

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA EN CASOS DE SALUD

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SU PROTECCION POR TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SITUACIONES EN LAS QUE SE PUEDE APLICAR LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LAS EXCLUSIONES DEL POS

La Sala encuentra pertinente indicar que, contrario a lo dicho por el juez de instancia, la acción constitucional procede para proteger los derechos del accionante, por encontrarse actualmente afectados. Pues a pesar de que los documentos (historia clínica y órdenes medicas) aportados como prueba al expediente fueron expedidos hace un tiempo por médicos adscritos al ISS, lo cierto es que a partir del 1° de agosto de 2008 la Nueva EPS asumió la prestación de los servicios de seguridad social en salud que a dicha fecha tuviera la EPS del ISS, y “ha venido atendiendo todos los servicios médicos requeridos por el señor en especial los requeridos con ocasión a la patología que presenta”, de lo expuesto se infiere entonces, que los médicos adscritos a la Nueva EPS conocen de las dolencias y padecimientos que aquejan al demandante y la necesidad urgente de los insumos pedidos. Luego el tema de la inmediatez no puede invocarse, en este caso, pues como está probado, la afectación del derecho es actual por cuanto sigue prolongándose en el tiempo, ha sido continua. Conforme a lo expuesto, es evidente que se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida digna, a la salud y a la integridad física del accionante. En consecuencia, se concederá la tutela interpuesta ordenando a la Nueva EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre las “Bolsas de colostomía con sus barreras y Sondas Nelaton”, en la cantidad que a diario requiere el peticionario, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS, así como el tratamiento médico integral diario que necesita para sus heridas -curación y limpieza- .

CONCEPTO TECNICO DEL COMITE TECNICO CIENTIFICO PARA ORDENAR MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS

Referencia: expediente T-2242576

Acción de Tutela instaurada por César Andrés Ortiz contra la Nueva EPS

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Bogotá el 16 de marzo de 2009, en el proceso de tutela promovido por el señor César Andrés Ortiz contra la Nueva EPS.

### 1. ANTECEDENTES

El señor César Andrés Ortiz instaura acción de tutela reclamando la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social, los cuales considera vulnerados por parte de la entidad demandada. Apoya la solicitud en los hechos que a continuación se resumen.

### 1. HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1.1.1 El peticionario manifiesta haber quedado parapléjico debido a un disparo que recibió en el año 2000. Esta condición lo obliga a permanecer la mayor parte del tiempo

sentado en su silla de ruedas, hecho que le genera una serie de úlceras (llagas) en su espalda; como éstas heridas alcanzaron el hueso debe recibir curaciones a diario demandando el uso de elementos como apósitos de diferente tamaño, gasas, guantes, etc. Sin embargo, expresa que en el Centro de Atención -CAA- de Candelaria donde atienden la higiene de las lesiones nunca se encuentran los implementos necesarios para realizar el procedimiento.

1.1.2. Indica, haber sido intervenido quirúrgicamente de una Escara Sacra de 20 x 20 por lo cual le colocaron Bolsas de Colostomía con sus Barreras para aislar la herida de la deposición -requiere al mes cinco-. Además, dice necesitar 4 Sondas Nelaton diarias indispensables para evacuar la vejiga. La entidad demandada se niega a suministrarle dichos elementos por encontrarse fuera del POS.

1. Asegura que dicha negativa genera un grave deterioro en su salud debido a las recurrentes infecciones que se presentan, ante la imposibilidad de comprar y cambiar los implementos con la frecuencia indicada por los médicos.

1.1.4. Afirma igualmente, que no le es posible asumir el costo de los elementos citados, pues los gastos de manutención, transportes, alimentación, etc, los cubre con la pensión de invalidez que percibe, la cual asciende a la suma de un salario mínimo mensual vigente.

1.1.5. De acuerdo con lo expuesto, solicita el accionante ordenar a la Nueva EPS disponer la atención médica integral necesaria para el manejo de su patología, toda vez que al negarla se pone en riesgo su integridad personal y le impide llevar una vida digna.

## 1. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

La apoderada de la Nueva EPS regional Bogotá se opuso a la pretensión de amparo promovida por el señor César Andrés Ortiz. Como fundamento de defensa, la entidad manifiesta que los insumos requeridos por el usuario se encuentran excluidos del POS, y que los mismos pueden ser aprobados a través del Comité Técnico Científico de acuerdo

con la resolución 3099 de 2008 expedida por el Ministerio de la Protección Social que reglamenta su constitución y funcionamiento. Los afiliados de las EPS deberán presentar las solicitudes de medicamentos que se encuentren por fuera del POS, para que el Comité determine, previo el lleno de los requisitos establecidos por la resolución 3099 de 2008, si autoriza el suministro del medicamento solicitado o no. El Comité Técnico Científico dentro de los ochos (8) días hábiles siguientes a la presentación de solicitud de servicios NO POS, se pronunciará de fondo.

Para el efecto, precisó que en estos casos y sin perjuicio del curso dado a la acción propuesta por el accionante, “es obligación de la EPS y del solicitante agotar el procedimiento de solicitud, estudio y aprobación ante el Comité Técnico Científico para el suministro de procedimientos y/o medicamentos que no se encuentran contemplados dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud. Por esta razón el Comité se debe reunir ante la necesidad del usuario de unos medicamentos excluidos del POS, con el único fin de estudiar la viabilidad de otorgarlos o no, de tal forma que en el evento de que efectivamente el medicamento no sea viable, el Comité indicará otro medicamento que pueda ser compatible para el tratamiento y/o procedimiento que se requiera dentro del caso concreto.”

Ahora, respecto de los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales en tratándose de los requisitos que se deben observar para la procedencia e inaplicación de las normas de rango legal para conceder las acciones de tutela por concepto de medicamentos y/o procedimientos NO POS, hay que decir que en el caso objeto de debate, no se encuentran dadas las condiciones necesarias para la procedencia del amparo, toda vez que el servicio médico solicitado por el peticionario ordenado por un médico adscrito a la Nueva EPS, no ha sido establecido de manera ostensible dentro del presente proceso como quiera que aporta a la actuación procesal órdenes médicas que datan del año 2003.

Señala que, para la procedencia de la acción de tutela en contra de una EPS, se deben configurar todos y cada uno de los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia constitucional, pues son de la esencia misma de la actuación, en consecuencia la falta de uno de ellos, torna improcedente la acción, como ocurre en el presente caso.

## 1. DECISIÓN JUDICIAL

FALLO ÚNICO DE INSTANCIA: JUZGADO TREINTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Mediante sentencia del 16 de marzo de 2009, el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, denegó el amparo constitucional solicitado bajo los siguientes argumentos:

El juez constitucional observa, que para el caso en estudio y de la valoración del acervo probatorio arrojado no se configuran los presupuestos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para inaplicar la normatividad vigente en materia de procedimientos o elementos NO POS. Llama especialmente la atención del despacho la fecha de la prescripción médica, que obra a folio 10 de marzo 26 de 2003, es decir, hace más de 6 años, por lo que dicho documento no se puede hacer valer por razones de inmediatez, además dicha orden emana de la EPS Seguro Social, sin que se advierta una renovación por parte de la Nueva EPS (institución que absorbió el Seguro Social), ni por nuevo médico tratante.

Bajo dicho entendido considera el a quo que no están probados todos los elementos indicados por la Corte como presupuestos de procedencia de la acción de tutela, frente a los insumos NO POS. Siendo ello así, encuentra el despacho que las súplicas del accionante no deben ser acogidas, como quiera que no existe prescripción efectuada por el médico tratante adscrito a la Nueva EPS, por tanto la entidad demandada no ha vulnerado derecho fundamental alguno como manifiesta el peticionario.

## 1. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo fueron aportadas, las siguientes pruebas documentales:

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía (folio 7)

1. Comprobante de pago pensiones del ISS (folio 8)

1. Fotocopia del resumen de la historia clínica dada por Seguro Social con fecha junio 29 de 2001 (folio 5)

1. Fotocopia fórmulas médicas Clínica San Pedro Claver fechadas marzo 26 y mayo 20 de 2003 (folio 9 y 10)

#### 4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

##### 1. COMPETENCIA

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, es competente para revisar el fallo de instancia proferido en el trámite de este proceso.

##### 1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

###### 1. El problema jurídico

De acuerdo con los hechos que aparecen en el expediente, el problema jurídico que debe resolver la Sala consiste en determinar si la acción de tutela procede para ordenar a la EPS demandada el suministro de insumos requeridos para combatir las dolencias del petitionario, los cuales no están incluidos en el POS, no fueron ordenados por el médico tratante y no fueron solicitados al Comité Técnico Científico de la EPS, en los términos de la Resolución 3099 de 2008. Para este efecto, se estudiarán los siguientes temas:

- \* Inmediatez en la acción de tutela.
- \* Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.
- \* Situaciones excepcionales en las cuales procede aplicar la excepción de inconstitucionalidad en las exclusiones del POS.
- \* Concepto previo del Comité Técnico Científico para ordenar medicamentos y tratamientos no incluidos en el POS.

## 1. Inmediatez en la acción de tutela.

La Corte Constitucional ha estudiado el alcance del término 'inmediatez' a partir de lo consagrado en el artículo 86 de la Carta Política<sup>2</sup>. El desarrollo jurisprudencial determina que la tutela se debe caracterizar por la inmediatez, entendida como la protección urgente, rápida y eficaz del derecho fundamental que se encuentra vulnerado o amenazado, respetando la subsidiariedad de la acción -no exista otro mecanismo eficaz para su protección-.

Así pues, desde sus primeras sentencias la Corte ha considerado:

"(...) la Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez: ...la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales" (Sentencia C-542 de 25 de septiembre de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En la sentencia de unificación SU-961 de 1993, estimó el tema de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno.

“la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su ‘inmediatez’. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción”.

En pronunciamiento más reciente, la sentencia T-575 de 2004 reiteró el tema:

“(...) tal y como lo ha expuesto de forma reiterada esta Corporación, la procedibilidad de la acción de tutela exige su interposición dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, de tal manera que la acción no se convierta en un factor de inseguridad jurídica, premiando con ello la inactividad de los interesados en el ejercicio oportuno de los recursos, la negligencia y la decidia. Ciertamente, si con la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, es imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos. Una percepción contraria a esta interpretación, desvirtúa el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela y deja sin efecto el objetivo de garantizar por esa vía judicial la protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos”

Teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial respecto de la inmediatez se puede determinar que la Corte pretende resolver la tensión existente entre orden y seguridad, entre protección efectiva de los derechos y estabilidad. Pues, el respeto por la seguridad jurídica y la efectividad de los derechos fundamentales de los asociados, no puede convertir la acción de tutela en un instrumento que desestabilice el orden institucional y se torne en fuente de caos.

De otro lado, frente a la interposición oportuna y justa de la acción de tutela, la Corte Constitucional en varios de sus fallos, ha señalado los lineamientos básicos para la procedencia de la acción de tutela y en particular la oportunidad en que este mecanismo judicial excepcional, debe ser empleado. La sentencia T-1229 de 2005 se pronunció al respecto: “La posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que no tiene término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo. Sin embargo, el problema jurídico que se plantea en este punto es: ¿quiere decir esto que la protección deba concederse sin consideración al tiempo transcurrido desde el momento en que ha tenido lugar la violación del derecho fundamental?

“Las consecuencias de la premisa inicial, según la cual la tutela puede interponerse en cualquier tiempo, se limitan al aspecto procedimental de la acción, en particular a su admisibilidad, sin afectar en lo absoluto el sentido que se le deba dar a la sentencia. Todo fallo está determinado por los hechos, y dentro de estos puede ser fundamental el momento en el cual se interponga la acción, como puede que sea irrelevante.

(...)”

En efecto, esta Corporación ha determinado dos circunstancias específicas en los cuales resulta admisible la dilación en la interposición de la acción de tutela. Al respecto la sentencia T-158 de 2006, precisa: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual y, (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales,

convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.

En estos términos, la Sala concluye que, en el caso concreto, la acción de tutela resulta procedente, por la especial situación en que se encuentra el peticionario, primero teniendo en cuenta la incapacidad física que presenta (paraplejia) y segundo se infiere de lo relatado en su escrito de tutela que la situación que lo aqueja ha sido continua y es actual.

1. Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia constitucional de manera reiterada y consolidada ha afirmado que existen personas a quienes la propia Constitución confiere un amparo específico, bien sea por razón de su edad -niños, tercera edad-, bien por encontrarse en especiales circunstancias de indefensión -personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas-, bien por tratarse de personas en situaciones de debilidad manifiesta -económica, física o psíquica-. El amparo del derecho constitucional fundamental a la salud frente a estas personas, deviene reforzado, precisamente por las circunstancias que por su condición deben afrontar.

Considerando la especial protección constitucional de las personas que tienen algún tipo de discapacidad<sup>7</sup>, surge la necesidad de garantizar el valor de la dignidad humana, consagrado en el artículo 1º de la Constitución, teniendo en cuenta los componentes de calidad de vida y condiciones de subsistencia del individuo que la padece, concediéndosele la posibilidad de alcanzar un estado de salud lo más lejano posible al sufrimiento y al dolor, de manera que pueda desarrollar plenamente su personalidad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación General No. 5 sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>8</sup> señaló que el derecho al más alto nivel de salud de estas personas implica: (i) el derecho a la

atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad. (ii) El derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales y a beneficiarse de dichos servicios, de tal forma que ello garantice la autonomía, la prevención de otras discapacidades y la integración social. (iii) Los servicios de rehabilitación a fin de alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad<sup>9</sup>.

1. Situaciones excepcionales en las que procede aplicar la excepción de inconstitucionalidad en las exclusiones del POS.

De manera general, en los casos en que el juez de tutela pretende inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, debe verificar si se presentan las condiciones que han sido determinadas por la jurisprudencia constitucional:<sup>10</sup>

(i). Que el paciente esté afiliado a la empresa prestadora de salud de la que reclama la atención.

(ii). Que la falta de medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace derechos constitucionales de carácter fundamental.

(iii). Que se trate de un medicamento, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre que ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

(iv). Que el tratamiento o el procedimiento haya sido ordenado por el profesional de la empresa prestadora de salud en la que está afiliado el paciente.

(v). Que esté demostrado que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

Dadas las anteriores exigencias, es procedente que por medio de la acción de

tutela se ordene a la E.P.S. demandada la aprobación del tratamiento, diagnóstico o medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud para proteger los derechos fundamentales de la persona en cuyo favor se instaura la acción.

1. Concepto previo del Comité Técnico Científico para ordenar medicamentos y tratamientos no incluidos en el POS.

Los Comités Técnico Científicos son órganos de las Entidades Promotoras de Salud E.P.S., autorizados para dirimir los conflictos formulados por los afiliados y beneficiarios relacionados con hechos de carácter asistencial y la adecuada prestación de los servicios de salud que presuntamente afecten al usuario.

A nivel jurisprudencial, el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito imprescindible para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario sea otorgado. En sentencia T-344 de 2002, esta Corporación señaló:

“El Comité Técnico Científico, pese a su nombre, no es en estricto sentido un órgano de carácter técnico. No se trata, por ejemplo, de un grupo de médicos que tienen como función someter a revisión científica las autorizaciones de medicamentos o tratamientos excluidos del P.O.S. La exigencia de que tan sólo uno de los miembros del Comité sea médico, muestra que no se trata de un tribunal profesional interno de la E.P.S. en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano administrativo que debe asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud”. (Se subraya)

Es claro, que la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas no es función del Comité toda vez que su labor es meramente administrativa, sin que pueda concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS<sup>11</sup>. El Comité debe velar porque la prestación de todos los servicios a que tienen derecho los usuarios se suministren en debida forma, en estricto cumplimiento de lo previsto en la Constitución y la ley y de acuerdo con los criterios deontológicos de la profesión médica<sup>12</sup>. Es decir, el médico está en la obligación de prescribir según sus conocimientos científico

técnicos y éticos, lo mejor para su paciente, y la entidad aseguradora (E.P.S., A.R.S., empresa solidaria...) será la responsable de garantizar el suministro oportuno del mismo.

Para la Corte es importante destacar que la reglamentación en salud aplicable por la Nueva EPS, Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de la Protección Social<sup>13</sup>, establece expresamente que tal procedimiento es competencia del médico tratante adscrito a la EPS y no es un trámite que le corresponda adelantar por cuenta propia al accionante<sup>14</sup>.

## 1. CASO CONCRETO

El señor César Andrés Ortiz alega la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social, por parte de la Nueva EPS, al negarle el suministro de insumos requeridos para combatir sus dolencias, argumentando no estar incluidos en el POS.

En el presente caso, se debe reiterar la jurisprudencia constitucional referente a la protección especial que concede la Constitución a aquellas personas que por su estado físico o mental ostenten la calidad de disminuidos y por ende se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta (art. 47 C.P). De manera que cuando de la persona humana se predique la disminución de su capacidad física o psíquica, y del suministro de unos medicamentos, tratamientos o procedimientos quirúrgicos dependa el alcance de unas condiciones de vida digna, la protección del derecho a la salud es innegable.

Para la Corte la protección del derecho a la vida va más allá de cualquier discusión de naturaleza legal o reglamentaria. La noción de vida en el sentido amplio que la jurisprudencia le ha otorgado, junto con el concepto de dignidad humana, “supone un derecho constitucional fundamental no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima afectación posible del cuerpo y del espíritu”<sup>15</sup>.

De tal suerte, que cuando el concepto de derecho a la salud, va aparejado con el derecho a la vida digna, ha sido definido como “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 y funcional de su ser<sup>16</sup>”.

En este caso específico, es claro que la omisión de la Nueva EPS en suministrar los insumos (bolsas de colostomía<sup>17</sup>, sondas nelatón) al peticionario, torna indigna su existencia, pues no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, impidiéndole por consiguiente, desarrollarse plenamente. Según los datos aportados al expediente, el demandante es una persona parapléjica -condición de carácter permanente-, cuya situación económica no le permite comprar los insumos por su cuenta ya que, en su decir, deriva su manutención y demás gastos de la pensión de invalidez que percibe y que asciende a un salario mínimo mensual, afirmación que no fue desvirtuada por la entidad accionada.

La Sala encuentra pertinente indicar que, contrario a lo dicho por el juez de instancia, la acción constitucional procede para proteger los derechos del accionante, por encontrarse actualmente afectados. Pues a pesar de que los documentos (historia clínica y órdenes medicas)<sup>18</sup> aportados como prueba al expediente fueron expedidos hace un tiempo por médicos adscritos al ISS, lo cierto es que a partir del 1° de agosto de 2008 la Nueva EPS asumió la prestación de los servicios de seguridad social en salud que a dicha fecha tuviera la EPS del ISS<sup>19</sup>, y “ha venido atendiendo todos los servicios médicos requeridos por el señor César Andrés Ortiz en especial los requeridos con ocasión a la patología que presenta<sup>20</sup>”, de lo expuesto se infiere entonces, que los médicos adscritos a la Nueva EPS conocen de las dolencias y padecimientos que aquejan al demandante y la necesidad urgente de los insumos pedidos. Luego el tema de la inmediatez no puede invocarse, en este caso, pues como está probado, la afectación del derecho es actual por cuanto sigue prolongándose en el tiempo, ha sido continua.<sup>21</sup>

Conforme a lo expuesto, es evidente que se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida digna, a la salud y a la integridad física del señor César Andrés Ortiz. En consecuencia, se concederá la tutela interpuesta ordenando a la Nueva EPS que dentro de las cuarenta y

ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre las “Bolsas de colostomía con sus barreras y Sondas Nelaton”, en la cantidad que a diario requiere el peticionario, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS, así como el tratamiento médico integral diario que necesita para sus heridas -curación y limpieza- .

## 1. DECISIÓN

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

### RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Bogotá el 16 de marzo de 2009. En su lugar, CONCEDER la tutela interpuesta por el señor César Andrés Ortiz, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR a la Nueva EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, suministre las bolsas de colostomía con sus barreras y las Sondas Nelaton, en la cantidad diaria requerida por el peticionario, sin que se pueda oponer para negarlas la reglamentación del POS, así como el tratamiento médico integral diario que necesita para sus heridas -curación y limpieza-, y se le sigan suministrando tales implementos hasta que en criterio del médico tratante los requiera.

TERCERO. LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Ausente en comisión.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 23: - Prescripción u orden médica vigente (fecha de expedición no mayor a 30 días)

- Epicrisis o resumen de historia clínica del paciente
- Formato de justificación del medicamento debidamente diligenciado por el médico tratante, en donde se indique el nombre del medicamento en su denominación común internacional o de los medicamentos incluidos en el POS del mismo grupo terapéutico que se reemplazan o sustituyen, en ambos casos con identificación del medicamento de acuerdo a su grupo terapéutico, principio(s) activo(s) individuales o combinados, concentración, forma farmacéutica, número de días/tratamiento, número de dosis/día y cantidad autorizada del medicamento solicitado o dosis equivalentes al medicamento autorizado, si se trata de un sustituto o reemplazo.
- Si el médico tratante lo considera necesario, aportará: resultado de ayudas diagnósticas, información bibliográfica, situaciones clínicas particulares, casuística.

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o

por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.....”

3 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, 1° de diciembre de 1.999.

4 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 26 de julio de 2002.

5 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, 7 de septiembre de 2000.

6 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra, 2 de marzo de 2006.

7 El término discapacidad ha sido definido en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999 e incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 762 de 2002), en los siguientes términos: “Artículo I. 1. Discapacidad. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

8 Naciones Unidas. Documento E/1995/22, párrafo 34.

9 En las sentencias, C-251 de 28 de mayo de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-568 de 10 de agosto de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, C-010 de 19 de enero de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-1319 de 7 de diciembre de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Uprimny Yeppez, C-671 de 20 de agosto de 2002, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, T-558 de 10 de julio de 2003, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernandez y T-786 de 11 de septiembre de 2003, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras. La Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

10 Ver, entre otras, las Sentencias SU-111 de 6 de marzo de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU- 480 de 25 de septiembre de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez

Caballero, T-236 de 21 de mayo de 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, T-238 de 21 de mayo de 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, T-560 de 6 de octubre de 1998, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y T-409 de 10 de abril de 2000, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

11 Ver entre otras la Sentencia T-344 de 9 de mayo de 2002, M.P. Dr. Manuel José Cepeda, reiterada en sentencias T-053 de 29 de enero de 2004, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, T-616 de 25 de junio de 2004, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, y T-236 A de 14 de marzo de 2005, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

12 Sentencia T-298 de 3 de abril de 2008, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

13 Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.

14 Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, Artículo 4º. Funciones. El Comité Técnico Científico tendrá las siguientes funciones: 1) Evaluar, aprobar o desaprobado las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud manual listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS). 2) Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta la pertinencia con relación al o los diagnósticos del paciente, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas. 3) Realizar y remitir al Ministerio, informes trimestrales de los casos autorizados y negados. (...) Artículo 7º. Procedimiento para la evaluación, aprobación y desaprobación. Las prescripciones u órdenes médicas deberán ser presentadas al Comité por el médico tratante y se tramitarán conforme al siguiente procedimiento: a) La o las prescripciones u órdenes médicas y justificación en caso de ser un medicamento no incluido en el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS, será presentada y debidamente sustentada por escrito por el médico tratante adjuntando la epicrisis o resumen de historia clínica del paciente, el

nombre del medicamento en su denominación común internacional, identificar su grupo terapéutico, principio(s) activo(s) individuales o combinados, concentración, forma farmacéutica, número de días/tratamiento, número de dosis/día y cantidad autorizada del medicamento solicitado y el nombre del medicamento en su denominación común internacional del medicamento o de los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico que se remplazan o sustituyen, con la descripción de su principio(s) activo(s), concentración y forma farmacéutica, y el número de días/tratamiento y dosis equivalentes al medicamento autorizado, y si es necesario, la información sobre resultados de ayudas diagnósticas, información bibliográfica, situaciones clínicas particulares y casuística. b) La o las prescripciones u órdenes médicas y justificación en caso de ser un servicio médico o prestación de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, POS, será presentada y debidamente sustentada por escrito por el médico tratante adjuntando la epicrisis o resumen de historia clínica del paciente y la identificación del o los servicios médicos y prestaciones de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que se remplazan o sustituyen, equivalentes al o los servicios médicos y prestaciones de salud autorizados, y si es necesario, la información sobre resultados de ayudas diagnósticas, información bibliográfica, situaciones clínicas particulares y casuística. c) El Comité, dentro de la siguiente sesión a la presentación de la o las prescripciones u órdenes médicas y justificación por parte del médico tratante, deberá establecer su pertinencia y decidir sobre la petición presentada mediante la elaboración de la respectiva acta. d) Si se requiere allegar información o documentación adicional, en la misma sesión, el Comité la solicitará al médico tratante, quien debe suministrarla dentro de los dos (2) días siguientes. Así mismo, si se requiere conceptos adicionales al emitido por el médico tratante, se solicitarán entre profesionales de la salud de la misma especialidad en el término anteriormente establecido. El Comité, dentro de la semana siguiente, deberá decidir sobre la autorización o negación de la petición formulada. e) El Comité podrá autorizar tratamientos ambulatorios hasta por un máximo de tres (3) meses, tiempo que se considera pertinente para que el Comité Técnico-Científico nuevamente analice el caso y si la respuesta al tratamiento es favorable, determine la periodicidad con la que se continuará autorizando y suministrando el medicamento, el que en ningún caso podrá ser por tiempo indefinido.

Para el caso de pacientes con tratamientos crónicos a los cuales y después de haber

realizado el proceso antes mencionado se les determine un tiempo de tratamiento definitivo para el manejo de su patología, los períodos de autorización podrán ser superiores a tres (3) meses y hasta por un (1) año, en cuyo caso el Comité Técnico-Científico deberá hacer la evaluación por lo menos una (1) vez al año y determinar la continuidad o suspensión del tratamiento.

Una vez autorizado por parte del Comité Técnico-Científico el medicamento, servicio médico o prestación de salud no incluido en el Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud o en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la entidad administradora de planes de beneficios deberá garantizar el suministro del medicamento, servicio médico o prestación de salud al usuario y tendrá la posibilidad de solicitar el recobro correspondiente ante el FOSYGA, de conformidad con lo establecido en la presente resolución. En el caso de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, deberán presentar el recobro ante las entidades territoriales competentes.

15 Sentencia T-645 de 26 de noviembre de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

16 T- 597 de diciembre 15 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 Sentencia T-047 de 30 de enero de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, concepto de médico cirujano Dr. Manuel Mosquera: “las bolsas de colostomía son elementos indispensables en el manejo de los pacientes con ostomias, puesto que no existen otros elementos comerciales o de fabricación casera que permitan el manejo adecuado de las excretas en estos pacientes. Su no suministro no pone directamente en riesgo la vida del paciente; pero el manejo inadecuado de estas ostomias puede producir complicaciones de la piel derivadas de la irritación permanente producida por el contenido intestinal, además de impedir que la persona pueda llevar una vida digna en lo físico mental y social”

18 Folios 5, 6, 9 y 10.

19 Folio 21.

20 Folio 22.

21 Sentencia T-1110 de 28 de octubre de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra: “Ha dicho la Corte, que en aquellos casos en los que la vulneración de los derechos es permanente, la solicitud de amparo es procedente mientras dure la vulneración.”