora, en julio 21 de 2009, por un médico particular no adscrito a la EPS, el medicamento “COSOPT COLIRIO FCO # 1”², puesto que el tradicional “TIMOLOL”, incluido en el POS, no le da resultado para la alta presión ocular. Considerando lo anterior, la agente oficiosa elevó petición de cambio de medicamento, en febrero 12 de 2010.

3. En respuesta a tal solicitud, dice la agente oficiosa que la EPS accionada dio “razones

inexplicables por las cuales no pueden asignar este medicamento violando de manera grave los derechos fundamentales de mi madre” (fs. 2 y 3 ib.); pues en una oportunidad anterior, el Comité Técnico, estableció la ineficacia del TIMOLOL para el Glaucoma de su mamá, autorizando otro medicamento no incluido en el POS.

4. Así, solicitó tutelar los derechos de una persona que, por su edad y enfermedad, es sujeto de especial protección constitucional, para que se ordene suministrarle los medicamentos requeridos, además de lo necesario para cubrir otros requerimientos médicos necesarios, esto es, que se le brinde una atención integral en salud.

B. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente.

1. Cédula de ciudadanía y carné de afiliación a la Nueva EPS, de Elizabeth Figueroa Benavides (f. 10 ib.).

2. Fórmula médica de julio 21 de 2009, donde se recetó a la señora Aura María Benavides un medicamento no incluido en el POS para el glaucoma, denominado “COSOPT COLIRIO FCO #1”, prescrito por un “Médico Oftalmólogo U.N. – cirugía ocular” no adscrito a la EPS (f. 13 ib.).

3. Petición de febrero 12 de 2010, dirigida por la señora Figueroa Benavides a la Nueva EPS con el fin de obtener “el cambio de medicamento Timolol 0,5% para el glaucoma por Cosopt, porque el Timolol no nos ha dado resultado para la Alta Presión Ocular (mi madre está perdiendo la visión por el daño en el nervio óptico en ambos ojos)” (resaltado en el texto original, f. 14 ib.).

4. Fórmula médica de mayo 18 de 2010, donde se recetó a la actora las gotas oftalmológicas incluidas en el POS “Maleato de Timolol 0.5%”, emitida por un médico cirujano adscrito a la EPS (f. 15 ib.).

5. Respuesta a la petición antes referida (numeral 3), en donde la Nueva EPS manifestó (fs. 16 a 18 ib.): "...nos permitimos informarle que el medicamento denominado COSOPT, el cual solicita... se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud POS, por lo tanto debe radicar la solicitud al Comité Técnico Científico, en razón a que lo solicita en presentación comercial debe adjuntar el formato de reacción adversa del INVIMA, donde especifique el efecto terapéutico no deseado."

6. Fórmula médica de mayo 7 de 2010, donde se recetó a la agenciada las gotas oftalmológicas incluidas en el POS "Timolol 0.5%", emitida por un médico oftalmólogo adscrito a la EPS (f. 19 ib.).

7. Formato de "Pre-Autorización de Servicios" de la Nueva EPS, librado en mayo 31 de 2010, con el cual la actora pudo remitirse a la farmacia autorizada para reclamar el fármaco "LEVODOPA CARBIDOPA 100/25 MG", necesario para tratar el mal de parkinson, orden válida para reclamar las dosis de junio y julio siguientes (f. 20 ib.).

8. Carné de afiliación a la Nueva EPS y contraseña expedida por renovación a la señora Aura María Benavides de Figueroa (f. 30 ib.).

C. Respuesta de la Nueva EPS.

Mediante escrito de agosto 6 de 2010, la Gerente Zonal del Tolima de la EPS demandada pidió denegar las pretensiones de la demanda, por carencia actual de objeto y por improcedencia, toda vez que, según anota, no se ha negado el servicio de salud ni violado derecho fundamental alguno.

Sus argumentos fueron los siguientes: (i) el médico oftalmólogo particular que recetó el medicamento COSOPT para el glaucoma, no tramitó la solicitud ni realizó la justificación ante el Comité Técnico Científico (CTC); (ii) el médico neurólogo que atendió a la paciente por la enfermedad de parkinson, sólo prescribió la medicina LEVODOPA CARBIDOPA por tres meses, dosis autorizadas por el CTC para mayo, junio y julio de 2010, lo que conlleva a que la EPS no está negando el medicamento; (iii) no existe orden médica que prescriba nuevas dosis del fármaco LEVODOPA CARBIDOPA, alegando la EPS que "la usuaria no ha vuelto a presentar la solicitud ante el CTC para este medicamento, muy seguramente porque no ha consultado nuevamente con el Neurólogo" (iv) los medicamentos solicitados "no están incluidos en el

listado Anexo 1° del Acuerdo 08 de 2009 de la CRES, por tanto, no tienen cobertura en el POS” (f. 35 a 41 ib.).

D. Sentencia única de instancia.

El Juzgado 1° Civil Municipal de Ibagué, mediante sentencia proferida en agosto 18 de 2010, no impugnada, negó el amparo al considerar que la EPS no incurrió en ninguna vulneración o amenaza de los derechos invocados por la actora a través de su agente oficiosa, dado que “del acervo probatorio obrante en el expediente, puede concluirse que no es la acción de tutela el escenario para determinar la existencia o no de la negativa por parte de la entidad demandada... para que ello suceda se requiere probar que se hizo la petición, en este caso escrita, no verbal, y que la entidad, obligada a contestar, autorice o niegue lo solicitado” (f. 43 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para decidir el asunto, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Corresponde a esta Sala establecer si a la agenciada se le han vulnerando los derechos a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, al negarle la Nueva EPS el suministro de los medicamentos referidos con anterioridad, esto es, las gotas oftalmológicas COSOPT para el glaucoma prescritas por un médico tratante no adscrito a la EPS, y la medicina LEVODOPA CARBIDOPA prescrita para el mal de parkinson, negación justificada en la no tramitación de dichas solicitudes ante el Comité Técnico Científico, por no estar esos medicamentos incluidos en el POS.

Para ello, se abordará previamente el tema relativo a la agencia oficiosa en materia de tutela, dilucidado lo cual se observará lo atinente a los derechos fundamentales de los adultos mayores a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas, como base para resolver el caso concreto.

Tercera. Legitimación para incoar la acción de tutela a nombre de otro.

La actuación por otro en materia de tutela, contemplada en el artículo 86 superior y desarrollada en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, implica que una persona tenga la posibilidad de agenciar derechos ajenos, cuando su titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que, en principio, deberá explicitarse en la demanda³, en términos que indiquen esa condición, así no sean expresamente los mismos utilizados en la previsión legal, pero que no deje duda de que se actúa legítimamente por otro.

Corresponde al juez de tutela verificar en cada caso si, en efecto, el titular de los derechos cuya protección se busca por esta vía judicial no puede ejercer por sí mismo su defensa. En el presente caso se observa que la agenciada sufre enfermedad de parkinson y glaucoma ocular, padecimientos aún más graves en una persona de 95 años, resultando evidente la imposibilidad de la señora Benavides de Figueroa para asumir directamente su defensa y reclamar la protección de sus derechos fundamentales, siendo manifiesta la viabilidad de que esta acción de tutela fuera promovida por su hija.

Cuarta. Los derechos de los adultos mayores a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia.

En múltiples pronunciamientos esta corporación ha analizado los derechos a la seguridad social y a la salud, particularmente a partir de lo estatuido en los artículos 48 y 49 de la carta, catalogados en el acápite de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, clasificación que no impide su jerarquización como fundamentales.

Inicialmente, los derechos fueron ubicados en razón a los procesos históricos que les dieron origen, en (i) civiles y políticos, atinentes cardinalmente a la protección del individuo en su autonomía, con obligaciones a los estados de no hacer, e. gr. no detener a una persona arbitrariamente, entendiéndose la exigibilidad y justiciabilidad como inmanentes a su carácter fundamentales; (ii) económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales están la seguridad social y la salud, que apuntan a la protección ante ciertas necesidades y contingencias de la vida humana e imponen a los estados deberes positivos o de hacer e. gr. establecer la prestación del servicio de salud para todos los habitantes, implicando la asignación de presupuestos para su realización, ubicándolos como derechos prestacionales y,

otrora, no fundamentales.

Esta corporación sostuvo, antaño, la tesis de la improcedencia general de la acción de tutela para la protección de esos derechos sociales, por no estar catalogados como fundamentales; sin embargo, se reconoció que la rigidez de tal clasificación arrojaba dificultades y surgieron excepciones, en cuanto “desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó ‘tesis de la conexidad’⁴”⁵.

No obstante, como se viene repitiendo en la doctrina y la jurisprudencia nacional⁶ e internacional, a través de un estudio más profundo sobre la diferencia entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, se ha establecido que las obligaciones positivas y negativas se pueden encontrar en cualquier tipo de derecho, sin importar en cual categoría formal se le sitúe⁷; “podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de los derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones de cada derecho llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.” ⁸

Bajo esa línea argumentativa, la Corte Constitucional ha venido reiterando que el carácter fundamental de un derecho lo otorga su significación en el desarrollo de los principios y valores en que se funda este Estado Social⁹ de Derecho, razón por la cual la distinción que otrora se realizó es hoy inocua.

Respecto de la seguridad social, en sentencia T-989 de diciembre 2 de 2010, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se indicó:

“... reafírmese que la seguridad social no es un simple derecho prestacional o programático, sino que es además el resultado de la idea de progreso universal de las sociedades y del desarrollo internacional de valores jurídicos de gran trascendencia como la igualdad, la dignidad humana y la solidaridad, todos ellos presentes en nuestra Carta Política.”

En lo atinente a la salud, se le reconoció expresamente su carácter de derecho fundamental per se, ubicado como un mandato propio del Estado Social de Derecho, hacia la estructuración de un sistema conformado por entidades y procedimientos dirigidos a dar una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar el bienestar orgánico y psíquico de los seres humanos. Así, se erige y garantiza con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida¹⁰.

Adicionalmente, respecto a la especial condición en que se encuentran las personas de edad avanzada, esta corporación ha resaltado la protección que a su favor impone el artículo 46 constitucional, primordialmente por el vínculo que une a la salud con la posibilidad de llevar una vida digna.

Por tales razones, la Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto al derecho a la salud, especialmente frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.), entre los que están las personas de avanzada edad¹¹.

Aunado a lo anteriormente expuesto, el fallo T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, reafirmó que “el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad”.

Quinta. Caso concreto.

5.1. Ha definido esta Sala que es procedente la acción de tutela promovida, como agente oficiosa, por la hija de Aura María Benavides de Figueroa, de 95 años de edad, toda vez que se trata de superar, a favor de quien está en incapacidad de defenderse, la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, teniendo en cuenta el deber del Estado de otorgar protección especial a quienes están en circunstancias obvias de indefensión y debilidad, además de “afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo”¹².

Acreditado el deterioro de salud que padece la señora Benavides de Figueroa, es ostensible que la negativa de la Nueva EPS a autorizarle la entrega de los medicamentos para el mal de Parkinson y el glaucoma ocular compromete aún más su situación física y su dignidad existencial.

Se pasará así a realizar el análisis concreto del suministro de los medicamentos requeridos, en forma separada.

5.2. Con respecto al fármaco LEVODOPA CARBIDOPA, necesario para tratar la enfermedad de parkinson, se estableció que fue prescrito por un médico neurólogo adscrito a la Nueva EPS¹³; si bien el galeno ordenó este medicamento por un lapso de tres meses, es evidente que la orden obedece a un tratamiento continuo de una enfermedad permanente. Por ello, aún cuando dicha medicina se encuentre excluida del POS, ya fue evaluada y autorizada por el CTC.

En ese entendido, es errónea y vulneradora del derecho a la salud la posición asumida por la EPS de exigirle a la anciana, cada tres meses, estando prescrito por el neurólogo el medicamento referido, que se remita al CTC y espere nueva autorización.

Por ello, se ordenará a la Nueva EPS no exigir el trámite ante el CTC sobre el medicamento LEVODOPA CARBIDOPA, pues ya se realizó y sus posteriores prescripciones corresponden al tratamiento continuo requerido.

5.3. De otro lado, respecto a las gotas oftalmológicas COSOPT, es importante evaluar que dicha medicina fue ordenada por un médico no adscrito a la EPS, sin embargo, como narra la agente oficiosa¹⁴, con anterioridad a la existencia de la Nueva EPS la actora recibía atención en salud en el ISS, donde ya le habían sustituido el medicamento TIMOLOL 0.5%, por uno denominado RESCULA, tampoco incluido en el POS, pues de no cambiar las gotas se incrementaba el riesgo de ceguera. Explicó, así mismo, que los médicos adscritos únicamente recetan TIMOLOL, por ser el incluido en el POS.

Por ello, con el fin de superar el avance de la ceguera de su progenitora, la agente oficiosa, acudió a un médico particular para obtener un diagnóstico imparcial y un tratamiento adecuado.

En varias ocasiones la Corte Constitucional ha resuelto casos similares; en sentencia T-690 de agosto 18 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, fueron tutelados los derechos fundamentales de un señor que después de acudir reiteradamente a citas con oftalmólogos adscritos a la EPS demandada, sin obtener un diagnóstico ni tratamiento que evitara su pérdida continua de visión, recurrió a un galeno particular, quien diagnosticó Glaucoma ocular y le recetó medicinas no incluidas en el POS15; en esa ocasión explicó la Corte:

“... un Estado constitucional no puede admitir que se condene a una persona a tolerar un dolor que no se remite con el tratamiento inicialmente prescrito pues ello cuestionaría su valía como ser digno. Si hay una alternativa para superar el dolor, se debe acudir a ella. Y si es necesario, se lo debe hacer con el concurso de la jurisdicción y a través del amparo constitucional. Ello impide que de la vida digna se haga una proclama insulsa y permite que se le dé un contenido material como derecho. Si, como se demuestra en el presente caso, existen alternativas terapéuticas para aliviar la dolencia y, de tal modo, preservar de forma decorosa las condiciones de vida del actor, es posible que el juez constitucional, en ejercicio de su labor de llenar de contenido cierto los derechos y garantías contenidos en la Carta, proceda a ordenar la práctica del procedimiento respectivo. Lo contrario implicaría aceptar que los derechos del individuo son cláusulas vacías, sin posibilidad alguna de exigibilidad.”

Igualmente, en sentencia T-690A de septiembre 4 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil, se evaluó la situación de una señora que desarrolló resistencia a las gotas TIMOLOL, incluidas en el POS, y se encontraba en grave riesgo de perder su vista, señalándose:

“Ahora bien, respecto a la responsabilidad de asumir unas determinadas prestaciones, el Decreto 1938 de 1994 establece la obligación de las E.P.S. de suministrar los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Sin embargo, puede ocurrir que una persona que viene recibiendo un medicamento incluido en el P.O.S. desarrolle intolerancia frente al mismo, o que éste resulte ineficaz para controlar o curar la enfermedad que ya se venía tratando. En supuestos como estos, si, de acuerdo con el estudio médico de las condiciones del paciente, la única opción que resulta idónea para tratar la patología y permitir que se pueda garantizar el derecho a la salud es la utilización de una medicina excluida del P.O.S., ésta se presenta como un sustituto adecuado para cumplir la misma función que venía ofreciendo aquel que si está previsto en el manual.”

5.4. Por todo lo anterior, esta Sala revocará el fallo único de instancia proferido en agosto 18 de 2010 por el Juzgado 1° Civil Municipal de Ibagué, para en su lugar conceder el amparo solicitado.

En consecuencia, ordenará a la Nueva EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha dispuesto, de ahora en adelante se abstenga de exigir nuevamente el trámite ante el Comité Técnico Científico, para obtener el medicamento “LEVODOPA CARBIDOPA”, pues éste ya fue autorizado, debiendo realizar su entrega directa y continua, en la calidad, cantidad y periodicidad prescritas por el médico tratante, atendiendo la situación especial en que está la señora Aura María Benavides de Figueroa.

Igualmente, se ordenará a dicha EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre a la señora Aura María Benavides de Figueroa la orden para la entrega del medicamento “COSOPT COLIRIO FCO # 1” como sustituto adecuado del “TIMOLOL 0.5%”, y continúe haciéndolo en la calidad, cantidad y periodicidad indicada por el médico respectivo, atendiendo las condiciones especiales en las que se encuentra la referida señora, a quien la Nueva EPS accionada le seguirá prestando todo el tratamiento integral que requiera.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida en agosto 18 de 2010, por el Juzgado 1° Civil Municipal de Ibagué, que denegó la acción de tutela promovida en representación de Aura María Benavides de Figueroa, contra la Nueva EPS. En su lugar, se dispone TUTELAR sus derechos fundamentales a la vida digna, la salud y la seguridad social.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR a la Nueva EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, (i) de ahora en adelante, se abstenga de exigir nuevamente el trámite ante el Comité Técnico Científico para obtener el medicamento

“LEVODOPA CARBIDOPA”, que ya fue autorizado, debiendo realizar su entrega directa y continua, en la calidad, cantidad y periodicidad prescritas por el médico tratante, atendiendo la situación especial en que está la señora Aura María Benavides de Figueroa. (ii) Suministre a la señora Aura María Benavides de Figueroa la orden para la entrega del medicamento “COSOPT COLIRIO FCO # 1” como sustituto adecuado del “TIMOLOL 0.5%”, y continúe haciéndolo en la calidad, cantidad y periodicidad indicada por el médico respectivo, atendiendo las condiciones especiales en las que se encuentra la referida señora, a quien la Nueva EPS accionada le seguirá prestando todo el tratamiento integral que requiera.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-236 DE 2011

Referencia: expediente T-2.870.725

Acción de tutela instaurada por Elizabeth Figueroa Benavides en representación de Aura María Benavides de Figueroa contra la Nueva EPS.

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Con el acostumbrado respecto por el fallo mayoritario de la Sala Sexta de Revisión, en la presente aclaración de voto me permito expresar las razones por las cuales, si bien comparto la decisión finalmente adoptada en el proceso de revisión de tutela, considero que dentro de la fundamentación jurídica de dicha providencia se ha debido tratar un punto específico que no fue abordado en la parte motiva.

En este caso el problema jurídico planteado consistía en determinar si la Nueva EPS al negar a la señora Aura María Benavides de Figueroa de 95 años de edad el suministro de medicamentos prescritos por un médico no adscrito a dicha EPS, ya que los mismos no estaban dentro del POS y éstos no habían sido solicitados ante el Comité Técnico Científico, vulneró el derecho fundamental a la seguridad social en salud y a la vida en condiciones dignas. Para resolver esta cuestión, en la providencia se analizaron los siguientes tópicos (i) los derechos de los adultos mayores a la seguridad social. La salud y la vida en condiciones dignas. Reiteración de Jurisprudencia; (ii) la legitimación para incoar la acción de tutela a nombre de otro.

Al respecto, es importante señalar que en la sentencia aunque se adelanta un estudio de los derechos a la seguridad social de los adultos mayores, no se detiene a analizar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela las reglas jurisprudenciales a efectos de determinar si es pertinente ordenar por medio de la acción de tutela el medicamento solicitado por la accionante el cual está excluido del POS.

Al respecto, esta Corporación ha dispuesto la necesidad de verificar los siguientes tópicos:

A- Verificar si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del P.O.S -Plan Obligatorio de Salud -, amenaza el derecho a la vida del interesado, en el sentido señalado anteriormente.

B- Verificar que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el P.O.S. -Plan Obligatorio de Salud - o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud.

C- Adicionalmente, se debe comprobar la incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

D- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un medico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentre afiliado el peticionario.

Ahora bien en lo que respecta al medicamento “TIMOLOL” que fue ordenado por un médico que no se encuentra adscrito a la EPS de la cotizante, esta Corporación ha dispuesto que “la circunstancia de que un medicamento, procedimiento o tratamiento ordenado a una persona por un médico tratante que no se encuentra adscrito a determinada E.P.S. no es por sí misma una razón constitucionalmente suficiente para negar el servicio de salud por cuanto puede convertirse en una barrera para el acceso, resultando más garantista que en el momento en el que la entidad tenga conocimiento de dicha situación que puede ser inclusive con ocasión de la presentación de una acción de tutela, indique las razones de naturaleza científica por las cuales no es conveniente o puede resultar lesivo de la salud de la persona la práctica de lo ordenado por el galeno que no se encuentra adscrito a la red de servicios de la E.P.S.”

Al respecto en sentencia T-760 de 2008 se resaltó que la prescripción de un medicamento por un médico que no se encuentra adscrito a la EPS del paciente no puede convertirse en una barrera para el acceso al disfrute del derecho fundamental a la salud. Así dispuso que “no obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha

opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.”

Con las anteriores observaciones considero que aunque la resolución del problema jurídico es acertada, en la parte considerativa del proyecto no se incluyeron los aspectos antes anotados. En estos términos, se debió hacer un pronunciamiento en la parte motiva del fallo sobre los temas aquí desarrollados, con el único propósito de verificar si en éste caso se cumplían las reglas determinadas por ésta Corporación para que se hubiera ordenado por éste medio el suministro de uno de los medicamentos solicitados que se encontraban por fuera del POS.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Transcripción textual.

2 Gotas oftalmológicas (f. 13 ib.).

3 Cfr. T-294 de marzo 25 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-750 de julio 14 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-279 de abril 20 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

4 Cfr. T-406 de junio 5 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

5 T-122 de febrero 18 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

6 Cfr. T-760 julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda; T-122 de febrero 18 de 2010, T-016 enero 22 de 2007 y T-585 de junio 12 de 2008, en las anteriores M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; entre otras.

7 Se evidencian obligaciones prestacionales de los Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, la protección del derecho a la libertad de opinión, prensa e información (art. 20 superior) conlleva el establecimiento de diferentes organismos y sistemas para que funcione y, por ende, la asignación de recursos para su creación y sostenimiento. Así mismo, existen facetas negativas desprendidas de derechos económicos, sociales y culturales, como la prohibición de realizar reformas regresivas a la seguridad social.

8 Abramovich, Víctor; Courtis, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Ed. Trotta, Madrid, 2002, pág. 37.

9“La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos.” Ibídem.

10 T-128 de febrero 14 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

11 T-420 de mayo 24 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

12 T-591 de junio 19 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

13 F. 35 ib.

14 Numeral 2 de los hechos de la demanda (f. 2 ib.).

15 “Así las cosas, y debido a que por medio de la EPS le daban citas cada 3 meses ‘a pesar de la gravedad de mi vista’ en agosto de 2005, consultó de manera particular al Dr. ... de la Clínica de Oftalmología de Cali S.A., teniendo que pagar sus consultas con dinero propio. Dicho especialista lo ha tratado con los medicamentos Cosopt, Alphaganp, Xalatan 50, Pred-f y Refresh Liquigel debido a su diagnóstico de Glaucoma absoluto en ojo derecho y Glaucoma crónico ángulo abierto en ojo izquierdo, los cuales le han ayudado bastante en su salud y a tener una mejor calidad de vida” (sin negrilla en el texto original).