

Sentencia T-320/11

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Hija en representación de padre/AGENCIA OFICIOSA-  
Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

PRESTACION DE SERVICIOS INCLUIDOS EN EL POS-Reiteración de jurisprudencia/DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD Y SUMINISTRO PERMANENTE DE PAÑALES-  
Aunque no obra fórmula médica en el expediente, de la historia clínica del paciente se infiere que los necesita

La Sala encuentra que la EPS accionada en la contestación de la demanda de tutela se rehúsa a suministrar la aludida dotación de pañales desechables invocando un argumento de carácter reglamentario, consistente en que dicho servicio está expresamente excluido del catálogo de beneficios del Plan Obligatorio de Salud, en virtud de lo establecido en el Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión Nacional de Regulación en Salud. En contraste, para esta Sala, resulta claro que la negativa de la Nueva EPS S.A. de suministrar tales elementos, vulnera el derecho constitucional fundamental a la salud y a la vida digna del agenciado. Reiterando lo sostenido en apartes anteriores, la Corte encuentra constitucionalmente inadmisibles que disposiciones de orden administrativo o reglamentario – como la invocada por la entidad accionada –, se impongan como una barrera para acceder a un servicio necesario para gozar de manera real y efectiva de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, máxime si se tiene en cuenta que el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional que padece una seria discapacidad, ocasionada por la “enfermedad pulmonar obstructiva crónica, evento cerebro vascular” (Folio 11 del cuaderno de instancia). Dadas las particularidades del presente caso, esta Sala encuentra que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción y se proteja el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, toda vez que se encuentra demostrado que la persona a favor de quien se interpone la tutela, pertenece a la tercera edad (86 años) y padece de “enfermedad pulmonar obstructiva crónica, evento cerebro vascular”, tal y como se advierte en la historia clínica. Por otra parte, si bien es cierto que en el expediente de tutela no obra fórmula médica que permita precisar que al

agenciado le haya sido prescrita la utilización de pañales por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., de la historia clínica del paciente se infiere que éste requiere la utilización de pañales desechables para sobrellevar sus enfermedades. De manera que, con la negativa de la entidad accionada de suministrar dichos elementos se vulnera el derecho fundamental a la salud y la vida digna.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS para que autorice las terapias solicitadas/DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS de valorar la condición del paciente y determinar si requiere el servicio de enfermería 24 horas

Aun cuando no se evidencia orden médica en la que se prescriba el servicio de enfermería 24 horas y teniendo en cuenta que la EPS accionada está en la obligación constitucional y legal de prestarle al peticionario los servicios que requiere; la Sala se limitará a ordenar a la Nueva EPS S.A. que dentro de la semana siguiente a la notificación de esta providencia, valore la condición del paciente y determine si aquél requiere el servicio de enfermería 24 horas, tal y como la actora lo solicita, o la atención médica domiciliaria que le ha prestado la entidad accionada en anteriores oportunidades. De determinarse la necesidad de cualquiera de los dos servicios, se dispondrá su suministro dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la valoración, de acuerdo con los lineamientos prescritos por el médico tratante.

Referencia: expediente T-2897273

Acción de tutela instaurada por Rosa Myriam Camacho de Pinilla, actuando como agente oficiosa de Tobías Camacho Pinzón, contra La Nueva EPS S.A.

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011).

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

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Civil Municipal de Bogotá.

### I. ANTECEDENTES

La señora Rosa Myriam Camacho de Pinilla presentó acción de tutela contra la Nueva EPS S.A., en búsqueda de la protección efectiva de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su padre, Tobías Camacho Pinzón, de conformidad con los siguientes:

#### 1. Hechos

\* Señala que el señor Tobías Camacho Pinzón, de ochenta y seis (86) años de edad, padece “enfermedad pulmonar obstructiva crónica, evento cerebro vascular” y que en razón a ello, ha tenido que ser intervenido quirúrgicamente en dos oportunidades, en las cuales se le practicó una “traqueostomía” y una “gastrostomía”.

\* Precisa que desde el cinco (5) de agosto de dos mil ocho (2008), la Nueva EPS S.A. interrumpió súbita e intempestivamente el suministro de los pañales, las terapias físicas y el servicio de enfermería 24 horas, que ha venido requiriendo para tratar sus múltiples padecimientos.

\* Sin embargo, manifiesta que ahora no puede hacerse cargo de las necesidades de su padre, ya que padece de “insuficiencia renal crónica” y, en consecuencia, está en imposibilidad para trabajar.

\* Indica que el veintidós (22) de febrero de dos mil diez (2010) solicitó a la Nueva EPS S.A. la entrega de los elementos requeridos.

\* En su respuesta, la Nueva EPS S.A. manifestó que los pañales desechables y los demás

elementos solicitados no se encuentran incluidos en el POS y, por lo tanto, es necesario que el médico tratante los haya formulado.

Por lo anterior, la señora Camacho de Pinilla reclama el amparo efectivo de los derechos fundamentales a la salud (art. 48 superior) y a la vida en condiciones dignas (arts. 1º y 11 superiores) de su padre, solicitando que se ordene a la Nueva EPS S.A. el suministro de pañales desechables, la autorización de las terapias físicas y la prestación del servicio de enfermería 24 horas.

#### 1. Respuesta de la Nueva EPS S.A.

Dentro del término legalmente establecido, la Nueva EPS S.A. se pronunció sobre los hechos que motivaron la acción de tutela manifestando que al señor Camacho Pinzón se le está prestando atención domiciliaria a través de CUIDARTE I.P.S.. En adición, señaló que ha brindado capacitaciones a los acudientes del paciente para que ellos mismos sean los que brinden la atención que el señor Camacho Pinzón requiere. Así mismo, advirtió que ha autorizado todos los servicios médicos ordenados por el galeno tratante para controlar sus padecimientos.

Finalmente, indicó que: (i) los servicios requeridos por la accionante no están contemplados en el Plan Obligatorio de Salud; (ii) no se ha adelantado el trámite correspondiente ante el Comité Técnico Científico para su respectiva autorización y (iii) no existen órdenes médicas vigentes que señalen la necesidad de prestar dichos servicios.

De acuerdo con lo expuesto, la Nueva EPS S.A. solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela y, en caso de acceder a las pretensiones del accionante, se ordene a la Nación - Ministerio de la Protección Social- Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) cubrir el 100% del costo asumido en la atención del señor Camacho Pinzón.

#### 1. Concepto del Ministerio de la Protección Social - Fosyga

Vinculada de oficio por el juez de instancia, esta entidad manifestó que: (i) en virtud de lo

establecido en los artículos 28 y 29 del Acuerdo 008 de 2009, la cobertura de la atención domiciliaria está a cargo de las Entidades Prestadoras de Salud, de acuerdo con las condiciones y contenidos del Plan de Beneficios; (ii) el anexo 2 del mencionado Acuerdo contempla la cobertura del procedimiento denominado “terapia física” y (iii) según lo dispuesto en el artículo 54 del Acuerdo 008 de 2009, los pañales se encuentran expresamente excluidos del catálogo del POS.

Adicionalmente, explicó que cuando el afiliado al régimen contributivo requiere los servicios no incluidos en el POS, éste deberá financiarlos directamente. Sin embargo, ante la falta de capacidad económica para asumir dichos costos, podrá acudir a las Secretarías de Salud (Departamental, Distrital o Municipal) para que éstas presten los servicios requeridos a través de las I.P.S. con las cuales tenga contrato, atendiendo a lo establecido en el artículo 28 del Decreto 806 de 1998.

#### 1. Respuesta de la Secretaria de Salud Distrital

La subdirectora de gestión judicial de la Secretaria Distrital de Salud informó que las pretensiones incoadas en contra de la entidad a la cual representa resultan improcedentes por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la Nueva EPS S.A. es la responsable de la prestación de los servicios requeridos por sus afiliados. Por lo tanto, solicitó ser desvinculada de la acción de tutela.

#### 1. Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Cuarenta y Seis (46) Civil Municipal, mediante sentencia del ocho (8) de septiembre de dos mil diez (2010), negó la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del agenciado, luego de advertir que no obraba prueba en el expediente que acreditara la negación de los servicios solicitados. Adicionalmente, encontró que éstos carecían del respaldo de una orden médica que los prescribiera.

## 1. Pruebas

- Folio 13 del cuaderno de instancia, copia de la cédula de ciudadanía del señor Camacho Pinzón.
- Folio 8 del cuaderno de instancia, historia clínica del señor Camacho Pinzón.
- Folios 10 y 11 del cuaderno de instancia, copia de la respuesta al derecho de petición, firmada por Mónica Patricia Benítez, gerente zonal Bogotá de la Nueva EPS S.A..
- Folio 12 del cuaderno de instancia, copia de la hoja de evolución y órdenes médicas a favor del señor Camacho Pinzón.
- Folios 41 a 60 del cuaderno de instancia, copias aportadas por la Nueva EPS de las autorizaciones de servicios médicos del señor Camacho Pinzón.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

### 2. Problema jurídico

De acuerdo con los supuestos fácticos, le corresponde a la Sala determinar si se vulneran los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Camacho Pinzón, cuando la Nueva EPS S.A.:

1. Se rehúsa a la prestación de un servicio incluido en el Plan Obligatorio de Salud, como lo son las terapias que aquel requiere para el tratamiento de su patología, bajo el argumento de que no existe orden médica vigente que las prescriba.

1. Se niega al suministro de pañales desechables y a la prestación del servicio de enfermería 24 horas, por considerar que estos se encuentran expresamente excluidos del Plan

Obligatorio de Salud POS, además de que no se evidencia orden médica que los autorice.

Previo a la resolución del anterior problema jurídico, la Sala deberá examinar si la señora Rosa Myriam Camacho de Pinilla cumple con los lineamientos señalados por esta Corporación para intervenir en el trámite de la referencia en calidad de agente oficiosa de su padre Tobías Camacho Pinzón.

1. Cuestión previa: Legitimación por activa de la señora Rosa Myriam Camacho de Pinilla para actuar como agente oficiosa de su padre Tobías Camacho Pinzón

2.

La señora Camacho de Pinilla presentó, a nombre de su padre Tobías Camacho Pinzón, acción de tutela contra la Nueva EPS S.A. solicitando el suministro de pañales desechables, la autorización de terapias físicas y la prestación del servicio de enfermería 24 horas.

De acuerdo con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la figura de la agencia oficiosa como forma de configurar la legitimación por activa en procesos de tutela, está basada en los siguientes tres principios constitucionales:

“(i) el principio de eficacia de los derechos fundamentales, que como mandato vinculante tanto para las autoridades públicas como para los particulares, impone la ampliación de los mecanismos institucionales para la realización efectiva de los contenidos propios de los derechos fundamentales; (ii) el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas el cual, en estrecha relación con el anterior, está dirigido a evitar que por circunstancias artificiales propias del diseño de los procedimientos se impida la protección efectiva de los derechos; y (iii) el principio de solidaridad que impone a los miembros de la sociedad colombiana velar por la defensa no sólo de los derechos fundamentales propios, sino también por la defensa de los derechos ajenos cuando sus titulares se encuentran en imposibilidad de promover su defensa”.<sup>1</sup>

En este orden de ideas, ha de señalarse que el artículo 86 superior establece que la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales

resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, por los particulares.

Ahora bien, en desarrollo de este precepto constitucional el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 indicó que la acción de tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos. A su vez, el inciso segundo de esta disposición establece la posibilidad de ejercer la acción de tutela a través de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud. Así mismo, podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, en guarda de los derechos fundamentales<sup>2</sup>.

En este sentido, para que opere la figura de la agencia oficiosa, esta Corporación ha exigido el cumplimiento de los siguientes requisitos: “(1) el actor en el proceso de amparo actúa a nombre de otra persona y (2) de la exposición de los hechos resulta evidente que el agenciado se encuentra imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta”<sup>3</sup>.

Así, en la Sentencia T-459 de 2007, la Corte señaló que:

“Es viable incoar una acción mediante el uso de la figura de la agencia oficiosa siempre y cuando el titular de los derechos agenciados se encuentre imposibilitado para defenderlos, por razones físicas, mentales, entre otras. En tales circunstancias, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción a nombre de otro. Entonces si el agenciado sufre una enfermedad que limita el ejercicio de sus capacidades físicas y mentales, es evidente que se encuentra impedido para solicitar directamente el amparo de sus derechos.”

En el caso que nos ocupa, esta Sala encuentra configurados los requisitos antes mencionados ya que: (i) la señora Camacho de Pinilla manifiesta que está actuando como agente oficiosa de su padre Tobías Camacho Pinzón; y (ii) del escrito de tutela se desprende claramente que el señor Camacho Pinzón se encuentra imposibilitado para ejercer su propia defensa, en razón a la “enfermedad pulmonar obstructiva crónica, evento cerebro vascular” que padece. Por lo anterior, es claro que la señora Camacho de Pinilla se encuentra legitimada en la causa por activa para actuar a favor de su padre Tobías Camacho Pinzón en la presente la acción de tutela<sup>4</sup>.

Así, la Sala continuará con el examen sustancial del presente asunto, y para tal efecto, reiterará su jurisprudencia relacionada con: (i) el derecho fundamental a la salud, (ii) la prestación de los servicios incluidos en el POS y (iv) el suministro de pañales. Posteriormente, se aplicarán dichas consideraciones al caso concreto.

#### 4. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Carta Política establece la obligación por parte del Estado de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieran<sup>5</sup>. A partir del texto de dicha disposición, la Corte Constitucional ha desarrollado una extensa y reiterada jurisprudencia<sup>6</sup> en la cual ha precisado que aquel es un derecho de carácter fundamental autónomo, que comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud<sup>7</sup>.

“La Corte en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 241 de la Constitución, vías control abstracto y concreto, ha protegido el derecho a la salud como un derecho fundamental bajo tres aspectos. Una inicial, en su carácter social por el factor conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad y la dignidad humana. Otra cuando el accionante tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional. Y finalmente, se ha reconocido el carácter de derecho fundamental autónomo”.

A su vez, la Observación General Número 14 de 2000, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entidad encargada de vigilar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, señaló que “la salud es un derecho humano fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está ‘estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos’, refiriéndose de forma específica al ‘derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación’. Para el Comité, ‘esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud’”.

Es por ello, que este Tribunal reconoce la salud como un derecho fundamental autónomo, del

cual se derivan dos tipos de obligaciones: “(i) las de cumplimiento inmediato al tratarse de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos o requiriéndolos la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata, o (ii) de cumplimiento progresivo por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho”<sup>8</sup>.

En este sentido, la Corte ha precisado que la “faceta prestacional” del derecho fundamental a la salud implica para el Estado la obligación de tomar las medidas necesarias para proporcionar a todas las personas la efectividad del mismo.<sup>9</sup> De esta manera, el incumplimiento del conjunto de acciones con las cuales se facilita el acceso y el disfrute del derecho, facultan a su titular para reclamar esta garantía mediante la acción de tutela.

No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, esta Corporación ha indicado que en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Constitución, no todos sus aspectos son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que su protección mediante esta vía procede en principio cuando: (i) “esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho”<sup>10</sup>.

En conclusión, la acción de tutela, como mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, protege la garantía básica con la que cuentan todas las personas de acceder a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”<sup>11</sup>.

## 1. La prestación de los servicios incluidos en el POS<sup>12</sup>. Reiteración de jurisprudencia

Como se anotó en líneas anteriores, el derecho fundamental a la salud comprende, entre

otros, el derecho a acceder a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad. Es por ello que la Sala indicará los elementos básicos de esta prestación, haciendo énfasis en el catálogo de servicios a los que tiene derecho cualquier persona.

En primer lugar, este Tribunal ha establecido que para garantizar la prestación de los servicios de salud se requiere la existencia de un conjunto de personas e instituciones que faciliten el acceso a los mismos, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y legales establecidos para ello<sup>13</sup>. En este sentido, la jurisprudencia ha indicado que: “El Estado tiene entonces, la obligación de regular el sector de la salud, orientándolo a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud”<sup>14</sup>.

En segundo lugar, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, la posibilidad de acceder a los servicios de salud que se requieran con necesidad. Sin embargo, esta atribución depende de si la prestación requerida está incluida en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales el usuario tiene derecho<sup>15</sup>. Así, dada la regulación actual, los servicios que se requieran en principio pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS) y aquellos que no.

Al respecto, sobre el primero de ellos, la jurisprudencia constitucional ha advertido que: “no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud”<sup>16</sup>.

De manera que, para acceder a un servicio de salud incluido en el POS, procederá la acción de tutela siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: (i) “que el servicio, tratamiento o medicamento haya sido ordenado por un médico tratante, (ii) que sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad o algún derecho fundamental y (iii) haya sido solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud”<sup>17</sup>.

## 1. Suministro de pañales. Reiteración de jurisprudencia

En relación con la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas

personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, esta Corporación ha indicado que existen circunstancias que ameritan el suministro de un medicamento o la práctica de un tratamiento o intervención, que a pesar de no estar contemplado en el Plan Obligatorio de Salud (POS) debiera ser asumido por la Entidad Promotora de Salud, teniendo derecho a recobrar su costo al Estado, a través del Fosyga.

Ahora bien, es menester resaltar que este Tribunal a través de su jurisprudencia ha estudiado en varias oportunidades el tema del suministro de pañales, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse strictu sensu como un servicio médico, se trata de un elemento indispensable para la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, que debe ser facilitado aunque no allegue al expediente formula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba el suministro del mismo<sup>18</sup>.

De esta manera, en sentencia T-595 de 1999 la Corte señaló lo siguiente:

“La Corte, en numerosa jurisprudencia, ha establecido que la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

En el presente caso, el juez de instancia sólo realizó el examen sobre la salud de la paciente, y concluyó que la negativa de la entidad, al no poner en peligro la salud o la vida de la señora Aldana, no violaba sus derechos fundamentales, y, por consiguiente, había que denegar la tutela.

Sin embargo, en la sentencia que se revisa, el juez no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se

trata de una anciana, que padece demencia senil, que no controla esfínteres y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de aseo que su situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido.

Al respecto, no se precisan profundas reflexiones para concluir que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la entidad conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre”.

Del mismo modo, esta Corporación en anteriores pronunciamientos y con base en el principio de atención integral ha ordenado el suministro de esta prestación sin que exista una orden médica que los prescriba. Así, por ejemplo en la sentencia T-574 de 2010 se dijo:

“Ahora bien, como quiera que en decisiones anteriores esta Sala ha ordenado el suministro de prestaciones sin una orden médica<sup>19</sup> y que en el caso concreto el señor Luis Eduardo Rivera Cortés presenta una PARÁLISIS CEREBRAL y sufre de EPILEPSIA PARCIAL DE DIFÍCIL CONTROL lo que produce, como es evidente y notorio, una INCONTINENCIA URINARIA y su IMPOSIBLE MOVILIZACIÓN esta Sala le ordenará a la EPS Cruz Blanca que le suministre (i) los PAÑALES DESECHABLES necesarios para mantenerlo en condiciones higiénicas, (ii) el SERVICIO MÉDICO DOMICILIARIO y (iii) LA ENTREGA DE LOS MEDICAMENTOS REQUERIDOS POR EL PACIENTE EN SU DOMICILIO.”

Igualmente, esta Corporación ha estimado que cuando se trate de personas de la tercera edad quienes son consideradas como un grupo de especial protección constitucional, el Estado deberá garantizar el acceso a la prestación de los servicios de salud que requieran con necesidad, indicando que:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención

en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”<sup>20</sup>.

Siguiendo los anteriores derroteros, en la sentencia T-437 de 2010, la Corte concedió el amparo a una persona de la tercera edad que había sufrido un accidente cerebro vascular que le ocasionó una parálisis cerebral, y requería el suministro de pañales desechables pero carecía de orden médica que los prescribiera, bajos los siguientes argumentos:

“En el caso sub examine, encuentra la Sala que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción y se proteja el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, por las siguientes razones:

1. Se encuentra demostrado que la persona a favor de quien se interpone la acción, pertenece a la tercera edad (84 años) y padece de parálisis general como consecuencia de un accidente cerebro vascular. De esta manera, en la historia clínica adjunta al expediente de tutela, se indica que: el paciente refiere antecedentes de ACV en 2 ocasiones, y refiere incontinencia urinaria, no controla esfínteres, y gran limitación funcional para realizar actividades físicas además porque presenta insomnio y decaimiento. (SIC)

En atención a lo anterior, se infiere que el señor José de Jesús Posada requiere de la utilización de pañales desechables para sobrellevar sus enfermedades. Por ello, para esta Sala resulta claro que la negativa de la Nueva E.P.S. de suministrar tales elementos, vulnera su derecho constitucional fundamental a la salud y a la vida digna.

2. Si bien, en estricto sentido es indudable que en este caso no se trata de la negación de un medicamento que esté fuera del P.O.S. si se refiere, tal como se dijo en los precedentes de este fallo, de la negativa del suministro de unos elementos (pañales y guantes desechables) que tienen incidencia en la salud y la vida digna del progenitor de la peticionaria.

3. Por otra parte, si bien es cierto que en el expediente de tutela no obra fórmula médica que permita precisar que al señor José de Jesús Posada le haya sido prescrito la utilización de

pañales por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., tal y como se señaló en el numeral anterior, de la historia clínica del paciente se deduce la necesidad de utilizar pañales desechables y guantes desechables dadas las características de las patologías presentadas”.

Bajo los supuestos jurisprudenciales señalados, este Tribunal ha contemplado que cuando una persona de la tercera edad requiere el suministro de pañales desechables con el fin de salvaguardar su dignidad humana, éstos deberán entregarse como un elemento no POS que puede ser recobrado con cargo a los recursos del Estado<sup>21</sup>.

Sobre este último aspecto esta Corporación ha sido enfática en señalar que: “(...) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar”<sup>22</sup>

Ahora bien, tratándose del suministro de pañales desechables y teniendo en cuenta las citadas circunstancias, la exigencia reglamentaria acerca de que los mismos hayan sido ordenados por el médico tratante, se morigera permitiendo un margen de apreciación mucho más amplio para el juez en orden a proteger efectivamente la dignidad y la integridad personal del peticionario.

## 1. Caso concreto

La señora Rosa Myriam Camacho de Pinilla presentó acción de tutela a favor de su padre

Tobías Camacho Pinzón y en contra de la Nueva EPS S.A. para que se le ordenara a esta entidad el suministro de los pañales, las terapias físicas y el servicio de enfermería 24 horas que requiere para tratar su patología.

Como atrás se explicó, la Sala considera probada la legitimación en la causa por activa, ya que de las pruebas aportadas al expediente se evidencia que la señora Camacho de Pinilla está obrando como agente oficiosa de su padre, quien se encuentra imposibilitado para agenciar la protección de sus derechos fundamentales en razón a que tiene ochenta y seis (86) años y padece de una “enfermedad pulmonar obstructiva crónica, evento cerebro vascular”.

Ahora bien, conforme a las circunstancias fácticas reseñadas, se advierte que la entidad accionada se negó a prestar los servicios mencionados, aduciendo que éstos no habían sido ordenados por un médico tratante y que estaban expresamente excluidos del catálogo de beneficios del Plan Obligatorio de Salud. Por su parte, el juez que conoció de la solicitud de amparo negó la protección del derecho fundamental a la salud del señor Camacho Pinzón, adhiriéndose a los argumentos de la demandada y agregando que no se demostró la negación de los servicios médicos solicitados por la parte accionante.

Tal y como se indicó en la parte considerativa de este fallo, la acción de tutela procede como mecanismo judicial para proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, para de esta forma exigir la prestación efectiva de los servicios médicos que una persona requiere con necesidad. En ese sentido, conforme a la jurisprudencia constitucional, es necesario que se acredite que el servicio reclamado: (i) haya sido ordenado por un médico tratante adscrito a la entidad promotora de salud correspondiente; (ii) sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad o algún derecho fundamental del paciente y (iii) haya sido solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio requerido<sup>23</sup>.

En relación con el acceso a los servicios no contemplados en el POS, ésta Corporación ha exigido que la persona que requiere alguno de estos servicios no cuente con la capacidad económica para sufragarlo<sup>24</sup>.

Así, teniendo en cuenta que son varios servicios los que se reclaman y que la conclusión respecto del cumplimiento de los anteriores requisitos no es la misma para todos, la Corte

estudiará dichas solicitudes de manera independiente.

### 7.1. Solicitud de entrega de pañales desechables

En lo atinente al suministro de estos implementos, si bien no cabe duda de que aquellos no pueden entenderse como servicios médicos strictu sensu, la Corte advierte que dichos elementos inciden propia y directamente en la salud y la vida digna del agenciado.

Es así como en el sub examine se encuentra demostrado que la persona en favor de quien se interpone la acción de tutela: (i) tiene ochenta y seis (86) años de edad y pertenece a la tercera edad<sup>25</sup>, por lo cual es considerada como un sujeto de especial protección constitucional; (ii) padece de una “enfermedad pulmonar obstructiva crónica evento cerebro vascular” y (iii) carece de recursos económicos para sufragar el costo de los elementos requeridos para su patología.

En efecto, la Corte encuentra que tal y como lo manifiesta la peticionaria ni ella ni el agenciado cuentan con la capacidad económica para asumir el costo de los servicios de salud solicitados a través de esta acción.

Adicionalmente, la Sala encuentra que la EPS accionada en la contestación de la demanda de tutela se rehúsa a suministrar la aludida dotación de pañales desechables invocando un argumento de carácter reglamentario, consistente en que dicho servicio está expresamente excluido del catálogo de beneficios del Plan Obligatorio de Salud, en virtud de lo establecido en el Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión Nacional de Regulación en Salud. En contraste, para esta Sala, resulta claro que la negativa de la Nueva EPS S.A. de suministrar tales elementos, vulnera el derecho constitucional fundamental a la salud y a la vida digna del señor Camacho Pinzón.

Reiterando lo sostenido en apartes anteriores, la Corte encuentra constitucionalmente inadmisibles que disposiciones de orden administrativo o reglamentario – como la invocada por la entidad accionada –, se impongan como una barrera para acceder a un servicio necesario para gozar de manera real y efectiva de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, máxime si se tiene en cuenta que el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional que padece una seria discapacidad, ocasionada por la “enfermedad pulmonar obstructiva crónica, evento cerebro vascular” (Folio 11 del cuaderno

de instancia).

Ahora bien, dadas las particularidades del presente caso, esta Sala encuentra que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción y se proteja el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, toda vez que se encuentra demostrado que la persona a favor de quien se interpone la tutela, pertenece a la tercera edad (86 años) y padece de “enfermedad pulmonar obstructiva crónica, evento cerebro vascular”, tal y como se advierte en la historia clínica.

Por otra parte, si bien es cierto que en el expediente de tutela no obra fórmula médica que permita precisar que al señor Camacho Pinzón le haya sido prescrito la utilización de pañales por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., de la historia clínica del paciente se infiere que éste requiere la utilización de pañales desechables para sobrellevar sus enfermedades. De manera que, con la negativa de la entidad accionada de suministrar dichos elementos se vulnera el derecho fundamental a la salud y la vida digna.

#### 7.2. Solicitud de terapias físicas.

Por su parte, respecto del aludido servicio de salud y con base en los criterios señalados en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala observa que: (i) el tratamiento fue prescrito por el Dr. Jesús María Julio Sánchez, médico adscrito al Hospital Universitario Mayor<sup>26</sup>; (ii) es un servicio necesario para preservar la salud y la vida en condiciones dignas del señor Camacho y (iii) se trata de una prestación incluida en el catálogo de beneficios de salud del POS, según lo dispuesto en el anexo dos (2) del Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión Nacional de Regulación en salud CRES,<sup>27</sup> el cual fue solicitado previamente a la entidad accionada.

Por consiguiente, la Sala ordenará a la Nueva EPS S.A. la autorización de las terapias solicitadas de conformidad con los lineamientos señalados por su médico tratante.

#### 7.3. Solicitud de prestación del servicio de enfermería 24 horas

En relación con la prestación del servicio de enfermería 24 horas, la Corte nota la ausencia de orden médica que prescriba tal atención, la cual además se encuentra expresamente excluida del catálogo de beneficios del POS. Sin embargo, se evidenció que el señor Camacho Pinzón ha recibido atención médica domiciliaria por parte de CUIDARTE IPS en ocasiones

anteriores y no el servicio de enfermería 24 horas como lo indicó la accionante en el escrito de tutela<sup>28</sup>.

Así las cosas, aun cuando no se evidencia orden médica en la que se prescriba el servicio de enfermería 24 horas y teniendo en cuenta que la EPS accionada está en la obligación constitucional y legal de prestarle al peticionario los servicios que requiere; la Sala se limitará a ordenar a la Nueva EPS S.A. que dentro de la semana siguiente a la notificación de esta providencia, valore la condición del paciente y determine si aquél requiere el servicio de enfermería 24 horas, tal y como la señora Camacho de Pinilla lo solicita, o la atención médica domiciliaria que le ha prestado la entidad accionada en anteriores oportunidades. De determinarse la necesidad de cualquiera de los dos servicios, se dispondrá su suministro dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la valoración, de acuerdo con los lineamientos prescritos por el médico tratante.

Por las razones precedentes, se revocará la sentencia del ocho (8) de septiembre de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Civil Municipal de Bogotá, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia del ocho (8) de septiembre de dos mil diez (2010) proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, mediante la cual se negó el amparo reclamado y, en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Tobías Camacho Pinzón, agenciado por la señora Rosa Camacho de Pinilla.

Segundo.- ORDENAR a la Nueva EPS S.A. por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces que sino lo ha realizado aún, en el término cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo suministre en forma periódica los pañales desechables requeridos por el señor Camacho Pinzón.

Tercero.- ORDENAR a la Nueva EPS S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice las terapias respiratorias requeridas por Tobías Camacho.

Cuarto.- ORDENAR a la Nueva EPS S.A. que, dentro de la semana siguiente a la notificación de esta providencia, valore la condición médica del señor Tobías Camacho Pinzón y determine si aquél requiere el servicio de enfermería 24 horas o atención médica domiciliaria. Una vez se establezca la necesidad de continuar con alguna de estas prestaciones, deberá suministrarla de conformidad con los lineamientos señalados por el médico tratante dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la valoración.

Quinto.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T-995 de 2008.

2 De acuerdo a los numerales 1, 2 y 7, del artículo 277, y 282 de la Constitución Política.

3 Sentencias T-458 de 1992; T-023 de 1995; T-452 de 2001; T-476 de 2002; T-573 de 2006; T-250 de 2009; T-730 de 2010.

4 Sentencia T-730 de 2010.

5 La protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela ha sido estudiada por este Tribunal a través de las siguientes sentencias: T-1081 de 2001, T-004 de 2002, T-859 de 2003, T-666 de 2004, T-1238 de 2005, T-837 de 2006, T-060, T-148 y T-631 de 2007, T-076 y T-760 de 2008, T-922 de 2009, T-104 y T-189 de 2010, entre otras.

6 Esta Corporación adoptó los mismos argumentos jurisprudenciales en las siguientes sentencias: T-961 de 2008, T-649 de 2008, T-499 de 2009, T-152 de 2010, entre otras.

7 Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de octubre de 1969.

8 Sentencia T-760 de 2008: argumento jurídico número 3.3.6.

9 Sentencia C-252 de 2010.

10 Sentencias T-922 de 2009 y T-760 de 2008, entre otras.

11 Ver Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-760 de 1998, entre otras.

12 Al respecto se podrá consultar la sentencia T-922 de 2009.

13 Artículos 44 y 49 de la Constitución y Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

14 Sentencia T-760 de 2008.

15 Artículo 162 de la Ley 100 de 1993: “El sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año de 2001. Este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y de los niveles de atención y complejidad que se definen”.

16 Sentencias T-736 de 2004 y T-760 de 2008.

17 Sentencia T-760 de 2008.

18 Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-099 de 1999, T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-965 de 2007, T-202 de 2008, T-437 de 2010, entre otras.

19 Sobre el mismo tema, podrá consultarse la sentencia T-975 de 2008, en la que este Tribunal ordenó el suministro de PAÑALES DESECHABLES a una menor que sufría de INCONTINENCIA, sustentando su decisión en que tal padecimiento es un hecho notorio que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro de los insumos que se solicitaban ante la Entidad Promotora de Salud.

20 Sentencia T-540 de 2002.

22 Sentencias: T-223 de 2006, T-933 de 2009, T-126 de 2010 y T-786 de 2010.

23 Sentencia T-760 de 2008.

24 Sentencias T-760 de 2008, T-922 de 2009, T-104, T-189 y T-437 de 2010, entre otras.

25 Artículos 5 y 7 de la Ley 1276 de 2009.

26 De acuerdo con lo señalado en la historia clínica (Folio 8 del cuaderno de instancia) las terapias son necesarias, en razón a que el paciente muestra dificultades respiratorias como consecuencia de la traqueostomía practicada.

27 Corregido mediante el Acuerdo 014 de 2010.

28 Folio 12 del cuaderno de instancia.