

Sentencia T 383/15

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Quien padece enfermedad catastrófica se encuentra imposibilitado para defenderse por sí mismo

La agencia oficiosa es permitida constitucionalmente cuando se manifieste expresamente esa condición y se demuestre que el afectado se encuentra imposibilitado para interponerla.

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

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios de continuidad, integralidad y garantía de acceso a los servicios de salud

Al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano, donde el Estado, la sociedad y la familia, deben garantizar un mínimo de dignidad a las personas y su estabilidad tanto física como mental, el cual, como se ha reiterado, adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y puede ser protegido por la acción de tutela.

ADULTO MAYOR-Sujeto de especial protección constitucional

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Protección reforzada por ser sujeto de especial protección constitucional

Tratándose del derecho a la salud de las personas merecedoras de especial protección, éste es consecuencia directa del principio de dignidad humana. Por esta razón, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección es responsabilidad también de los jueces, quienes deben adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto. En este orden, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la

condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, EXAMENES O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

DERECHO A LA SALUD Y CONCEPTO DE REQUERIR CON NECESIDAD-Subreglas

Toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS. En ese orden de ideas, no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva y la exclusión de la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que la misma tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Subreglas cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Orden a EPS autorizar cuidado de enfermería, suministro de pañales desechables y pañitos húmedos y entrega de silla de ruedas

Referencia: Expedientes T-4867229 y T-4862546 al T-4859332 AC.

Acción de tutela presentada por los señores Libardo Antonio Estrada Ramírez, contra la Nueva EPS; María Fernanda Rondón Fernández en calidad de agente oficioso de su abuela Ana De Jesús Fernández, contra Coosalud ESS -EPS-S; y Nubia Lucía Martínez Sánchez como agente oficioso de su madre Mariela Sánchez contra Capital Salud EPS.

Derechos fundamentales invocados: a la salud, a la integridad personal, a la vida digna, y a la protección especial reforzada de las personas de la tercera edad.

Temas: (i) agencia oficiosa; (ii) el carácter de fundamental del derecho a la salud; (iii) el derecho a la salud frente a la población adulta mayor; (iv) la procedencia excepcional de la tutela para ordenar el suministro de insumos, servicios, elementos o medicamentos no POS.

Problema jurídico: determinar si se vulneraron derechos fundamentales de personas en situación de discapacidad y adultos mayores con enfermedades graves, sin recursos económicos, a quienes se les negó la entrega de elementos, servicios de salud y procedimientos, aduciendo que no estaban incluidos en el POS y la falta de orden del galeno tratante respecto de los insumos.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub-quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Myriam Ávila Roldán, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por: (i) el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, Valle, el 10 de diciembre de 2014, (Expediente T-4867229); (ii) el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Cali, Valle, el 12 de febrero de 2015 (Expediente T-4862546); y, (iii) la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, el 15 de diciembre de 2014 (Expediente T-4859332).

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional escogió en el Auto del veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015) para efectos de su revisión, las acciones de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1.1. EXPEDIENTE T- 4867229

1.1.1 SOLICITUD

El señor Libardo Antonio Estrada Ramírez, solicita al juez de tutela proteger sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal y a la vida digna, presuntamente vulnerados por la Nueva EPS, al negarle la autorización para la entrega de insumos y elementos que requiere para llevar una vida digna, argumentando que no se encuentran incluidos en el POS.

1.1.2. HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1.1.2.1. El accionante cuenta actualmente con 56 años de edad, y de acuerdo con su historia clínica se encuentra “... en silla de ruedas con discapacidad motora en miembros inferiores por secuela de trauma raquimedular a nivel T9-T10 posterior a herida por arma de fuego”.

1.1.2.2. Indica el accionante que se encuentra afiliado en calidad de cotizante a la Nueva EPS desde el 1 de agosto de 2008.

1.1.2.3. Dice, que debido a su condición de discapacidad su cuerpo no responde en sus dos piernas hasta la ingle, razón por la cual, no puede desplazarse por su propia cuenta, dependiendo de otras personas para su movilidad y cuidados.

1.1.2.4. Agrega, que igualmente sufre de constantes mareos por lo que permanece la mayor parte del tiempo en cama, sumado al hecho de que en ocasiones presenta ausencia de recuerdos.

1.1.2.5. Manifiesta el actor que no controla sus esfínteres, y ante la ausencia de memoria ocasional, no tiene conciencia sus procesos fisiológicos lo que le ha provocado constantes accidentes.

1.1.2.6. Asegura que debido a su discapacidad, su médico tratante le ha aconsejado el uso de pañales desechables, los cuales ha solicitado a la EPS accionada, quien mediante formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, ha rechazado los requerimientos argumentando que no se encuentran incluidos en la cobertura del POS.

1.1.2.7. Afirma, que como consecuencia de su estado de salud y de permanecer en cama mucho tiempo, ha generado escaras en distintas partes delicadas de su cuerpo por lo que necesita cremas protectoras humectantes, cremas antiescaras, pañitos húmedos, guantes. Así como también, alimentos multivitamínicos, una silla de ruedas, servicio de ambulancia para su traslado de ida y regreso a las citas especializadas y de urgencia, servicio de enfermería en casa y demás servicios de forma integral que requiera para vivir de una manera digna.

1.1.2.8. En virtud de lo anterior, solicita al juez de tutela amparar sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal y a la vida digna, y en consecuencia, ordenar a la entidad accionada que le sean autorizados dichos elementos, servicios e insumos que requiere de acuerdo a su condición de discapacitado.

1.1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante Auto del 26 de noviembre de 2014, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, Valle, procedió a admitirla y ordenó correr traslado de la misma a la Nueva EPS, para que se pronunciara sobre los hechos en que se fundamenta la acción.

1.1.3.1. La Nueva EPS, a través de la Coordinadora Jurídica de la Regional del Sur Occidente, en forma extemporánea se opuso a las pretensiones elevadas por el accionante mediante escrito del 11 de diciembre de 2014, por cuanto aseguró, que la entidad nunca ha negado los servicios de salud que requeridos por el señor Libardo Antonio Estrada, a quien se le ha garantizado las prestaciones asistenciales y beneficios médicos que ha demandado, tal y como lo prevé el Sistema General de Seguridad Social en Salud de conformidad con la

Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias.

Igualmente señaló, que la solicitud de insumos como pañales desechables, crema hidratante, crema antipañalitis, silla de ruedas y multivitamínicos, son improcedentes debido a la carencia de las órdenes médicas respectivas que avalen las peticiones del accionante, y se limitan a los deseos personales que considera que se deben autorizar.

Ahora bien, respecto de la solicitud de la atención integral en salud, manifestó la accionada que no puede ordenar tratamientos y servicios médicos por hechos futuros e inciertos.

Por las anteriores razones, considera que la entidad en ningún momento ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, puesto que los servicios médicos se le han proporcionado en sus debidas oportunidades tendientes a la recuperación de su salud.

1.1.4. DECISIÓN DE INSTANCIA

1.1.4.1 DECISIÓN ÚNICA DE INSTANCIA – JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CALI

En sentencia proferida el 10 de diciembre de 2014, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, Valle, declaró improcedente la acción de tutela formulada por el señor Libardo Antonio Estrada Ramírez.

Los argumentos tenidos en cuenta por el juez de instancia, se basaron en que la conducta de la EPS accionada, no se considera vulneradora de los derechos fundamentales del actor, teniendo en cuenta que si bien se le han prestado los servicios médicos como consta en la historia clínica que aporta al proceso, también es cierto que no se allega prueba de la solicitud de los servicios que pretende le sean autorizados vía tutela, así como tampoco la negación de ellos ni la orden médica que indique la necesidad de los mismos.

1.1.5. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1.1.5.1. Copia de la certificación expedida por la Nueva EPS el 19 de septiembre de 2014, en donde indica que el paciente Libardo Antonio Estrada Ramírez se encuentra “... en silla

de ruedas con discapacidad motora en miembros inferiores por secuela de trauma raquimedular a nivel T9-T10 posterior a herida por arma de fuego.” (folio 4).

1.1.5.2. Copia del carné de afiliación a la Nueva EPS donde señala que el señor Libardo Antonio Estrada Ramírez es cotizante desde el 1 de agosto de 2008 (folio 5).

1.1.5.3. Copia del resumen de la historia clínica del señor Libardo Antonio Estrada Ramírez, donde consta su estado de paraplejia y discapacidades motrices con antecedente TRM hace 20 años. Igualmente se refiere a que es un “Paciente con hipertensión arterial de novo, con limitación para marcha por secuela trauma raquimedular”. consta: “se dan recomendaciones Dieta, actividad física de acuerdo a su limitación. (...) humectación e hidratación de la piel, masajes terapéuticos, Estimular la reducción o mantenimiento del peso (...) asistir a los controles periódicos.” (folios 6 al 14).

1.1.5.4. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Libardo Antonio Estrada Ramírez (folio 15).

1.1.5.5. Dos fotos del actor como constancia de su discapacidad (folios 16 y 17).

1.2. EXPEDIENTE T- 4862546

1.2.1. SOLICITUD

La señora María Fernanda Rondón Fernández en calidad de agente oficioso de su abuela Ana De Jesús Fernández, demanda al juez de tutela proteger sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la protección especial reforzada de las personas de la tercera edad, presuntamente vulnerados por Coosalud ESS -EPS-S, al negarle el suministro de una silla de ruedas y el servicio de enfermería por 12 horas diarias por seis meses.

1.2.2.1. Indica la accionante que su abuela, la señora Ana De Jesús Fernández nació el 26 de enero de 1933, por lo que actualmente cuenta con 82 años de edad, y se encuentra afiliada al SISBEN Nivel II a Coosalud ESS -EPS-S desde el 11 de junio de 2001.

1.2.2.2. Afirma que desde hace aproximadamente 5 años comenzó a agravarse su salud por lo que ha sido necesario recurrir a diferentes citas médicas, encargándose ella de llevarla y estar atenta a sus necesidades.

1.2.2.3. Manifiesta, que el médico fisiatra tratante le recomendó el uso de una silla de ruedas con las siguientes especificaciones: “Silla de ruedas para adulto a la medida del paciente; con espaldar y silla plegable, apoya pies abatibles y escualizables; llantas neumáticas sin aro, autoprofolser de picel desmonte” apropiado para la sintomatología que su agenciada padece.

1.2.2.4. Relata que a través de formato de negación número 7600101090593 del Comité de Médicos tratantes, se negó la solicitud argumentando lo señalado en el numeral 6 del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013[1].

1.2.2.5. Señala que en igual situación se encuentra la solicitud de un servicio de enfermería por 12 horas diarias por 6 meses, ordenadas por su médico internista tratante, debido a las limitaciones que presenta su abuela en su funcionalidad.

1.2.2.6. Asegura que el médico domiciliario que asiste a su abuela, le indicó que la solicitud debía dirigirla al Hospital Departamental Mario Correa Rengifo como en efecto se hizo. Sin embargo, la enfermera jefe manifestó que no era posible prestar el servicio toda vez que no existía cobertura territorial para la zona donde se encontraba el domicilio de la paciente.

1.2.2.1. Por último, aclara que la salud de su abuela se deteriora cada día y ni ella ni su familia cuentan con los recursos necesarios para solventar los gastos que requiere, y que si bien algunos familiares trabajan, no alcanzan los ingresos para cubrir sus necesidades.

1.2.2.2. En virtud de lo anterior, solicita al juez de tutela amparar sus derechos fundamentales y en consecuencia, ordenar a la entidad accionada que le sean autorizados dichos elementos, servicios e insumos que requiere de forma urgente debido al deterioro que presenta y su avanzada edad.

1.2.2.3. Dice aportar con la solicitud de demanda los siguientes documentos: (1) Copia de la solicitud del médico tratante para que se asigne una enfermera 12 horas por 6 meses; (2) Copia de la solicitud del médico tratante donde solicita una silla de ruedas a la paciente con unas características específicas; (3) Copia del formato de negación 7600101090593 del Comité de Médicos Tratantes; y (4) Copia del carné de afiliación de la señora Ana De Jesús Fernández. Las pruebas relacionadas no se encuentran anexas a la solicitud de tutela.

1.2.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.3.1. Coosalud ESS -EPS-S, mediante escritos del 5 de febrero de 2015, manifestó que la señora Ana De Jesús Fernández se encuentra afiliada a esa EPS-S desde el 11 de junio de 2001, fecha desde la cual se le han brindado todas las atenciones médico asistenciales que ha requerido en virtud de su patología.

Indica, que contrario a lo que refiere la accionante respecto a la negación del servicio de enfermería a la señora Ana De Jesús Fernández, Coosalud EPS-S a través del prestador Home Care del Hospital Mario Correa Rengifo se le está suministrando el servicio de enfermería y medicina general domiciliaria a la usuaria de manera satisfactoria, situación que se puede verificar con la copia simple del registro de asistencia clínica y la historia clínica emitida por esa institución, y de la cual se aporta copia (4 folios).

Ahora, respecto al suministro de la silla de ruedas señaló que se encuentra expresamente excluida del POS, tal y como consta en los artículos 129 y 130 de la Resolución 5521 de 2013[2].

Agregó, que desde el punto de vista jurídico Coosalud EPS-S no lo puede autorizar, para lo cual, debe ser requerido a la Secretaría de Salud Departamental del Valle, a quien le corresponde garantizar estos elementos.

1.2.3.2. La Secretaría de Salud del Departamento del Valle, mediante escrito del 9 de febrero de 2015, manifestó que a los Entes Territoriales no les está permitido prestar servicios asistenciales de salud directamente, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007. De manera que son las Entidades Promotoras de Salud las que deberán garantizar a los afiliados al SGSSS el acceso efectivo a las tecnologías en salud, a través de su red prestadora de servicios.

Afirma, que si bien las sillas de ruedas están excluidas del POS, en principio, ello no justifica que las EPS nieguen su autorización, toda vez que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias oportunidades se ha manifestado que se deben tener en cuenta las circunstancias en las que se debe prestar el servicio.

Por último, solicita su desvinculación de la acción de tutela, por cuanto es Coosalud EPS-S la que debe suministrar los servicios de salud que requiere el paciente en forma integral y oportuna con las IPS públicas o privadas con las cuales tenga contrato, sin derecho a recobro cuando las prestaciones se encuentren incluidas en el POS. De lo contrario, deberá recobrar al Ministerio de la Protección Social – FOSYGA, lo correspondiente.

1.2.3.3. La señora María Fernanda Rondón Fernández, no respondió al requerimiento del juez de tutela en aportar las pruebas denunciadas en su solicitud de amparo. De igual forma, Ministerio de Salud y Seguridad Social FOSYGA, guardó silencio.

1.2.4. DECISIÓN ÚNICA DE INSTANCIA – JUZGADO VEINTICINCO CIVIL MUNICIPAL DE CALI, VALLE

En Sentencia proferida el 12 de febrero de 2015, el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Cali, Valle, negó por improcedente la solicitud de amparo de los derechos invocados por el agente oficioso, considerando que dentro del acervo probatorio existe prueba suficiente sobre el cumplimiento en la prestación del servicio de salud por parte de la entidad accionada, con lo cual no puede predicarse de ella ninguna vulneración de sus derechos fundamentales. Respecto al suministro de la silla de ruedas, indicó que no existe prescripción médica que avale el suministro de ella.

1.2.5. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo Coosalud EPS-S aportó las siguientes pruebas:

1.2.5.1. Copia de la consulta en la base de datos de Coosalud EPS-S en el que se indica que nació el 26 de enero de 1933, por lo que actualmente cuenta con 82 años de edad, y se encuentra activa en su afiliación al SISBEN Nivel II de la ciudad de Cali, Valle, y en salud a Coosalud ESS -EPS-S desde el 11 de junio de 2001 (folio 20).

1.2.5.2. Copia del registro de asistencia clínica emitida por el prestador Home Care donde se señalan las fechas, septiembre 3, octubre 8, noviembre 5, diciembre 27 de 2014 y enero 19 de 2015, como constancia de la prestación del servicio domiciliario en salud a la señora Ana De Jesús Fernández (folios 21 y 22).

1.3. EXPEDIENTE T- 4859332

1.3.1. SOLICITUD

La señora Nubia Lucía Martínez Sánchez, en calidad de agente oficioso de su progenitora, la señora Mariela Sánchez, solicita al juez de tutela que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la integridad personal, presuntamente vulnerados por Capital Salud EPS-S, al negarle el suministro de los servicios médicos indispensables para llevar una vida digna debido a las patologías de la enfermedad que padece.

1.3.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

1.3.2.1. La accionante manifiesta que su madre, la señora Mariela Sánchez, de 73 años de edad, pertenece al grupo de población del adulto mayor, se encuentra en situación de discapacidad y pertenece al Sisben Nivel 1 desde el 27 de noviembre de 2011.

1.3.2.2. Afirma que su progenitora presenta el siguiente diagnóstico médico: “accidente cerebro vascular izquémico a repetición, secuelas neurológicas dadas por disartria, hemiparesia izquierda, miocardiopatía mixta (isquémica e hipertensiva) en fase dilatada, incontinencia doble, demencia vascular no especificada, enfermedad pulmonar crónica obstructiva EPOC, bronquiectasis lóbulo superior izquierdo, hipertensión pulmonar leve a moderada, osteoporosis.”

1.3.2.3. Sostiene también, que su madre presenta un deterioro neurológico significativo que le ha generado la pérdida de movimientos en sus miembros inferiores y superiores, del habla, de la visión, por lo que se ha convertido en una persona completamente dependiente para realizar sus actividades básicas.

1.3.2.4. Indica, que a pesar de que su madre recibe visita del médico domiciliario una vez al mes y terapias -físicas, ocupacionales, respiratorias y de lenguaje- dos veces por semana, ésta requiere de un cuidado permanente debido a sus múltiples complicaciones y del tratamiento que exige su patología, por lo que ha solicitado en reiteradas oportunidades el servicio de un auxiliar de enfermería ante la EPS-S y la IPS, quienes se han negado a prestar el servicio.

1.3.2.5. Asegura que su progenitora vive con ella y se encuentra bajo su cuidado, pero

debido a su estado de salud, no cuenta con la destreza y los conocimientos suficientes para atender esas necesidades. Igualmente, por su elevado peso corporal y limitaciones físicas, es imposible prestarle la asistencia sin generarle molestias y dolencias que podrían evitarse si éstos son prestados por un profesional en salud.

1.3.2.6. Agrega, que debido al estado de postración de su madre, ha sido imposible acudir a las citas, controles, terapias y demás actividades con los especialistas, puesto que no puede movilizarla constantemente desde su domicilio hasta los lugares donde deben prestarle los servicios médicos. Por esa razón, solicita que se le autorice el servicio de transporte que le permita movilizarse hasta los hospitales y centros donde debe acudir para las citas y tratamientos ordenados por los médicos tratantes.

1.3.2.7. De igual forma, dice que su madre no controla los esfínteres, por lo que requiere del uso de pañales desechables.

1.3.2.8. Argumenta, que solicitó los anteriores servicios y elementos, los cuales fueron negados por la EPS-S alegando que éstos no contribuían en la mejoría de la paciente, y que además, no se encontraban incluidos en el POS. Considera, que la negativa en la prestación de los servicios y elementos ha generado en su madre graves daños y perjuicios en su salud y calidad de vida, así como la de sus familiares, violando flagrantemente sus derechos fundamentales.

1.3.2.9. Concluye, que le es imposible proporcionar ese tipo de servicios de forma particular, pues es una persona de escasos recursos económicos sin ningún tipo de ingreso estable mensual para suplir las necesidades de su hogar y las de su señora madre. Sin embargo, cuenta con una pequeña ayuda de familiares, pero la misma no es suficiente para alimentación, servicios públicos arriendo y demás.

1.3.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, mediante Auto del 3 de diciembre de 2014, admitió la demanda y corrió traslado de la misma a la accionante y a la demandada, para que se pronunciara sobre los hechos en que se fundamenta la acción. Así mismo, vinculó al Ministerio de la Protección Social y al Fondo de Solidaridad y garantías FOSYGA.

1.3.3.1. El Ministerio de la Protección social, mediante escrito del 11 de diciembre de 2014, manifestó, que frente al servicio de transporte el Plan Obligatorio de Salud establecido en la Resolución 5521 de 2013[3] contempla diferentes formas de cobertura de transporte, sin embargo es necesario que se cumpla la regla de que estos servicios existan en el municipio de residencia del afiliado, pero la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios.

Respecto al servicio de enfermería, señala que el artículo 8 literal 6 de la citada resolución, lo define como una “Modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia.” Indica, que a partir de ello, el artículo 29 de la misma norma hace una distinción entre lo que está cubierto o no en el POS. Igualmente dice, que es necesario se distinga si lo que se requiere es realmente una atención domiciliaria en el sentido que trae la Resolución 5521 de 2013 o un acompañamiento en el domicilio como necesidad más de carácter social que de salud. Por esa razón, el Ministerio dice que esto debe ser ordenado por el médico tratante con el fin de evaluar la pertinencia del servicio, y en ambos casos, es responsabilidad de las EPS ordenar el suministro del servicio con cargo a los recursos del FOSYGA.

Por último, sobre el suministro de pañales indica que la Resolución 5521 de 2013 en su artículo 130 señala las exclusiones específicas para el suministro de dichos elementos. Y respecto a la solicitud de atención integral, indica que ésta es muy genérica, por lo que es necesario que el médico tratante precise cuales son los medicamentos y procedimientos que el paciente requiere.

1.3.3.2. Capital Salud EPS-S, se opuso a las pretensiones elevadas por la accionante mediante escrito extemporáneo del 15 de diciembre de 2014, por cuanto a la paciente se le han brindado todas las atenciones médico asistenciales que ha requerido en virtud de su patología, con diagnóstico de “accidente cerebrovascular isquémica y miocardiopatía mixta”.

Indica que la señora Mariela Sánchez con 73 años de edad, se encuentra afiliada activa en Capital Salud EPS-S, desde el 27 de noviembre de 2011, Nivel 1 del SISBEN, IPS primaria

Hospital de Suba ESE.

Considera que esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales de la agenciada toda vez que los requerimientos de enfermería requieren de una orden médica expedida por su médico tratante. Y respecto al suministro de los pañales desechables, es responsabilidad de la Secretaría Distrital de Salud, quien debe garantizar la prestación del suministro de servicios considerados NO POS. Indica, que sin embargo, elementos de aseo y cuidados personales que no están relacionados con el SGSSS, deben ser solicitados a la Secretaría Distrital de Integración Social.

1.3.4. SENTENCIA ÚNICA DE INSTANCIA- CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ, SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

En Sentencia proferida el 15 de diciembre de 2014, el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, negó la solicitud de los derechos invocados por la tutelante con base en los siguientes argumentos:

Advirtió que la EPS-S accionada no vulneró los derechos fundamentales de la paciente toda vez que le ha suministrado los tratamientos, medicamentos y servicios requeridos por su médico tratante. Indicó que si bien, la agenciada es una persona de la tercera edad y por tanto sujeto de especial protección constitucional, dentro del expediente no hay constancia de solicitudes de transportes ni orden médica que sugiera la necesidad del servicio de enfermería o acompañamiento ni del uso de los pañales desechables que reclama la actora.

1.3.5. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron las siguientes:

1.3.5.1 Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Mariela Sánchez (folio 15).

1.3.5.3 Copias del carné de la señora Mariela Sánchez de afiliación en el régimen subsidiado en salud a Capital Salud EPS-S del Sisben Nivel 1 desde el 27 de noviembre de 2011(folio 17).

1.3.5.4 Copia de la historia clínica de la señora Mariela Sánchez (folios 19 y 20).

2. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

2.1 Mediante Auto del 11 de junio de 2015, la Sala de Revisión consideró que ante la falta de prueba en el expediente T-4862546, que conduzca a determinar con certeza la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la agenciada, era necesario que se aportaran al proceso algunos documentos, información y conceptos para mejor proveer. De esa manera, se requirió:

“ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie a la señora María Fernanda Rondón Fernández en calidad de agente oficioso de su abuela Ana De Jesús Fernández, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir la notificación del presente auto, informe sobre el estado actual de salud de la agenciada, y aporte la siguiente documentación:

1. Copia de la solicitud del médico tratante para que se asigne a la señora Ana De Jesús Fernández una enfermera 12 horas por 6 meses;
2. Copia de la solicitud del médico tratante donde solicita una silla de ruedas a la paciente con unas características específicas;
3. Copia del formato de negación número 7600101090593 del Comité de Médicos Tratantes;
4. Copia del carné de afiliación de la señora Ana De Jesús Fernández; y
5. Informe, si a la fecha han sido prestados uno o todos los servicios solicitados. En caso afirmativo, indicar cuáles.”

Dentro del término concedido, la accionante María Fernanda Rondón Fernández guardó silencio respecto a los requerimientos de la Sala de Revisión.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1 COMPETENCIA

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

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Con base en los antecedentes anteriormente expuestos, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional debe determinar si se vulneraron derechos fundamentales de personas que padecen enfermedades graves y adultos mayores, sin recursos económicos, a quienes se les negó la entrega de medicamentos no POS, exámenes médicos, elementos como pañales desechables y silla de ruedas, aduciendo negativa en el hecho de no encontrarse en el POS y falta de orden del galeno tratante respecto de los insumos.

Para resolver el problema jurídico citado, la Sala examinará: primero, la legitimación en la causa por activa para interponer acciones de tutela; segundo, el carácter de fundamental del derecho a la salud; tercero, el derecho fundamental a la salud frente a la población adulta mayor; cuarto, la procedencia excepcional de la tutela para ordenar el suministro de insumos, servicios, elementos o medicamentos no POS; y quinto, se analizarán los casos concretos.

3.3 LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA PARA INTERPONER ACCIONES DE TUTELA

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

3.3.2 En ese sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, “quien actuará por sí misma o a través de representante”. Igualmente, esta disposición contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

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

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona

vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante los poderes se presumirán auténticos.

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

3.3.3 En la sentencia T-294 de 2004[4] la Corte reiteró los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, así:

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

Sobre el particular, esta Corporación, a través de la sentencia T-552 de 2006[5], consideró que:

3.3.4 De lo anterior se concluye, que la agencia oficiosa es permitida constitucionalmente cuando se manifieste expresamente esa condición y se demuestre que el afectado se encuentra imposibilitado para interponerla. Adicionalmente, la Corte Constitucional[8], ha reiterado que la agencia oficiosa debe ser probada como tal y demostrar que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

3.4 EL CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO A LA SALUD

3.4.1 La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[9]

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y

el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”[10]

3.4.2 Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta[11].

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

3.4.3 En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[12].

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[13], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[14]

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

En esta línea tenemos, por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993[15] y T-395 de 1998[16]. En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose privada

de su libertad, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

“Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cubre a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

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

3.4.5 En la sentencia T-395 de 1998[17], la Corte aun sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, esto se vio reflejado al tratar una solicitud que se hiciera al ISS, a cerca de un tratamiento en el exterior, se pronunció de la siguiente forma:

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y

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

3.4.6 En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo estableció la sentencia T- 1081 de 2001[18], cuando dispuso:

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

3.4.7 Posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia T-016 de 2007[19], amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que:

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

Constitución”.[20]

3.4.8 Por último, en la sentencia T-760 de 2008[21], esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”

3.4.9 Así las cosas, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano, donde el Estado, la sociedad y la familia, deben garantizar un mínimo de dignidad a las personas[22] y su estabilidad tanto física como mental, el cual, como se ha reiterado, adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y puede ser protegido por la acción de tutela[23].

3.5 EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD FRENTE A LA POBLACIÓN ADULTA MAYOR

3.5.1 Los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Carta Política, consagran que:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Por su parte, el artículo 47 de la Norma Magna establece que: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

3.5.2 En concordancia con las normas internacionales[24] y constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha otorgado a los adultos mayores una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad.

De esa forma, la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo[25]. Al respecto en sentencia T-540 de 2002[26], manifestó:

“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”.(Negrilla fuera de texto).

3.5.3 En el mismo sentido, la sentencia T-760 de 2008[27], expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental.

Por lo tanto, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

3.5.4 De conformidad con ello, tratándose del derecho a la salud de las personas merecedoras de especial protección, éste es consecuencia directa del principio de dignidad humana[28]. Por esta razón, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad.

Este deber de protección es responsabilidad también de los jueces, quienes deben de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto[29]. En este orden, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de

sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

3.6 LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA ORDENAR EL SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS, ELEMENTOS O MEDICAMENTOS NO POS

3.6.1 La Ley 100 de 1993[30], contempla dos regímenes a saber: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema de seguridad social; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

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

3.6.2 El Plan Obligatorio vigente, está conformado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, y actualizada mediante la Resolución 5521 de 27 de diciembre de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social.[31]

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

Lo anterior quiere decir, que a partir de esta ley, la responsabilidad de las EPS es la de asegurar la prestación de los servicios de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

3.6.4 En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio[32], (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) se haya solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.[33]

3.6.5 Como quiera que el Plan Obligatorio también establece limitaciones y

exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, las mismas son constitucionalmente admisibles “toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.”[34]

De esa forma, la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, relacionado con la procedencia de los medicamentos y procedimientos médicos, que se encuentren expresamente dentro de las normas y los reglamentos antes citados.

3.6.7 Posteriormente, la jurisprudencia constitucional consideró el derecho a la salud como fundamental, en los casos en que estaban involucrados sujetos de especial protección como, personas de la tercera edad, personas en condiciones de discapacidad y niños.

Es el caso de la sentencia T-1081 de 2001[37], con ocasión de la acción de tutela adelantada por un señor de 70 años al que su médico le había ordenado cirugía de catarata en el ojo derecho y la EPS se negó a suministrarle el lente intraocular y los medicamentos prescritos debido a que no estaban contemplados en el POS. En esta oportunidad sostuvo que “el derecho a la salud en los adultos mayores es un derecho fundamental y autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”.

Igualmente, la sentencia T-069 de 2005[38] estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticada sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, siendo ordenada la utilización permanente de audífonos, para lo cual el actor solicitó a la entidad de salud el suministro de los elementos prescritos. Sanitas EPS emitió respuesta negativa indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos.

Siguiendo la misma línea de protección, en esa ocasión la Corte afirmó que:

“la negativa de las entidades de salud en suministrar tratamientos, elementos y medicamento excluidos del POS a menores de edad, configura una vulneración a derechos fundamentales esenciales, más aún cuando se trata de menores de edad que se encuentran

en condición de discapacidad. En esa situación, se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección; “por una parte, por ser un menor de edad, cuyo derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela; y por la otra, por sufrir de una discapacidad, lo que lo hace sujeto de que el Estado, directamente o a través de los medios correspondientes, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta”[39].

3.6.8 En la sentencia T-1331 de 2005,[40] se analizó el caso de una tutela interpuesta por el esposo de una señora de la tercera edad que sufría de hipertensión arterial, a quien el médico tratante le formuló determinados medicamentos que la EPS negó por cuanto no fueron prescritos por un médico adscrito a esa entidad. En ella, la Corte concedió el amparo de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, al considerar que debido a las características de especial vulnerabilidad de la agenciada por tratarse de un adulto mayor, el derecho a la salud es fundamental y autónomo el cual podía ser amparado por vía de tutela.

Ahora bien, la Corte en la citada sentencia se pronunció sobre el requisito según el cual los medicamentos deben estar formulados por el médico tratante adscrito a la EPS, y en donde el accionante alegó que debieron acudir a un médico particular, toda vez que en la red ofrecida por la EPS, no había la especialidad que requería la agenciada. Como quiera que la EPS no desvirtuó lo afirmado, el Alto Tribunal Constitucional lo dio por acreditado, y señaló que la falta de contratos con médicos especialistas no es justificación para que se omita la prestación de los servicios que requiere el paciente.

Sobre este punto es importante resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del Plan Obligatorio de Salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico.

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios

que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señaló los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante[41]”.

3.6.9 Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la sentencia T-760 de 2008[42], no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de “necesidad” del paciente.

3.6.10 El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008[46], adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió este Tribunal cuando precisó que:

“toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los

servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”[47]

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[48]

Igualmente ha indicado que “una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad.”[49]

3.6.11 Así, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.[50]

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

3.6.12 En ese orden de ideas, no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva y la exclusión de la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que la misma tenga prelación

sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

3.6.13 Por otra parte, y concretamente en lo relacionado con el suministro de elementos esenciales para tener una vida en condiciones dignas, esta Corporación ha indicado además, que en aras de 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, precisen del suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas, deberán proveérsele por parte de la EPS que le brinda el servicio de salud, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS o no hayan sido prescritas por el médico tratante.

3.6.14 Específicamente, en el caso en que los pacientes padecen enfermedades que causan problemas de movilidad y que generalmente solicitan los mismos insumos por los problemas consecuentes con su condición, tales como, pañales, pañitos húmedos, cremas y camas hospitalarias, la Corte ha considerado que a pesar de que estos elementos no son estrictamente servicios médicos, sí son insumos indispensables para poder garantizar una vida en condiciones dignas a personas que se ven sometidas a padecimientos que los requieran.

Por lo anterior, se evidencia la relación estrecha que existe entre estos elementos y el derecho fundamental a la vida digna lo cual ha llevado a que la Corte Constitucional ordene, en muchos casos, su entrega por parte de las EPS o ESP-S.

En ese sentido se orientó la Sentencia T-233 de 2011[51], en donde se analizó el caso de una persona de 37 años a quien a causa de un disparo de arma de fuego, quedó paralítica. En ese momento la Corporación decidió otorgar la entrega de pañales y otros insumos no POS que solicitaba el agente oficioso del actor, argumentando que existen “(...) padecimientos que menoscaban la salud y la vida en condiciones dignas de cualquier ser humano. Específicamente el hecho de ser paralítico tiene graves consecuencias en las personas que se encuentran en esta situación, tales como la imposibilidad de caminar y de moverse por sus propios medios y de controlar el cuerpo (...)”. Por lo cual, se le impide “(...) al afiliado llevar una vida normal en el desempeño de sus actividades diarias, a menos que se le proporcione en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad

que demanda la existencia del ser.”[52]

3.6.15 Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha ordenado también, analizando cada caso en específico, y atendiendo el principio de integralidad en el servicio de salud, la entrega de estos elementos, aún sin existir orden médica que los prescriba, considerando que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permiten gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[53]

3.6.16 Así las cosas, es posible ordenar por medio de acción de tutela el suministro de estos elementos siempre que (i) se evidencie una afectación directa a los derechos fundamentales del paciente y (ii) haya una relación directa y de necesidad entre el padecimiento y lo solicitado, es decir, que en estas hipótesis es procedente ordenar por la vía de la acción de tutela el suministro de estos elementos siempre que, además de la afectación de los derechos fundamentales del paciente, sea evidente que existe una relación directa y de necesidad entre la dolencia y lo pedido, es decir, que las circunstancias fácticas y médicas permitan concluir forzosamente que, en realidad, el afectado necesita de la entrega de los componentes porque su condición así lo exige[54].

Por ejemplo, en la Sentencia T-160 de 2011[55] que estudió el caso de una persona de la tercera edad que sufría de Parkinson de rigidez y solicitaba le fueran suministrados pañales desechables debido a que dicho padecimiento había limitado su capacidad de movilidad. En esa ocasión, la Corporación consideró que la condición del paciente hacía evidente la necesidad de la entrega de los insumos señalados, pues la patología había “(...) limitado su capacidad de locomoción, impidiendo la realización por sí mismo de sus necesidades fisiológicas”, por lo que no se tuvo en cuenta la inexistencia de una prescripción médica y se ordenó a la entidad prestadora del servicio médico, entregar los elementos solicitados[56].

En otra oportunidad, y en el mismo sentido, se orientó la Sentencia T-692 de 2012[57], en la que la Corporación amparó el derecho de una joven de 23 años que padecía parálisis cerebral y cuadriparesia espástica severa, motivo por el que se encontraba postrada en cama y requería para su cuidado diario, entre otros insumos, paños húmedos, guantes, crema antiescaras e hidratante y silla especial para baño. Allí también la Corte autorizó la

entrega de los mismos, como quiera que existía una marcada relación entre los servicios asistenciales de cuidado y la garantía del goce efectivo de la vida digna de la agenciada.

Bajo esas mismas premisas, la Sentencia T-111 de 2013[58] estudió el caso de una mujer que padecía una enfermedad cerebro vascular isquémica trombolizada con transformación hemorrágica en territorio de la arteria cerebral, que le impedía valerse por sí misma como consecuencia de un estado de coma superficial. En esta oportunidad el uso de pañales desechables sí había sido indicado en su historia clínica, pero la entrega de una cama hospitalaria no había sido prescrita por lo que su agente oficioso la solicitó. La Corporación decidió ordenar la entrega de esta última a la EPS, ya que su suministro dada la necesidad de “(...) cambiar de posición permanentemente para evitar (...) [la] formación de escaras, [y la persistencia de] (...) una en la región lumbosacra que requiere de curación diaria (...), era vital para el tratamiento de la enfermedad y movilidad de la accionante, y [consideró] que al no autorizar la EPS su entrega, se [estaban] vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Clara Marchena de Montero, toda vez su no utilización [repercutía] directamente en el deterioro de su salud.”

Finalmente, en la Sentencia T-381 de 2014[59] se analizó el caso de una joven de 19 años de edad, que presentaba una atrofia bilateral de senos producto de una enfermedad relacionada con un trastorno endocrino congénito, motivo por el cual, a fin de mejorar los efectos negativos de esa patología, la autoestima y su calidad de vida, el médico tratante especialista en cirugía plástica le ordenó el procedimiento de “maxtopesia con prótesis mamarias Código NP 000177”, el cual estaba excluido del POS. La Corporación consideró que “no autorizar el procedimiento recomendado por el médico tratante, afecta, como se mostró en las consideraciones de la presente sentencia, de manera directa los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física, funcional, psíquica, emocional y social de la actora, lo cual se encuentra relacionado con la posibilidad de tener la apariencia de una mujer normal, de manera que pueda llevar una vida en condiciones de calidad y de dignidad”.

3.6.17 Ahora bien, teniendo en cuenta las citadas circunstancias, es preciso concluir que la Corte permite un margen de apreciación mucho más amplio, en orden a proteger efectivamente el derecho a la salud de aquellas personas que requieren con necesidad el suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales

para tener una vida en condiciones dignas aun cuando no aparezcan incluidos dentro del POS. Por tanto, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrarlos, siempre y cuando éstos sean vitales para garantizar una vida digna.

4 CASOS CONCRETOS

4.1 EXAMEN DE PROCEDENCIA

Respecto a la procedencia de la acción constitucional, observa la Sala que se trata de personas adultas mayores, quienes ante su delicado estado de salud, sus agentes manifiestan que no cuentan con ingresos suficientes para asumir los gastos que ellos generan a causa de sus padecimientos y vulnerabilidad, poniendo en riesgo la integridad física, la salud y la posibilidad de recuperación de sus agenciados.

Estos aspectos, indican claramente que se trata de personas de especial protección constitucional, que además de encontrarse en estado de debilidad manifiesta[60], pertenecen a un grupo social vulnerable, frente al cual el constituyente adoptó la decisión de brindar un cuidado especial[61], que puede ser exigido a través de la acción constitucional.[62]

4.1.1 Legitimación por activa

Los artículos 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991, indican que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas, pueden invocar directamente el amparo constitucional o hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, cuando no se encuentren en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

En efecto, tal como se precisó en la parte motiva de esta providencia, la Corte[63] ha reiterado que un tercero podrá actuar como agente oficioso sin que medie poder para el efecto, cuando el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio, siempre que esta circunstancia se exprese en el escrito de la tutela.

4.1.1.1 En el caso del expediente T-4862546, la señora María Fernanda Rondón Fernández

actúa en calidad de agente oficioso de su abuela la señora Ana De Jesús Fernández, quien tiene 82 años de edad. Por lo tanto, la Sala encuentra acreditada la legitimación en la causa por activa, puesto que quien interpone la acción de tutela es la nieta de la afectada, la cual, se trata de una persona que se encuentra en incapacidad física para solicitar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la empresa Coosalud ESS-EPS-S.

4.1.1.2 De igual forma, en el expediente T-4859332 la señora Nubia Lucía Martínez Sánchez, funge como agente oficioso de su progenitora, la señora Mariela Sánchez, que a la fecha cuenta con 73 años de edad, y padece de un accidente cerebro vascular izquémico.

4.1.1.3 Por último, en el caso del expediente T-4867229 la Sala también encuentra legitimado en la causa al señor Libardo Antonio Estrada Ramírez, quien actuó a nombre propio, y padece una situación de discapacidad que lo mantiene la mayor parte del tiempo en cama.

4.1.2 Legitimación por pasiva

En los casos expuestos se demandaron las entidades encargadas de prestar el servicio público de salud, lo cual es a todas luces acertado por ser las encargadas de autorizar y prestar los servicios e insumos solicitados, siendo las presuntas vulneradoras de los derechos fundamentales invocados, por lo cual dichas entidades se encuentran legitimadas en la causa por pasiva.

4.1.3 Examen de inmediatez

En los casos anteriormente señalados, se cumple con el requisito de inmediatez pues la negación de los tratamientos, medicamentos, elementos de aseo y demás servicios por parte de las EPS accionadas, se encuentran claramente dentro de los procesos dentro del tiempo prudencial para instaurar la presente acción de tutela.

Por tanto, el término transcurrido entre los hechos y la presentación de las acciones es razonable, y evidencia que la trasgresión era actual en el momento en que se hizo uso de la tutela para el amparo de los derechos.

4.1.4 Examen del cumplimiento del principio de subsidiariedad

Es claro para la Sala que las acciones de tutela proceden en estos casos, debido a que es el mecanismo idóneo para amparar los derechos de los aquí interesados, pues a través de ésta se protegen de manera oportuna las garantías invocadas. Además, los casos versan sobre tratamientos, medicamentos e insumos que si no se prestan puede estar en peligro la vida digna de los actores, situación que pone en evidencia la necesidad de la intervención del juez constitucional.

4.2 PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

4.2.1 Expediente T- 4867229

4.2.1.1 En este caso, el Libardo Antonio Estrada Ramírez, cuenta con 56 años de edad, y está vinculado a la Nueva EPS, que padece “discapacidad motora en miembros inferiores por secuela de trauma raquímedular a nivel T9-T10”, afección que le ha inmovilizado sus dos piernas hasta la ingle, razón por la cual no puede desplazarse por su propia cuenta dependiendo de terceros para ello. Por ello requiere de una silla de ruedas y del servicio de ambulancia para trasladarse a los distintos lugares donde debe recibir la atención en salud que su enfermedad exige, así como el acompañamiento de enfermería en casa, para vivir de manera digna.

Debido a que no controla los esfínteres, su médico tratante le recomendó el uso de pañales desechables, los cuales ha solicitado a la EPS accionada, quien los ha rechazado argumentando que no se encuentran incluidos en el POS. Igualmente, y como se observa de las pruebas aportadas al proceso, su discapacidad lo mantiene por mucho tiempo en cama, a lo que el accionante manifiesta que ese hecho le ha generado escaras en distintas partes del cuerpo, por lo que requiere de cremas antiescaras, pañitos húmedos y guantes. De igual forma, solicita alimentos multivitamínicos.

La entidad demandada en sus descargos sostiene que la prestación del servicio, los insumos, elementos y la multivitamina, no es posible suministrarlo debido a la carencia de órdenes médicas que sustenten su necesidad. También indica que al paciente se le han suministrado todos los servicios médicos en salud ordenados por su médico tratante y que su enfermedad así lo ha requerido.

En sentencia única de instancia, se declararon improcedentes las pretensiones del accionante, toda vez que no se aportaron pruebas de la solicitud de tales necesidades ni tampoco de la negación de los mismos.

4.2.1.2 De la contestación de la acción de tutela por parte de la entidad accionada, se extrae que las solicitudes fueron negadas por estar excluidas del POS y no son ordenadas por el médico tratante. Sin embargo, la historia clínica del paciente que consta a folios 6 al 14, se observan las siguientes anotaciones: “se dan recomendaciones Dieta, actividad física de acuerdo a su limitación. (...) humectación e hidratación de la piel, masajes terapéuticos, Estimular la reducción o mantenimiento del peso (...) asistir a los controles periódicos.”.

4.2.1.3 Así las cosas, si bien es cierto que no existe una orden expresa del médico tratante, esto no es óbice para no conceder el amparo al señor Libardo Antonio Estrada Ramírez, ya que fue su médico tratante el que hizo las recomendaciones en su historia clínica, y es él quien conoce los padecimientos y tratamientos pertinentes para el actor, y así considerar necesario los requerimientos prescritos. Por tanto el concepto del galeno debe prevalecer sobre los trámites administrativos que exigen las EPS para ordenar el suministro de las prestaciones del servicio, los insumos, elementos y las vitaminas que se requieran para llevar una dieta equilibrada cuando la necesidad lo exige.

4.2.1.4 Además, a pesar de los argumentos expuestos por la EPS al no autorizar la prestación del servicio por cuanto está excluido en el POS y por no estar autorizados expresamente a través de una orden médica, lo cierto es que se trata de una persona en situación de discapacidad a quien la Constitución le da una protección especial y reforzada, debido a su estado de vulnerabilidad, para lo cual, debe tenerse en cuenta las recomendaciones del médico tratante contenidas en su historia clínica, donde hace un recuento de las necesidades del paciente, y de la patología y tratamientos que requiere su enfermedad.

En todo caso, es claro que el accionante va a necesitar diferentes atenciones para tratar su padecimiento, por lo cual, en virtud del principio del derecho a la salud de integralidad y continuidad, se debe autorizar todo el tratamiento integral que requiera con ocasión de la patología que lo ha dejado en estado de discapacidad en sus miembros inferiores por el

trauma raquimedular a nivel T9-T10, y así garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales conculcados por la Nueva EPS.

4.2.2 Expediente T-4862546

4.2.2.1 En el presente caso la señora María Fernanda Rondón Fernández actúa como agente oficioso de su abuela, la señora Ana De Jesús Fernández, quien tiene 82 años de edad y presenta deterioro en su salud desde hace aproximadamente 5 años, la cual empeora con el tiempo.

Por esa razón su médico tratante le recomendó a su abuela el uso de una “Silla de ruedas para adulto a la medida del paciente; con espaldar y silla plegable, apoya pies abatibles y escualizables; llantas neumáticas sin aro, autoprofolser de picel desmonte” apropiada para la sintomatología que su agenciada padece y así poderla transportar a las diferentes citas médicas. Igualmente, su médico internista ordenó el servicio de enfermería por 12 horas diarias por 6 meses, debido a las limitaciones que presenta en su funcionalidad.

Pese a lo anterior, la accionada mediante formato de negación de servicios expedido por el Comité de Médicos tratantes, negó la solicitud argumentando que lo solicitado se encuentra excluido en el POS, según lo señalado en el numeral 6 del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013[64].

La accionante indica que pertenecen al SISBEN Nivel II y que su agenciada está afiliada en salud a Coosalud ESS -EPS-S desde el 11 de junio de 2001. Como la salud de su abuela se deteriora cada día, ni ella ni su familia cuentan con los recursos necesarios para solventar los gastos que requiere, que si bien algunos familiares trabajan, no alcanzan los ingresos para cubrir sus necesidades.

De la contestación de la acción de tutela, se extrae que la EPS-S accionada indicó que a la señora Ana De Jesús Fernández se le estaba suministrando el servicio de enfermería y medicina general domiciliaria de manera satisfactoria a través del prestador Home Care del Hospital Mario Correa Rengifo, situación que se podía verificar con la copia simple del registro de asistencia clínica y la historia clínica emitida por esa institución que consta en el folio 4 del escrito aportado por la entidad. Y, respecto al suministro de la silla de ruedas señaló que se encuentra expresamente excluida del POS, tal y como consta en los artículos

129 y 130 de la Resolución 5521 de 2013[65].

Por su parte, la Secretaría de Salud del Departamento del Valle, manifestó que a los Entes Territoriales no les está permitido prestar servicios asistenciales de salud directamente, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007, por lo tanto, son las EPS las que deberán garantizar a los afiliados al SGSSS el acceso efectivo a las tecnologías en salud, a través de su red prestadora de servicios. Y en lo concerniente a la silla de ruedas, si bien están excluidas del POS, ello no justifica que las EPS nieguen su autorización, toda vez que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias oportunidades se ha manifestado que se deben tener en cuenta las circunstancias en las que se debe prestar el servicio.

Pese a lo anterior, el juez de instancia negó el amparo por improcedente al considerar que la entidad accionada no vulneró los derechos fundamentales en el cumplimiento de la prestación del servicio de salud. Respecto de la silla de ruedas, indicó que no existe prescripción médica que avale el suministro de ella.

4.2.2.2 En el proceso se advierte que a la señora Ana De Jesús Fernández se le están suministrando los servicios de enfermería y de medicina general domiciliaria de manera frecuente a través del prestador Home Care del Hospital Mario Correa Rengifo, como se observa de las pruebas allegadas por la entidad accionada, situación que además, se puede verificar con la copia simple del registro de asistencia clínica y la historia clínica emitida por esa institución, que consta en los folios 20 al 23 del expediente.

4.2.2.3 Así las cosas, la Sala considera que si bien la agenciada está recibiendo la atención de los servicios de enfermería y de medicina general domiciliaria, es procedente que, debido a su avanzada edad, se ordene a la accionada que brinde todo el tratamiento integral para sus padecimientos, como medicamentos, citas y exámenes médicos, necesarios para el seguimiento de sus afecciones, toda vez que no se puede permitir que a través de ésta vía de amparo tengan que ser autorizadas, ya que por ser adulto mayor, en atención al principio de integralidad en el derecho a la salud, se le debe prestar un servicio completo, aclarando que son los servicios, medicamentos, citas, valoraciones, exámenes, etc., que el médico tratante prescriba.

4.2.2.4 Ahora bien, frente a la solicitud de la silla de ruedas, la Sala observa que, a pesar de no existir una orden del médico tratante sino una recomendación del mismo, la

Corporación en casos como el hoy estudiado, ha ordenado la entrega de ciertos elementos que permitan el cumplimiento de la protección al derecho fundamental a la vida digna.

La señora Ana De Jesús Fernández, es una persona adulta mayor de 82 años, atendida y cuidada por su nieta, quien manifiesta lo difícil que es para ella trasladarla a los distintos sitios donde debe recibir la atención médica que su delicado estado de salud necesita, y a pesar de los requerimientos a los médicos tratantes para que expidan una orden para el uso de la silla de ruedas, los galenos se niegan desconociendo la situación tan indigna que tiene que sufrir tanto la agenciada como su nieta.

Debido a sus múltiples padecimientos, y al no poder valerse por sí misma y necesitar la ayuda de su nieta para moverse, la silla de ruedas se convierte en un elemento esencial para poder sobre llevar su enfermedad, sin la cual, si bien no se compromete su vida, sí su derecho a la vida en condiciones dignas[66]. En esas circunstancias, resulta claro que la negativa de entidad de salud demandada de suministrar la silla de ruedas, por no mediar una orden médica, vulnera sus derechos fundamentales.

4.2.3 Expediente T-4859332

4.2.3.1 En este caso, la señora Nubia Lucía Martínez Sánchez, actúa en calidad de agente oficioso de su progenitora, la señora Mariela Sánchez, para quien solicita, a través de la acción de tutela, que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la integridad personal, presuntamente vulnerados por Capital Salud EPS-S, al negarle el suministro de los servicios médicos indispensables para llevar una vida digna debido a las patologías de la enfermedad que padece.

La señora Mariela Sánchez cuenta con 73 años de edad y pertenece al grupo de población del adulto mayor en situación de discapacidad, y se encuentra registrada al Sisben Nivel 1 desde el 27 de noviembre de 2011.

De acuerdo con la copia de la historia clínica que se aporta a folios 19 y 20, la agenciada presenta el siguiente diagnóstico médico: “accidente cerebro vascular izquémico a repetición, secuelas neurológicas dadas por disartria, hemiparesia izquierda, miocardiopatía mixta (isquémica e hipertensiva) en fase dilatada, incontinencia doble, demencia vascular no especificada, enfermedad pulmonar crónica obstructiva EPOC, bronquiectasis lóbulo

superior izquierdo, hipertensión pulmonar leve a moderada, osteoporosis.”

En la demanda, su hija afirma que su señora madre presenta un deterioro neurológico significativo que le ha generado una pérdida de movimientos en sus miembros inferiores y superiores, del habla, y de la visión, por lo que se ha convertido en una persona completamente dependiente para realizar sus actividades básicas, y que si bien recibe las visitas del médico domiciliario una vez al mes, y las de terapias físicas, ocupacionales, respiratorias y de lenguaje dos veces por semana, ésta requiere de un cuidado permanente que debe ser prestado por enfermería o un profesional en salud.

Igualmente, por el grado de postración de su señora madre, no ha podido acudir a las citas, controles, terapias y demás actividades con los especialistas, puesto que no puede movilizarla constantemente desde su domicilio hasta los lugares donde deben prestarle los servicios médicos, por lo que necesita que se le autorice el servicio de transporte. Así mismo, su madre no controla los esfínteres, por lo que requiere del uso de pañales desechables.

La accionante manifiesta que no cuenta con los recursos económicos para solventar los gastos que le genera su señora madre ya que es una persona de escasos recursos sin ningún tipo de ingreso estable mensual para suplir las necesidades de su familia.

Por su parte, el Ministerio de la Protección social, manifestó que frente al servicio de transporte el Plan Obligatorio de Salud establecido en la Resolución 5521 de 2013[67] contempla diferentes formas de cobertura de transporte. Respecto al servicio de enfermería, señala que el artículo 8 literal 6 de la citada resolución, lo define como una “Modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia.” Por lo tanto, se debe especificar si lo requerido es realmente una atención domiciliaria en el sentido que trae la Resolución 5521 de 2013 o un acompañamiento en el domicilio como necesidad más de carácter social que de salud. Sobre el suministro de pañales indica que la Resolución 5521 de 2013 en su artículo 130 señala las exclusiones específicas para el suministro de dichos elementos. Y respecto a la solicitud de atención integral, indica que ésta es muy genérica, por lo que es necesario que el médico tratante precise cuales son

los medicamentos y procedimientos que el paciente requiere.

Sin embargo, el juez único de instancia negó la solicitud al considerar que no se vulneraron los derechos invocados por la tutelante por cuanto no se aportaban las órdenes médicas que sugirieran la necesidad de los servicios pretendidos.

4.2.3.2 Sobre el particular, la Sala considera que a pesar de los argumentos expuestos por la EPS-S que señalan la no prestación del servicio por cuanto no existen las órdenes médicas que avalen el servicio y que los pañales desechables se encuentran excluidos del POS, lo cierto es que se está frente a una adulto mayor en situación de discapacidad que se encuentra protegido de manera especial en sus derechos fundamentales, por lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, deben prevalecer las necesidades de éste para que se le garantice una vida digna, teniendo en cuenta que además, es una persona sin recursos económicos propios suficientes para sufragar el costo que dichos servicios y/o elementos requiere, lo cual se infiere de su clasificación en el Sisben.

4.2.3.3 Finalmente, es claro que la agenciada va a necesitar otro tipo de atenciones para tratar su padecimiento, por lo cual, en atención al principio del derecho a la salud de integralidad y continuidad, se debe autorizar todo el tratamiento integral que requiera con ocasión de su patología, y así garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales conculcados. Por ello, Capital Salud EPS-S debe continuar prestando el servicio médico, y autorizar la atención domiciliaria en el sentido que trae la Resolución 5521 de 2013 o un acompañamiento en el domicilio, así como el suministro del servicio de transporte las veces que se requieran y la entrega de los pañales desechables, con recargo al FOSYGA.

4.3 CONCLUSIONES

4.3.1 Cuando se estudian casos de personas que gozan de especial protección constitucional, la Corte ha señalado que se deben tener en cuenta sus condiciones específicas para la aplicación de normas que pueden resultar muy estrictas y de difícil cumplimiento, en aras de proteger sus garantías fundamentales. Es así, como respecto del derecho a la salud se ha concluido que, en el caso de niños, mujeres embarazadas, personas en condición de discapacidad, adultos mayores, no se deben aplicar los requisitos de procedibilidad de manera estricta, sino se deben contemplar sus condiciones especiales,

para proteger derechos fundamentales que pueden verse vulnerados.

4.3.2 En los casos bajo estudio, en donde dos personas son adultas mayores y otra se encuentra en situación de discapacidad, se solicita la autorización de medicamentos, insumos y exámenes que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, se llegó a la conclusión de que, en aras de salvaguardar su derecho fundamental a la vida, a la integridad física, a la salud y a la vida en condiciones dignas, debía prevalecer la orden médica frente al concepto emitido por el Comité Técnico Científico, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte que señala que esta ponderación se puede llegar a hacer si: (i) la falta del tratamiento, medicamento, examen o insumo, excluido del POS amenaza la vida o la integridad del individuo, (ii) el tratamiento, medicamento, examen o insumo no puede ser sustituido por alguno incluido en el Plan Obligatorio, o pudiendo serlo, no ofrece los resultados en el nivel de efectividad que se necesita, (iii) el solicitante no tiene capacidad económica para sufragar lo solicitado y (iv) existe una orden médica que lo prescriba.

4.3.3 Frente a este último requisito, se tiene que en algunos casos a pesar de que no existe orden médica para la entrega de insumos y elementos, su negación afecta la integridad personal de los accionantes y les impide llevar una vida en condiciones dignas, siendo necesario su entrega para el efecto.

4.3.4 Por lo anterior, y teniendo en cuenta lo esgrimido, en el caso del señor Libardo Antonio Estrada Ramírez (Exp. T-4867229), se tutelarán los derechos fundamentales invocados, y (i) se revocará la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, Valle, el 10 de diciembre de 2014; y (ii) se ordenará al representante legal de la Nueva EPS o a quien haga sus veces, si no lo ha hecho, autorice y suministre al señor Libardo Antonio Estrada Ramírez, los insumos y elementos como cremas protectoras y antiescaras, pañitos húmedos, guantes, así como alimentos multivitamínicos, una silla de ruedas, servicio de transporte y servicio de enfermería en casa y demás servicios de forma integral que requiera para vivir de una manera digna.

4.3.5 En el caso de la señora Ana De Jesús Fernández (Exp. T-4862546), se tutelarán los derechos fundamentales invocados, por lo que (i) se revocará la decisión proferida por el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Cali, Valle, el 12 de febrero de 2015; y (ii) se ordenará al representante legal de Coosalud EPS-S o a quien haga sus veces, si no lo ha hecho,

autorice y suministre a la señora Ana De Jesús Fernández, una silla de ruedas para adulto a la medida del paciente con espaldar y silla plegable, apoya pies abatibles y escualizables; llantas neumáticas sin aro, autoprotector de picel desmonte, y el servicio de enfermería por 12 horas diarias por 6 meses ordenado por su médico internista tratante y demás servicios de forma integral que requiera para vivir de una manera digna.

4.3.6 Por último, en el caso de la señora Mariela Sánchez (Exp. T-4859332), se tutelarán los derechos fundamentales invocados, por lo que (i) se revocará la decisión proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, el 15 de diciembre de 2014; y (ii) se ordenará al representante legal de Capital Salud EPS-S o a quien haga sus veces, si no lo ha hecho, autorice y suministre a la señora Mariela Sánchez, el servicio de enfermería de conformidad con el requerimiento del médico tratante, el servicio de transporte, el suministro de pañales desechables y demás servicios de forma integral que requiera para vivir de una manera digna.

5 DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: En el expediente T-4867229, REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, Valle, el 10 de diciembre de 2014, que negó las pretensiones de la acción de tutela, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal y a la vida digna, al señor Libardo Antonio Estrada Ramírez, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la Nueva EPS o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si no lo ha hecho, autorice y suministre al señor Libardo Antonio Estrada Ramírez, los insumos y elementos como cremas protectoras y antiescaras, pañitos húmedos, guantes, así como alimentos multivitamínicos, una silla de ruedas, servicio de transporte y servicio de enfermería en casa y demás servicios de forma integral que requiera para vivir de una manera digna.

TERCERO: En el expediente T-4862546, REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Cali, Valle, el 12 de febrero de 2015, que negó las pretensiones de la acción de tutela, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la protección especial reforzada de las personas de la tercera edad a la señora Ana De Jesús Fernández, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: ORDENAR al representante legal de Coosalud ESS- EPS-S o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si no lo ha hecho, autorice y suministre a la señora Ana De Jesús Fernández, el suministro del servicio de enfermería por 12 horas diarias por 6 meses, y la entrega de una silla de ruedas para adulto a la medida del paciente, con espaldar y silla plegable, y demás especificaciones ordenadas por su médico tratante, y demás servicios de forma integral que requiera para vivir de una manera digna.

QUINTO: En el expediente T-4859332, REVOCAR la decisión proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, el 15 de diciembre de 2014, que negó las pretensiones de la acción de tutela, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la integridad personal, a la señora Mariela Sánchez, por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: ORDENAR al representante legal de Capital Salud EPS-S o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si no lo ha hecho, autorice y suministre a la señora Mariela Sánchez, el suministro del servicio de un auxiliar de enfermería, transporte y la entrega de pañales desechables, y demás servicios de forma integral que requiera para vivir de una manera digna.

SÉPTIMO: Por Secretaría General librar las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (e)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] “ARTÍCULO 130. EXCLUSIONES ESPECÍFICAS. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación -UPC- y son las siguientes: (...) 6. Medias elásticas de soporte, corsés o fajas, sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos, vendajes acrílicos, lentes de contacto, lentes para anteojos con materiales diferentes a vidrio o plástico, filtros o colores y películas especiales.”

[2] “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”.

[3] “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”.

[4] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[5] MP. Jaime Córdoba Triviño.

[7] Sentencia T-552 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[8] Sentencia T-845 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[9] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[10] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[11] Constitución Política, art. 13.

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

[13] Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[14] Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[15] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[16] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[17] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[18] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[19] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[20] Esta propuesta teórica fue inicialmente expuesta en sentencia T-573 de 2005 y posteriormente desarrollada en sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[21] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[22] Sentencia T-209 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz.

[23] Sentencia T-1185 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[24] La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”. El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “toda persona tiene

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

[25] Sentencia T-096 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[26] MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[27] Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[28] Ver Sentencia T- 285 de 2007 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[30] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”

[31] “por la cual se define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”.

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

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

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

[35] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[36] SU-480 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero.

[37] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[38] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[39] Sentencias T-236 de 1998; T-1019 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[40] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

[42] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[43] Sentencia T-760 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[44] Término señalado en la sentencia T-1204 de 2000, que ordenó a Colmena Salud EPS realizar el servicio requerido, que consistía en un examen de carga viral. “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.”

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

[46] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[47] Ibídem.

[48] Sentencia T-1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[49] Sentencia T-1204 de 2000, reiterada en las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

[50] Sentencia T-1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[51] M.P. Juan Carlos Henao Pérez

[52] Sentencia T-664 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[53] Sentencia T-1024 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[54] Sentencia 683 del 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[55] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[56] Sentencia T-160 de 2011: “Por otro lado, la dificultad en la locomoción que le impide a Miguel Antonio Olarte realizar, por si mismo, sus necesidades fisiológicas, permite inferir

razonablemente que necesita de este insumo, por lo que existe una conexión directa entre la dolencia, lo pedido en sede de tutela. (...) Así las cosas, esta Sala obviará el último de los requisitos reseñados, por cuanto, como quedó demostrado existe una clara afrenta a la vida en condiciones dignas del agenciado, que requiere, por su condición física, los pañales desechables y, adicionalmente, hay una conexión directa entre la dolencia y lo pedido en sede de tutela.”

[57] M.P. María Victoria Calle Correa.

[58] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[59] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[60] Artículo 13 de la Constitución Política.

[61] Artículo 47 de la Constitución Política.

[62] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[63] Sentencia T-294 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[64] “ARTÍCULO 130. EXCLUSIONES ESPECÍFICAS. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación -UPC- y son las siguientes: (...) 6. Medias elásticas de soporte, corsés o fajas, sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos, vendajes acrílicos, lentes de contacto, lentes para anteojos con materiales diferentes a vidrio o plástico, filtros o colores y películas especiales.”

[65] “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”.

[66] Ver sentencias T-1219 de 2003 y T-202 de 2008.

[67] “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”.