

T-474-19

Sentencia T-474/19

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de oxígeno domiciliario en pipetas y no en máquina generadora por razones económicas

GARANTIA DE ACCESIBILIDAD ECONOMICA EN SALUD Y PRINCIPIO DE GASTOS SOPORTABLES- Condiciones económicas de los usuarios para evitar que a los más pobres del sistema de salud, les sean impuestas cargas económicas desproporcionadas

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y COMPONENTE DE ACCESIBILIDAD-Reiteración de jurisprudencia

Referencia: Expediente T-7.273.545

Asunto: Acción de tutela instaurada por la Personería Municipal de Dosquebradas -Risaralda- en representación del señor Hernando Quintero Castaño en contra de Nueva EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, once (11) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela adoptados por la Sala de Decisión Penal del

Tribunal Superior de Pereira y del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del mismo ente territorial, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional presentada por la Personería Municipal de Dosquebradas –Risaralda– en representación del señor Hernando Quintero Castaño en contra de Nueva EPS S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes

(i) El accionante es una persona de ochenta y ocho años de edad[1], diagnosticado con Linfoma no Hodgkin de células pequeñas, desnutrición proteicocalórica moderada, carcinoma in situ de la piel y de otras partes, y tumor de comportamiento incierto o desconocido de tráquea[2].

(ii) Como consecuencia de los referidos padecimientos se le ordenó el uso de oxígeno domiciliario de manera permanente[3].

(iii) Para atender a la necesidad médica, Nueva EPS llevó a cabo la instalación de un concentrador de oxígeno, tras el cual se produjo un incremento significativo en el valor de la factura de energía eléctrica. Del material probatorio allegado se evidencia que entre la factura de energía del mes de agosto de 2018 y la del mes de diciembre del mismo año hubo un incremento de aproximadamente 205 kW/h en el promedio de consumo de energía de los últimos seis meses, pasando de 251 kW/h en promedio a 456 kW/h[4].

(iv) El incremento de consumo representó un aumento en la facturación mensual de aproximadamente \$150.000 pesos, pasando de \$134.782 en agosto a \$285.000 y \$297.481 pesos en septiembre y diciembre del mismo año respectivamente. Es decir, con posterioridad al inició del uso del concentrador de oxígeno hubo un incremento cercano al 100% del valor a cancelar.

(v) La Personería manifestó que su representado carece de los medios económicos para continuar realizando los pagos al servicio público de energía con el incremento referenciado. Al respecto, se constata que el actor reside en una vivienda de estrato 2[5], que se encuentra afiliado al régimen contributivo como beneficiario[6], que no cuenta con pensión[7] y manifiesta depender de su familia para su sostenimiento.

(vi) Mediante escrito presentado el 3 de septiembre de 2018, se le solicitó a la accionada Nueva E.P.S que suministrara el oxígeno requerido mediante balas, exponiendo la problemática del incremento en el valor de servicio de energía[8]. La petición fue negada al considerar que: “para lograr suplir el flujo de oxígeno requerido para el tratamiento de esta enfermedad harían falta al menos 20 balas de oxígeno grandes al mes; cantidad que en ningún hogar promedio en nuestro país podría ser albergada con seguridad”. Bajo esta consideración, la EPS concluyó que el concentrador de oxígeno es la mejor elección terapéutica[9].

(vii) En llamada telefónica realizada, en sede de revisión, el despacho del magistrado ponente se comunicó con el señor Antonio José Sánchez Núñez, quien manifestó ser el yerno del paciente y expuso que: (a) el señor Quintero Castaño depende económicamente de su esposa, quien devenga una pensión equivalente a un SMMLV; (b) la red de apoyo familiar con la que el agenciado cuenta es su esposa, su hija Gloria Teresa Quintero y el propio señor Sánchez Núñez, pero estos últimos tienen sus propias obligaciones económicas lo que no les permite cancelar los valores adeudados por el concepto de energía eléctrica; (c) actualmente las condiciones médicas descritas persisten; y (d) se debió acordar una refinanciación en el pago de la deuda adquirida por el servicio de energía. La sala aclara que estos elementos no están plenamente probados, pues fueron dados a conocer en una comunicación informal, pero permiten contar con elementos de juicio adicionales.

2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos descritos, la Personería Municipal de Dosquebradas interpuso la presente acción con el propósito de obtener al amparo de los derechos al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del señor Hernando Quintero Castaño, los cuales considera vulnerados por la negativa de prestar el servicio de oxígeno a través de balas o, en su defecto, subsidiar el servicio de energía eléctrica[10].

3. Respuesta de la entidad accionada

Mediante auto del 11 de diciembre de 2018 el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad admitió la presente acción de amparo, vinculó a la misma a la Central Hidroeléctrica de Caldas de Dosquebradas y corrió traslado de la acción de amparo y sus anexos a la entidad accionada para que ejerciera su derecho a la defensa y contradicción e

informara todo lo relacionado con las pretensiones de la accionante.

Sin embargo, la accionada Nueva EPS[11] guardó silencio ante la acción de amparo presentada, motivo por el cual, en aplicación del artículo 20 del Decreto-Ley 2591 de 1991, se tendrá por cierto los hechos expuestos por el accionante que son susceptibles de ser controvertidos.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

En sentencia del 24 de diciembre de 2018, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira negó el amparo solicitado, al considerar que no existió vulneración a derecho fundamental alguno, como quiera que no se acreditó la necesidad de oxígeno, pues no se presentó orden médica al respecto, y el presente no es uno de los casos donde el juez constitucional puede intervenir a pesar de la ausencia de la misma.

Por otra parte, consideró que no se puede imponer la carga de pagar recibos de servicios públicos a la EPS accionada, pues esta prestación le corresponder a la familia del señor Hernando Quintero Castaño en virtud del principio de solidaridad[12].

2. Impugnación

El Personero Delegado en Derecho de Petición, Medio Ambiente y Servicios Públicos del Municipio de Dosquebradas impugnó la decisión adoptada señalando que: (i) no se tuvo en cuenta las cargas económicas desproporcionadas que no pueden ser satisfechas por la parte actora; y (ii) el derecho a la salud abarca el componente de accesibilidad económica[13].

3. Segunda Instancia

En sentencia del primero de febrero de 2019, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira –Risaralda– confirmó la decisión del A-quo al considerar que, en la medida en que no obra en el expediente una orden del médico tratante, conceder las balas de oxígeno solicitadas permitiría o favorecería un caso de “automedicación” sin conocer las consecuencias que acarrearía el uso de dichos elementos[14].

III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

2. Problema jurídico y esquema de resolución

A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, este tribunal debe determinar si se configura una vulneración de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud y a la vida digna del señor Hernando Quintero Castaño, como consecuencia de la negativa de la Nueva EPS a suministrar el servicio de oxígeno a través de balas o, en su defecto, subsidiar el pago del servicio público domiciliario de energía. Para resolver el problema planteado se estudiará: (i) los requisitos de procedencia de la acción de amparo; y (ii) la accesibilidad como componente al derecho a la salud –reiteración jurisprudencial–.

3. Examen de procedencia de la acción de tutela

Previo al estudio de fondo es necesario verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de amparo contemplados en el artículo 86 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991. Es decir, se procederá con el análisis de la legitimación, la inmediatez y la subsidiariedad y, de encontrar satisfechos estos requisitos, se procederá con el estudio de fondo.

(i) Por un lado, el requisito de inmediatez se encuentra satisfecho, pues entre la negativa del suministro de oxígeno en balas[15] y la interposición de la tutela[16] transcurrió un poco más de tres meses, tiempo que se considera razonable, más si se tiene en cuenta que el representado es un sujeto de especial protección constitucional, por su avanzada edad y su estado de salud, lo que flexibiliza la valoración de este requisito. Adicionalmente, es claro que la presunta afectación a un derecho fundamental en este caso persiste en el tiempo, pues el incremento de energía eléctrica al cual se alude se perpetúa mientras el accionante utilice un concentrador de oxígeno.

(ii) El requisito de legitimación por activa también se encuentra acreditado, al ser la

Personería Municipal de Dosquebradas quien representa al señor Hernando Quintero Castaño, pues el artículo 10º del Decreto-Ley 2591 de 1991 faculta a los personeros municipales para acudir a la acción de amparo[17]. Por otra parte, la legitimación por pasiva se encuentra satisfecha al ser la accionada una entidad encargada de la prestación y gestión del servicio público de salud, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5[18] y el numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[19]

(iii) Finalmente, en lo relativo al requisito de subsidiariedad, es pertinente reiterar que, acorde con el artículo 86 de la carta política, la tutela es una acción de naturaleza excepcional y subsidiaria, lo que conlleva que solo procede cuando: (a) el titular de los derechos no cuente con otro medio de defensa judicial; o (b) existiendo dicho medio no resulte eficaz ni idóneo para la protección invocada y sea necesario adoptar una medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso la Sala de Revisión considera que a pesar de que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[20] le brinda a la Superintendencia de Salud funciones jurisdiccionales, incluyendo entre ellas la posibilidad de que se pronuncie sobre la negativa de la accionada de suministrar el tratamiento de oxígeno domiciliario en pipetas o balas, en aplicación de la jurisprudencia constitucional se debe considerar que la tutela es el mecanismo idóneo en este caso.

En ese sentido, es pertinente señalar que en reiteradas oportunidades esta corporación[21] ha expuesto que, con fundamento en los artículos 13 y 46 de la Constitución Política, las personas de la tercera edad cuentan con protección especial de su derecho a la salud en atención a sus circunstancias especialmente vulnerables y, en el presente caso, el representado no solo se encuentra dentro de dicho grupo poblacional, sino que, adicionalmente cuenta con diferentes patologías que lo ponen en un estado de indefensión y requiere de un cuidado urgente y permanente en el tiempo.

Así mismo, este tribunal se ha pronunciado sobre el referido mecanismo jurisdiccional, encontrando que el mismo no siempre resulta eficaz para resolver controversias en materia de salud. Al respecto, en la sentencia T-114 de 2019[22] se expuso que por medio del Auto 668 de 2018 la Corte Constitucional citó a audiencia pública en la que se pudo evidenciar que:

“(i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días que les otorga como término la ley; (ii) por lo anterior, existe un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico, que son su mayoría y entre las que se encuentran la reclamación de licencias de paternidad; (iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor, pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital”.

Por consiguiente, ante la situación excepcional del actor, la necesidad de una intervención urgente y las problemáticas que presenta el mecanismo consagrado en la Ley 1122 de 2017, la acción de amparo se torna procedente para estudiar la posible vulneración del derecho a la salud en el caso bajo estudio.

4. La accesibilidad como componente al derecho a la salud –reiteración jurisprudencial–

(i) La Constitución Política consagra en su artículo 49 la salud como un servicio público a cargo del Estado, y por ello debe garantizar su promoción, protección y recuperación. A su vez, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–, en su artículo 12º reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

La observación general No. 14 del PIDESC se pronunció sobre el referido derecho a la salud señalando como elementos esenciales del mismo la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad. Así mismo, respecto a la accesibilidad se señaló que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado y se reseñaron las dimensiones de dicho elemento esencial explicando que las mismas son: (a) no discriminación; (b) accesibilidad física; (c) accesibilidad económica; y (d) acceso a la información.

(ii) En lo que respecta al caso bajo estudio, el componente del derecho a la salud que, presuntamente, se encuentra amenazado, es la accesibilidad económica o asequibilidad, según la cual los pagos que se efectúen por los usuarios en aras de prestar los servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la

salud tienen que tener de presente el principio de equidad y, por consiguiente, los servicios de salud, ya sea que los preste directamente el Estado o a través de particulares, deben estar al alcance de todos, incluyendo a los grupos socialmente desfavorecidos. En otras palabras, el principio de equidad impone la obligación de garantizar que las personas de escasos recursos no padezcan la imposición de cargas económicas desproporcionadas.

En este sentido, esta corporación ha desarrollado en su jurisprudencia el principio de accesibilidad económica como uno de los elementos del derecho fundamental a la salud, imponiendo la obligación de valorar la capacidad económica de las personas a la hora de prestar los servicios de salud, en procura de evitar barreras infranqueables a las personas con menores ingresos económicos. Así mismo, se ha prohibido la pasividad o inacción de las EPS y demás entidades de salud a la hora de superar dichas barreras[23].

(iii) Respecto a la imposición de cargas económicas para el acceso al servicio de oxígeno, este tribunal se ha pronunciado, entre otras, en las sentencias T-379 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, T-501 de 2013, M.P. Mauricio Gonzales Cuervo, y T-199 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada. En dichas sentencias la Corte Constitucional abordó casos donde el suministro de oxígeno se presentó a través de concentradores y no de pipetas imponiendo cargas económicas desproporcionadas a los pacientes.

- La sentencia T-199 de 2013[24] estudió el caso de una mujer de 71 años que fue diagnosticada con una deficiencia cardíaca estado D y, en consecuencia, requería de oxígeno domiciliario. Dicho tratamiento se venía garantizando a través del suministro de balas de oxígeno y en agosto de 2012 la EPS accionada decidió modificar dicho suministro y hacer entrega de “oxígeno para ser activado con luz eléctrica”.

En dicha ocasión este tribunal, en sede de revisión, encontró que el accionante había fallecido, existiendo una carencia actual de objeto por daño consumado. Sin embargo, se pronunció de fondo sobre las pretensiones de la tutela y manifestó que en dicha ocasión la EPS trasladó al paciente los costos relacionados con el acceso a la provisión de oxígeno, lesionando de esta forma el derecho a la salud en su componente de asequibilidad. Por lo anterior, se concedió la protección solicitada y se dio una serie de ordenes entre las que se destaca la obligación de la EPS accionada de adoptar todas las medidas administrativas necesarias para asegurar que sus afiliados cuenten con la libertad de escoger entre la

provisión del oxígeno en pipetas o en concentrador si cumple con las siguientes condiciones: (i) ser una persona de la tercera edad; (ii) que por deficiencias cardíacas y/o pulmonares requiera de la provisión de oxígeno; y (iii) que su médico tratante hubiere prescrito el suministro de oxígeno de manera permanente.

- Así mismo, en la sentencia T-501 de 2013[25] esta entidad valoró el caso de un hombre de 81 años de edad quien fue diagnosticado con una enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) severa, hipertensión pulmonar severa, cardiopatía con manejo de ablación por taquicardia, por lo que el médico tratante le ordenó el uso de oxígeno domiciliario durante doce horas al día.

En aquella ocasión la EPS accionada instaló desde un principio una maquina concentradora de oxígeno, tras lo cual el recibo del servicio público de energía se incrementó de \$80.000 a \$177.000. En dicha oportunidad se consideró que la EPS no tuvo en cuenta la falta de capacidad económica del agenciado para suministrar el oxígeno en condiciones económicas viables para el paciente y su núcleo familiar.

Igualmente, esta corporación evaluó que la formulación médica prescribía “oxígeno domiciliario a 2 litros minuto 12 horas al día”, sin que se especificara si el gas se debía suministrar en pipetas o con concentrador, entendiéndose entonces que era indiferente la forma de suministro siempre y cuando se cumplan las indicaciones de cantidad y calidad.

- Finalmente, en la sentencia T-379 de 2015[26] esta corporación estudió el caso de una mujer de 59 años de edad que presentaba un diagnóstico de Epoc oxígeno dependiente” por lo que se prescribió el uso de oxígeno medicinal con concentrador eléctrico y, al igual que en los anteriores casos, la utilización de dicho elemento conllevó un incremento en el servicio de energía eléctrica que la familia no estaba en capacidad de soportar.

En esta ocasión se dijo que la EPS accionada, por intermedio del médico tratante, lesionó el derecho a la salud en su componente de asequibilidad pues no tuvo en cuenta la situación socioeconómica. Por lo cual, se ordenó a la EPS accionada suministrar el oxígeno mediante pipetas.

(iv) En conclusión el componente de accesibilidad económica o asequibilidad del derecho a la salud no solo es de gran importancia para el desarrollo de dicha garantía fundamental,

sino que además es susceptible de ser protegido por medio de la acción de amparo. Adicionalmente, se observa que la Corte Constitucional ha construido una regla jurisprudencial según la cual las EPS están en la obligación de evaluar las condiciones y capacidades socioeconómicas de los pacientes y su núcleo familiar a la hora de determinar los diferentes tratamientos médicos que se pueden dar, sin que sea dable que se constituyan barreras económicas infranqueables que lesionen o pongan en riesgo tanto el derecho a la salud y la vida digna como el derecho al mínimo vital.

5. Caso Concreto

(i) En el caso bajo estudio, un adulto mayor de 88 años de edad[27], quien reside en una vivienda de estrato 2[28], que está afiliado a Nueva EPS en el régimen contributivo como beneficiario[29] y que fue diagnosticado con carcinoma in situ de la piel, desnutrición proteicocalórica moderada, linfoma no hodgkin de células pequeñas (difuso) y tumor de comportamiento incierto o desconocido de tráquea, bronquios y de pulmón[30], razón por la cual requiere como parte de su tratamiento el suministro de oxígeno[31].

Por lo anterior, la EPS accionada le hizo entrega de un concentrador de oxígeno, tras lo cual incrementó en aproximadamente un 100% el valor del servicio de energía eléctrica[32]; por este motivo solicitó a la Nueva EPS que el suministro de oxígeno se realizara a través de pipetas. Dicha petición fue resuelta de manera desfavorable al considerar que por el nivel de oxígeno requerido, se debería suministrar 20 pipetas al mes, exponiendo al señor Hernando Quintero Castaño y a su familia a riesgos de accidentes por el “peso de las balas”[33]. Ante la negativa, el accionante actuando a través de la personería, acudió a la acción de amparo solicitando que la EPS subsidie parte del servicio de energía o, en su defecto, se suministre el oxígeno mediante balas o pipetas.

(ii) Los jueces de instancia negaron la protección al derecho invocado bajo dos premisas: (a) no existe prescripción del médico tratante para la entrega de oxígeno por medio de pipetas; y (b) no es factible hacer entrega de subsidios a la energía por parte de una EPS.

– En primer lugar, para esta Sala de Revisión no es de recibo la argumentación expuesta por los jueces de instancia según la cual, como quiera que no se evidencia orden médica, de

conceder la protección solicitada se estaría favoreciendo la automedicación, pues aunque efectivamente no obra en el expediente dicha orden, sí existen elementos de juicio que permiten concluir que el oxígeno es requerido. Por un lado, fue allegada parte de la historia clínica del accionante donde no solo se vislumbran las patologías de las que adolece, sino que también es claro que se ordenó el uso de oxígeno, pues incluso se decidió mantener en hospitalización al representado hasta cuando contara con el servicio domiciliario del mismo[34]. Igualmente, a la hora de dar respuesta a la solicitud planteada por la familia del señor Quintero Castaño, sobre el suministro de oxígeno a través de pipetas, la EPS accionada se limitó a manifestar que dicha situación conllevaría un riesgo para el paciente y su núcleo familiar, más no contravirtió la existencia de la necesidad del suministro de oxígeno. Ahora bien, sí existe incertidumbre sobre el lapso de tiempo durante el cual se requiere, pues no hay certeza si el uso de oxígeno es temporal y está ligado a la superación de las condiciones que lo llevaron a la hospitalización o si el mismo será requerido por el resto de vida del paciente.

- Por otra parte, es pertinente señalar que está acreditada la incapacidad económica del actor y su familia para asumir el incremento del valor en el servicio de energía, esto por las siguientes razones: (a) El accionante reside en una vivienda de estrato 2, aunque por se esta no es prueba suficiente de la imposibilidad de asumir el incremento del servicio de energía, es un indicativo de la situación socioeconómica del señor Quintero Castaño; (b) Así mismo, aunque el actor se encuentra en el régimen contributivo, lo cierto es que se encuentra afiliado como beneficiario, lo que prueba que no cuenta con ingresos propios ya sea de una pensión u otra fuente; (c) para noviembre de 2018 el valor a pagar por el servicio de energía fue \$814.380[35], lo que muestra el incremento paulatino en la deuda contraída con la Central Hidroeléctrica de Caldas -CHEC- por la prestación del referido servicio; y (d) en aplicación de la presunción de veracidad, como quiera que a la EPS accionada se le solicitó que rindiera un informe sobre la información expuesta en la acción de amparo, sin embargo dicha entidad guardó silencio, aun estando en capacidad de controvertir la alegada incapacidad económica.

Adicionalmente, acorde a lo expuesto por el señor Antonio José Sánchez Núñez[36], los ingresos con los que cuentan el núcleo familiar del señor Quintero Castaño son de aproximadamente \$829.000 pesos y se utilizan para la subsistencia de dos personas, por lo cual un incremento cercano a \$150.000 pesos equivaldría a disponer de alrededor de una

quinta parte del total de los recursos económicos exclusivamente destinados a cancelar el aumento en el costo de un único servicio público. Ahora bien, como se expuso antes, no está plenamente probado que los ingresos mensuales sean los expuestos por la familia del paciente. Sin embargo, existen elementos de juicio que permiten dar credibilidad a dicha versión, añadiendo a esto que la parte pasiva en ningún momento contradijo las afirmaciones realizadas en la acción de amparo ni mucho menos allegó elementos probatorios que desdigan de la alegada incapacidad económica.

- Con lo anterior, la Sala no desconoce el principio de solidaridad[37], según el cual la familia del señor Quintero Castaño cuenta con un deber de apoyarlo y ayudarlo en aras de garantizar el disfrute del derecho a la salud. Sin embargo, el principio de solidaridad no puede ser utilizado como excusa para imponer cargas económicas desmedidas en el núcleo familiar de un paciente, pues esto lesiona el derecho a la salud en su componente de asequibilidad. Así pues, se reconoce que la familia del señor Quintero Castaño es la primera llamada a solidarizarse y obrar en procura de la satisfacción de las necesidades provenientes de las afectaciones de salud, pero acorde a lo esgrimido por la parte activa y que no fue desvirtuado por al EPS accionada, en este caso la carga económica impuesta rebosa las posibilidades de respaldo.

- Con estos elementos expuestos, se concluye que efectivamente se presentó la interposición de una barrera económica para el acceso a un tratamiento médico requerido, lesionando de esta forma el derecho a la salud en su componente de asequibilidad. Igualmente, se observa que la Nueva EPS no tuvo en cuenta en ningún momento la situación socioeconómica del señor Quintero Castaño ni de su familia, obligación que le recaía precisamente como forma de prevenir la afectación de la accesibilidad económica del derecho a la salud. Por lo anterior, la Sala procederá a revocar la sentencia bajo revisión y, en su lugar, concederá la protección solicitada, no sin antes realizar un pronunciamiento final sobre las ordenes a emitir teniendo en cuenta los elementos allegados al expediente.

(iv) El caso bajo estudio tiene elementos facticos que lo diferencian de la jurisprudencia reseñada en acápites anteriores que requieren un análisis adicional:

(a) Por un lado, no existe orden médica para el servicio de oxígeno, si bien esto no

conlleva que la necesidad de oxígeno no se encuentre acreditada, si plantea la incertidumbre de si para el señor Quintero Castaño la utilización de pipetas o de concentrador son equiparable e igualmente eficaces para el tratamiento de las diversas patologías. Así mismo, como se expuso anteriormente, no se conoce si la necesidad persiste en las mismas condiciones que las referidas en la historia clínica allegada y si será una prestación temporal o permanente. En este punto, se debe dejar constancia que el plan de beneficios de salud -PBS- consagra el suministro de oxígeno, sin establecer la obligatoriedad de una u otra forma de suministro[38].

(b) A diferencia de otros casos, la negativa de la Nueva EPS se da con argumentos técnicos respecto a la seguridad del uso de pipetas por parte del señor Quintero García.

Así pues, considera la Sala estos cuestionamientos desbordan la órbita del juez constitucional y le corresponde al médico tratante y a las entidades prestadoras de salud resolverlas, teniendo en cuenta para ello tanto los riesgos que pueden presentarse como las condiciones socio-económicas y el dictamen médico del paciente.

Por consiguiente, se ordenará la realización de una valoración médica que determine con exactitud la necesidad actual de oxígeno domiciliario por parte del paciente, así como los tratamientos viables para la atención de la misma. Igualmente, se dispondrá que se lleve a cabo una evaluación técnica y jurídica que permita establecer la mejor forma de prestar los tratamientos médicos requeridos, ya sea la utilización de pipetas, el pago de un determinado monto económico[39] o cualquier medio factible, sin que se traslade la carga económica de los mismos al actor y garantizando su seguridad. Sin embargo, en procura de que estas actuaciones no se dilaten indefinidamente y se preste para la continuación de la afectación al derecho a la salud esta corporación establecerá un tiempo límite de 20 días, contados desde la notificación de esta sentencia, para determinar y empezar a aplicar la estrategia seleccionada que garantice el acceso a los servicios médicos ordenados, en caso contrario se deberá suministrar el oxígeno a través de pipetas asegurando que el mismo sea proporcionado de manera tal que no imponga un riesgo al paciente y su núcleo familiar.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el primero de febrero de 2019 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira que, a su vez, confirmó la sentencia proferida el 24 de diciembre de 2018 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, que resolvió la acción de amparo interpuesta por la Personería Municipal de Dosquebradas –Risaralda– en representación de Hernando Quintero Castaño y, en su lugar, CONCEDER la protección a los derechos fundamentales a la salud y vida digna del señor Hernando Quintero Castaño.

Segundo.- ORDENAR que la accionada Nueva EPS adelante, en el marco de sus competencias, todos los trámites necesarios para determinar la necesidad actual del actor respecto a la utilización de oxígeno y los posibles métodos para satisfacer dicha necesidad, acorde a lo expuesto de esta providencia.

Tercero.- ORDENAR que, una vez establecida la necesidad actual del señor Hernando Quintero Castaño y las tecnologías que el médico tratante determine que pueden ser utilizadas, la Nueva EPS realice un estudio técnico-jurídico para adoptar la medida que garantice la prestación del servicio, sin imponerle cargas económicas desmedidas al señor Hernando Quintero Castaño, garantizando su seguridad y respetando el cumplimiento de las funciones y competencias propias de una empresa promotora de salud.

Cuarto.- ORDENAR que de no haberse adoptado ningún mecanismo para el suministro de oxígeno requerido superados los 20 días de la notificación de esta providencia se proceda a provisionar el mismo a través de pipetas, garantizando la seguridad del señor Hernando Quintero Castaño y de su núcleo familiar.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA T-474/19

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA T-474/19

LEY ESTATUTARIA QUE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Componentes de integralidad, accesibilidad y oportunidad bajo ley Estatutaria 1751 de 2015 (Aclaración de voto)

PRACTICA DE PRUEBAS EN TUTELA-Pruebas recaudadas de manera informal, como las llamadas telefónicas, deben quedar consignadas en un documento dentro del expediente, como constancia de la actuación ejecutada (Aclaración de voto)

Si bien la acción de tutela está investida de informalidad, también lo es que al ser un proceso de naturaleza judicial debe garantizar en todo caso el debido proceso de las partes, el cual implica entre otros, la publicidad de las decisiones judiciales, como quiera que todas las personas tienen derecho a ser informadas de la existencia de procesos o actuaciones que modifican, crean o extinguen sus derechos y obligaciones jurídicas, así como los medios probatorios, pues sólo si se conocen, se puede ejercer el derecho de defensa que incluye garantías esenciales para el ser humano, tales como la posibilidad de controvertir las pruebas que se alleguen en su contra, la de aportar pruebas en su defensa, la de impugnar la sentencia condenatoria y la de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Referencia: Expediente T-7.273.545

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto acostumbrado, aclaro mi voto frente a la decisión adoptada en la Sentencia T-474 de 2019, por las razones que seguidamente expongo.

1. Comparto la adopción de la medida de protección de los derechos fundamentales a la salud y vida digna del accionante, justificada en la imperiosa necesidad de garantizarle de manera oportuna la obtención del oxígeno domiciliario en la presentación que no menoscabe la accesibilidad económica o asequibilidad como componente del derecho a la salud.

No obstante, considero que el marco normativo orientado a dar solución al planteamiento jurídico formulado, debió partir de un análisis de las disposiciones constitucionales -como fuente primaria de los derechos que se pretenden amparar-, y consecuentemente, de los cuerpos legales promulgados por el Legislador, para regular de manera especial los asuntos a dirimir. Así, para el caso sub examine, resultaba pertinente, no solo hacer alusión al artículo 49 de la Carta Política, sino también acudir a la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que regula de forma específica el derecho fundamental a la salud, en la cual se le delimita como un derecho “autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”. En ella se resaltan también sus elementos esenciales, tales como i) disponibilidad, ii) aceptabilidad, iii) accesibilidad y iv) calidad e idoneidad profesional que comprenden este derecho, los cuales fueron previamente citados y desarrollados por la jurisprudencia constitucional al incluir en

sus sentencias las consideraciones del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales en su Observación General No. 14 sobre el derecho a la salud. Así mismo, debió incluir un análisis de los servicios excluidos del Plan de Beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud, en los términos de la Resolución 5269 de 22 de diciembre de 2017[40], como información pertinente para resolver el caso. En efecto, la sentencia debió cimentar la decisión judicial preservando la jerarquía existente en el ordenamiento jurídico colombiano.

2. En segundo término, en el acápite correspondiente a los “hechos relevantes”, en su último aparte, se explicó que mediante llamada telefónica realizada, en sede de revisión, el despacho del magistrado ponente obtuvo información sobre la situación familiar y económica del señor Hernando Quintero Castaño.

Al respecto, se ha de precisar que, si bien la acción de tutela está investida de informalidad[41], también lo es que al ser un proceso de naturaleza judicial debe garantizar en todo caso el debido proceso de las partes, el cual implica entre otros, la publicidad de las decisiones judiciales, como quiera que todas las personas tienen derecho a ser informadas de la existencia de procesos o actuaciones que modifican, crean o extinguen sus derechos y obligaciones jurídicas, así como los medios probatorios, pues sólo si se conocen, se puede ejercer el derecho de defensa que incluye garantías esenciales para el ser humano, tales como la posibilidad de controvertir las pruebas que se alleguen en su contra, la de aportar pruebas en su defensa, la de impugnar la sentencia condenatoria y la de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

De acuerdo con lo expuesto, para hacer tangible dicha garantía se hace necesario que las pruebas recaudadas de manera informal dentro del proceso de tutela -como las llamadas telefónicas- queden consignadas en un documento dentro del expediente, como constancia de la actuación ejecutada; en la que se determine el nombre de quién efectuó la llamada, de quien la recibió, el número telefónico y la fecha en que se llevó a cabo, así como la información recaudada en aras de ponerla en conocimiento de las partes en cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015[42] de esta Corporación, que dispone que “[u]na vez se hayan recepcionado [las pruebas], se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General”.

En estos términos, aunque difiero en los puntos enunciados, comparto la decisión adoptada en el caso específico; porque, i) si bien su fundamento jurídico partió de una Observación General de El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-, en últimas su contenido fue la fuente de inspiración para la expedición de la ley estatutaria en comento, y ii) la prueba practicada vía telefónica por el Despacho Sustanciador, no fue determinante en la decisión, en tanto concurren otros medios probatorios sobre la misma situación fáctica, aunado a que operó la presunción de veracidad de que trata el artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Fecha ut supra,

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

[1] Nació el 17 de abril de 1931, como consta en la fotocopia de la cédula allegada (folio 11 del cuaderno principal).

[2] Folio 15 del cuaderno principal.

[3] Folio 15 del cuaderno principal.

[4] Folios 8, 9 y 10 del cuaderno principal.

[5] Como consta en los recibos de energía eléctrica allegados.

[6] Información obtenida al realizar la consulta a la base de datos del ADRES.

[7] Información obtenida al realizar la consulta a la base de datos del ADRES.

[9] Folio 12 del cuaderno principal.

[10] Folio 5 del cuaderno principal.

[11] Entidad del sector descentralizado por servicios, acorde al artículo 38 de la Ley 289 de 1998.

[12] Folios 22 a 24 del cuaderno principal.

[13] Folios 27 y 28 del cuaderno principal.

[14] Folios 35 a 37 del cuaderno principal.

[15] El 4 de septiembre de 2018, acorde al folio 12 del cuaderno principal.

[16] El 11 de diciembre de 2018, acorde al folio 19 del cuaderno principal.

[17] Artículo 10º del Decreto-Ley 2591 de 1991: “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera 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 defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales” (subraya fuera del texto original).

[18] Artículo 5º del Decreto-Ley 2591 de 1991: “Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”.

[19] El numeral segundo del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece que la tutela procede “Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía”.

[20] Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

[21] Al respecto, es menester señalar que, entre otras, las sentencias T-379 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, T-501 de 2013, M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo, T-199 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada y T-736 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández abordaron casos referidos al suministro de oxígeno y las cargas económicas impuestas los usuarios, encontrando que la acción de amparo se torna procedente para debatir esta temática.

[22] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[23] Ver la sentencia T-379 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[24] M.P. Alexei Julio Estrada.

[25] M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

[26] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[27] Consta que el señor Hernando Quintero Castaño nació en abril de 1931, folio 11 del cuaderno principal.

[28] Como se puede ver en las diferentes facturas allegadas, folios 8 a 10 del cuaderno principal.

[29] Acorde a la consulta realizada en el ADRES el día 12 de junio de 2019.

[30] Como se puede observar en el folio 15 del cuaderno principal.

[31] En la historia clínica allegada se estableció el uso permanente de oxígeno como parte de los tratamientos requeridos, folio 15 del cuaderno principal.

[32] Al respecto, se encuentra probado que entre enero y mayo de 2018 el accionante y su núcleo familiar debían cancelar entre \$89.450 y \$132.300, mientras que en los meses siguientes el valor osciló entre \$256.000 y \$297.000, como consta en los folios 8, 9, 10 y 14 del cuaderno principal.

[33] Folio 12 del cuaderno principal.

[34] En el folio 15 del cuaderno principal obre historia clínica del representado, en la cual

se expone: “no se ha confirmado el suministro del oxígeno domiciliario. Por lo tanto, no es posible generar el egreso. Se suspende hasta que tengan el oxígeno en casa”.

[35] Folio 8 del cuaderno principal.

[36] Como se expuso en el numeral (vii) del acápite de hechos.

[37] Al respecto, la sentencia T-730 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que: “el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.” Este pronunciamiento fue reiterado en la sentencia T-215 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[38] Al respecto, se puede ver la Resolución 5857 del 26 de diciembre de 2018, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, que consagra en el artículo 44: “el suministro del oxígeno gas, independientemente de las formas de almacenamiento, producción, transporte, dispensación o aplicación, tales como: bala, concentrador o recarga, entre otras bajo el principio de integralidad”.

[39] Es de aclarar que, en caso de que Nueva EPS encontrase jurídicamente viable, más eficiente y en concordancia con las ordenes que emitiera el médico tratante, el financiamiento del servicio de energía, el monto a subsidiar se deberá calcular con parámetros objetivos, como lo es el consumo de energía ocasionado por un concentrador de oxígeno, y estar exclusivamente destinado a costear el incremento en el costo del servicio que genera la tecnología de la salud aludida, sin que pueda exigirse que se entre a cancelar el total de la factura o que se entre a evaluar exclusivamente un incremento histórico.

[40] “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

[41] Decreto Ley 25914 de 1991, art.14 "Contenido de la solicitud. Informalidad. En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.

No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno".

[42] Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional.