

Sentencia T-581-09

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de medicamentos

DERECHO A LA SALUD-Requisitos para suministro de medicamentos excluidos del POS contributivo o subsidiado

CAPACIDAD ECONOMICA EN CASOS DE SALUD-Reglas probatorias empleadas por la Corte

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD EN ESTADO DE INDEFENSION-Caso en que debe otorgarse enfermera permanente a persona de 81 años que padece accidente cerebrovascular

Referencia: expediente T-2.247.071

Acción de Tutela instaurada por Carlos Ordóñez Sacha en representación de Venancio Ordóñez Barón contra la EPS Sanitas y contra la Secretaria de Salud Departamental de Bucaramanga.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D.C. veintisiete (27) de agosto 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 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 la sentencia del dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009) por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, la cual confirmó la providencia del once (11) de febrero de 2009 emitida por el Juez Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga, en cuanto negó la tutela incoada por Carlos Ordóñez Sacha en representación de su señor padre Venancio Ordóñez Barón en contra de la EPS Sanitas.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción 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. SOLICITUD

El señor Carlos Ordóñez Sacha en representación de su señor padre Venancio Ordóñez Barón demanda del juez de tutela proteger sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, presuntamente vulnerados por la EPS Sanitas al no suministrarle el tratamiento para la enfermedad cerebrovascular padecida. Sustenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. El demandante sostiene que su padre se encuentra afiliado a la EPS Sanitas, desde el 1° de mayo de 2000.

1. Narra que por padecer el señor Venancio Ordóñez Barón la enfermedad de Epilepsia, el médico tratante le ordenó un plan de asistencia por enfermería permanente, al cual fue asignado el 26 de Diciembre del 2008 y retirado el 17 de enero del 2009.

1. Aduce que la EPS Sanitas retiró del plan de asistencia por enfermería permanente, presuntamente por presentar una mejoría del estado de salud de su padre, sin evaluar que es una persona de 81 años que no puede movilizarse por sí solo.

1. Afirma que su padre necesita de este plan de asistencia por enfermería permanente para vivir en condiciones dignas.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el 28 de enero de 2009 el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga admitió la acción y ordenó correr traslado de la misma a Sanitas EPS, Secretaria de Salud del Departamento de Santander y al Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social.

1. Argumentos expuestos por la EPS Sanitas.

La EPS demandada solicita denegar la presente acción de tutela, ya que en la actualidad no existe orden médica de cuidados de enfermería permanente, y considera que la familia no puede apartarse de su responsabilidad respecto de los cuidados básicos y de acompañamiento que necesita el paciente.

Añade que ellos realizan el cubrimiento económico de los servicios que le sean ordenados de acuerdo con lo prescrito por su médico tratante y respecto con el Plan Obligatorio de Salud.

1. Intervención de la Secretaría de Salud de Santander.

Respecto a las pretensiones de la demanda, la Secretaría de Salud Departamental solicita no conceder el amparo, toda vez que la atención médica que requiere el señor Venancio Ordóñez Barón, padre del accionante, debe otorgarla la EPS Sanitas por estar afiliado al régimen contributivo y no esta entidad.

Aduce que la Secretaria de Salud del Departamento de Santander tiene dentro de sus funciones contratar con Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud para garantizar la atención de los beneficiarios de servicio de salud en el régimen subsidiado.

Mediante la vinculación oficiosa al Ministerio de la Protección Social, la asesora de esta entidad, solicita se exonere de cualquier responsabilidad al Ministerio de la Protección Social, pues es una entidad reguladora no obligada a prestar los servicios de salud, debido a que esta responsabilidad el Estado la delegó en las EPS.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

1. Documentos obrantes dentro del expediente

Obran en el expediente, entre otros, los siguientes documentos:

1. Copia de la historia clínica del señor Venancio Ordóñez Barón, en la cual se registra que ingresó el 2 de diciembre de 2008 al hospital Fundación Cardiovascular, por urgencias con el diagnóstico de Oclusión y Estenosis de la arteria cerebral media, infarto cerebral debido a trombosis de arterias cerebrales. A su vez se indica:

“Paciente de 81 años, diabético, HTA, con antecedentes de Fa Paroxística, quien ingresa a la institución por cuadro respiratorio, caracterizado por tos con expectoración

amarillenta más episodio de Fa Rápida, se hospitaliza durante la evolución clínica donde se presento deterioro del estado de conciencia, considerando que se trata de un evento cardioembolico se trombolizo, con deterioro neurológico, requirió ventilación mecánica, medidas de protección cerebral en UCI, se realizó traqueostomia y gastrostomia, sin soporte, con tolerancia de la tienda de traqueostomía.

Asistencia por enfermería permanente

Oxigeno permanente

Terapia respiratoria 2 veces día

Terapia física diaria

Terapia de lenguaje diaria

Insulina Nph 20 u am y 15 U pm

Plan: Asistencia por enfermería permanente.”

1. Orden médica del 26 de diciembre de 2008 emitida por el médico tratante Jorge Armando Castellanos Prada, en donde se formula:

“Asistencia por enfermería permanente

Oxigeno permanente

Terapia respiratoria 2 veces día”

1. Copia del carné de afiliación a la EPS Sanitas, en cuyo documento figura que el señor Venancio Ordóñez Varón pertenece al estrato 3.

1. Copia de la cédula de ciudadanía, en la cual registra como fecha de nacimiento el 31 de octubre de 1927. Lo cual significa que en la actualidad cuenta con 81 años.

1. Pruebas ordenadas por el Juez Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga.

Mediante auto se ordenó oficiar al médico tratante, doctor Jorge Armando Castellanos Prada, con el fin de que resolviera, i) sí conoce al señor Venancio Ordóñez Barón, ii) indique al despacho si el servicio de enfermería permanente, debe prestarse de manera inmediata, iii) informe si se encuentra vinculado laboralmente a la EPS Sanitas, de no ser así por qué motivo atiende pacientes de dicha entidad iv) diga si el señor Venancio Ordóñez Barón fue atendido por remisión que hiciera dicha entidad o por cita particular.

Frente al requerimiento hecho, el neurólogo clínico Jorge Armando Castellanos Prada hizo las siguientes apreciaciones:

“Atendí al paciente Venancio Ordóñez Barón en la Fundación Cardiovascular, donde estuvo hospitalizado por presentar Accidente Cerebrovascular, por oclusión de la Arteria Cerebral Media Derecha, quedando como secuela gran déficit motor izquierdo, trastorno del estado de conciencia, de deglución, requiriendo traqueostomía y gastrostomía e impidiendo para desarrollar sus actividades básicas diarias (alimentarse, control de esfínteres, deambulación, etc), razón por la cual debe tener asistencia por enfermería permanente.

Los cuidados que debe recibir el paciente en este momento, requieren de conocimiento del tema, dada las severas secuelas del paciente y los riesgos de complicaciones inherentes a un manejo inadecuado de posturas, secreciones, patrón respiratorio, zonas de presión, etc.

He atendido al mencionado paciente debido a mi vinculación con la Fundación Cardiovascular de Colombia, entidad donde estuvo hospitalizado el paciente y la cual tiene establecido convenio con la EPS Sanitas.”

1. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA – JUZGADO DIECISÉIS CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA.

En primera instancia, el Juez Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga mediante sentencia proferida el once (11) de febrero de 2009, decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados.

Explicó que no se cumple con los requisitos necesarios para otorgar un procedimiento por fuera del POS. Consideró que en ningún momento realizó alguna manifestación respecto de la incapacidad económica del accionante para sufragar los costos derivados del servicio de enfermería permanente. Así las cosas, al no darse todos los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, la entidad accionada no vulnera los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana.

1. Impugnación de la decisión de primera

El demandante en representación de su padre Venancio Ordóñez Barón, afirma que por la edad y la enfermedad padecida por él, carece de los recursos económicos para asumir el costo del tratamiento solicitado.

Aduce que, como lo demostró el concepto del médico tratante, el señor Ordóñez Barón necesita una atención de enfermería permanente debido a su mal estado de salud y a los 81 años que tiene.

Agrega que las recomendaciones del médico tratante y la edad son suficientes razones para proteger el derecho fundamental a la salud de su padre; negarlo le impide gozar en sus últimos días de una vida de calidad en condiciones dignas.

1. Sentencia de Segunda Instancia – Cuarto Civil del Circuito de

Bucaramanga

A través de Sentencia proferida el dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009) el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga confirmó la sentencia de primera instancia. Argumentó que no se demostró que el accionante no contara con los medios económicos para asumir el costo del tratamiento, al no indicar el señor Ordóñez Sacha en ninguna oportunidad procesal si podía asumir el servicio de enfermería permanente, pues tan solo lo afirmó en su recurso de apelación sin acompañar alguna prueba que lo sustentara.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente asunto, la Sala analizará si la EPS Sanitas vulneró los derechos fundamentales a la salud, seguridad social en salud y a la vida digna del señor Venancio Ordóñez Barón por negarle el tratamiento de enfermería permanente al presentar mejoría en su estado de salud.

Para resolver la controversia se abordará, i) el derecho fundamental a la salud, ii) presupuestos jurisprudenciales para la procedencia de la acción de tutela para obtener procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud y iii) la carga de la prueba

respecto a la capacidad económica.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

El derecho a la vida humana está establecido desde el preámbulo mismo de la Constitución, como un valor superior que debe ser asegurado y protegido por el Estado, tanto por las autoridades públicas como por los particulares.

La Corte en varias de sus sentencias ha reiterado, que las entidades intervinientes en la prestación del servicio de salud deben aplicar el derecho a la seguridad social, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establece la ley y el artículo 365 de la Constitución, que señala como características de los servicios públicos ser un servicio inherente a la finalidad social del Estado y que como tal, tiene el deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

De igual manera, esta Corporación¹ ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral de “existencia digna” conforme a lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece como principio fundamental “el respeto de la dignidad humana.”

Ahora bien, inicialmente esta Corporación en varios pronunciamientos explicó que el derecho a la salud es de carácter prestacional, pero que podría llegar a ser protegido por la acción de tutela cuando se diera su conexidad con un derecho fundamental.

Posteriormente, la Corte matizó esta posición y en varias providencias reconoció el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud. Para el caso por ejemplo, de las personas de la tercera edad, de los niños o en situaciones en los que la Ley hubiere definido el derecho.

En la Sentencia T-760 del treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008)², la

Corte Constitucional analizó las distintas posiciones jurisprudenciales desarrolladas para la protección del derecho a la salud, entre ellas la conexidad y planteó que ésta ya no debía utilizarse, porque el derecho a la salud es de aplicación autónoma, partiendo de la base que hay unas normas específicas que lo desarrollan y por tanto se hace exigible como fundamental.

Se explica que un derecho no es fundamental por estar o no en un capítulo específico de la Constitución, pues el artículo 94 establece que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto. En esas condiciones no pueden negarse como derechos aquellos que 'siendo inherentes a la persona humana', no estén enunciados en la Carta.³

En ese contexto, la Corte aborda el tema de la fundamentalidad del derecho al servicio de salud y la obligación del Estado de implementar una política de salud progresiva acorde con las necesidades y los avances de la medicina.

Sobre el punto se dijo lo siguiente:

"(...) Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico),⁴ o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida -art. 50, CP-).

"(...) Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones

se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos.

“(…) 3.3.7. Ahora bien, la Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante.⁵ Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.⁶

“(…) 3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse.⁷

“(…) 3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos⁸. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’.⁹

“(…) En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la

entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas.”

De lo anterior se desprende que el derecho a la salud es fundamental desde una perspectiva prestacional, el cual implica i) la existencia de una ley que lo desarrolle; es decir el Plan Obligatorio de Salud junto con las normas reglamentarias y ii) la obligación del Estado de tener una política que implique cubrir paulatinamente cada necesidad que se presente en la ejecución del servicio de salud. Entonces cuando se presenta una deficiencia por parte del Estado para garantizar progresivamente el cubrimiento de las distintas enfermedades o patologías que una persona llegare a necesitar, se hará procedente la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la salud.

1. PRESUPUESTOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA LA AUTORIZACIÓN DE MEDICAMENTOS O TRATAMIENTOS NO CONTEMPLADOS BIEN SEA EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD CONTRIBUTIVO O SUBSIDIADO.

Este tribunal constitucional ha sido enfático en explicar y definir que cuando de la aplicación de una norma jurídica del sistema general de la seguridad social en salud conduzca a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios, no se deberá aplicar estas normas sino dar aplicación directa a los mandatos de orden constitucional. (art. 4 Constitución Política).

Por tanto, la Corte Constitucional para lograr la efectiva aplicación de los derechos fundamentales, ha dicho que cuando una persona o su familia no cuentan con recursos propios para atender la enfermedad padecida, es el sistema general de seguridad social el responsable de asumir los costos del tratamiento.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional estableció cuatro requisitos que deben cumplirse con el fin de proteger el derecho fundamental a la salud y se pueda dar paso a la inaplicación de las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud, que son los siguientes:

i. “que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física;

i. que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio;

i. que el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;

i. que el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido”¹⁰

ii. .

En cada caso el Juez de tutela deberá verificar el cumplimiento de estos cuatro presupuestos, y una vez comprobados se podrá ordenar a la EPS o EPS-S correspondiente, suministrar los procedimientos y medicamentos, para que se lleve a cabo el tratamiento y se realice el procedimiento médico solicitado.

1. LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL USUARIO DEBE SER PROBADA POR LA EPS O EPS-S. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

En las controversias entre los usuarios del sistema de seguridad social en salud y las entidades promotoras del servicio de salud, respecto a la negación de tratamientos por no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, hubo muchos obstáculos para admitir la procedencia de la acción de tutela, cuando no se demostraba fehacientemente la incapacidad económica del solicitante para sufragar su costo.

Ante esta situación, la Corte Constitucional determinó que no se podía exigir una prueba específica para establecer la capacidad económica del usuario, por ser la acción de tutela un mecanismo que se tramita mediante un procedimiento preferente y sumario.

Ciertamente, se concluyó que al no haber una tarifa probatoria, se aplican todos los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, caso en el cual de alegarse la imposibilidad económica de sufragar el costo de un tratamiento, se entenderá como una negación indefinida, la cual implica invertirse la carga de la prueba y responsabilizar a la entidad demandada de demostrar lo contrario. Al respecto en la Sentencia T-206 del veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008) se reiteró lo siguiente¹¹:

“Con el fin de establecer la incapacidad económica para asumir el costo de los servicios médicos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que se aplican los medios probatorios regulados en el Estatuto Procesal Civil, siempre que sean compatibles con la naturaleza del amparo constitucional., cuyas reglas fueron sintetizadas de la siguiente forma:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación

indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”.(Negrillas por fuera del texto original)

Así mismo, el juez constitucional está en la obligación de analizar las circunstancias fácticas del afectado, de manera que otros elementos distintos a los medios probatorios le permitan establecer con certeza la incapacidad económica del afectado. Sobre el punto se indicó en la Sentencia T-367 del diez (10) de mayo de dos siete (2007)¹²:

“Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante¹³, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado.”

En estos términos, al estudiarse el requisito de capacidad económica, es pertinente observar las condiciones socio económicas del usuario, el tipo de vinculación al sistema de seguridad social en salud y si pertenece a un grupo de especial protección constitucional, puesto que estas son características definitivas para establecer la posibilidad de sufragar los gastos del tratamiento médico requerido.

En el presente asunto el señor Carlos Ordóñez Sacha en representación de su padre Venancio Ordóñez Barón solicita la protección de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social en salud, presuntamente vulnerados por la EPS demandada por no autorizar el servicio de enfermería permanente.

La Sala considera probada la legitimación en la causa, pues de la historia clínica se deduce la imposibilidad del señor Venancio Ordóñez Barón de agenciar la protección de sus derechos fundamentales, al sufrir el 2 de diciembre de 2008 un “Accidente Cerebrovascular, por oclusión de la Arteria Cerebral Media Derecha”.

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia analizada, es claro que el derecho a la salud es fundamental, motivo por el cual la EPS al abstenerse de suministrar o autorizar un tratamiento excluido del POS-S amenaza el bienestar de la persona, al no garantizar la atención médica necesaria para mitigar los padecimientos de la enfermedad.

No obstante, es necesario que, para que proceda la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud, cumplir ciertos presupuestos jurisprudenciales, los cuales se analizarán a continuación.

i) que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física;

El señor Venancio Ordóñez Barón por la enfermedad que padece requiere el tratamiento de enfermería permanente, pues de no recibirlo se pone en riesgo el derecho fundamental a la dignidad humana y a la salud, al carecer de los medios para hacerse cargo de sus necesidades básicas, tales como comer, bañarse y moverse.

i. que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio;

De las pruebas obrantes en el proceso, se encuentra que el tratamiento de enfermería permanente lo ordenó un médico tratante adscrito a la EPS Sanitas. Al respecto, el 4 de febrero de 2009 rindió concepto el médico Dr. Jorge Armando Castellanos Prada en los siguientes términos:

“Atendí al paciente Venancio Ordóñez Barón en la Fundación Cardiovascular, donde estuvo hospitalizado por presentar Accidente Cerebrovascular, por oclusión de la Arteria Cerebral Media Derecha, quedando como secuela gran déficit motor izquierdo, trastorno del estado de conciencia, de deglución, requiriendo traqueostomía y gastrostomía e impidiendo para desarrollar sus actividades básicas diarias (alimentarse, control de esfínteres, deambulación, etc), razón por la cual debe tener asistencia por enfermería permanente.

Los cuidados que debe recibir el paciente en este momento, requieren de conocimiento del tema, dada las severas secuelas del paciente y los riesgos de complicaciones inherentes a un manejo inadecuado de posturas, secreciones, patrón respiratorio, zonas de presión, etc.”

He atendido al mencionado paciente debido a mi vinculación con la Fundación Cardiovascular de Colombia, entidad donde estuvo hospitalizado el paciente y la cual tiene establecido convenio con la EPS Sanitas.”

i. que el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;

La sala concluye que este requisito se cumple, puesto que la EPS demandada no hizo ninguna apreciación, en ese contexto el tratamiento ordenado por el médico tratante no puede sustituirse por otro de los contemplados en el POS.

i. que el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido

Respecto a la capacidad económica del señor Venancio Ordóñez Barón, la Sala considera que en la etapa procesal de apelación, el señor Carlos Ordóñez Sacha en representación de su padre indicó que no tenían los recursos económicos para hacerse cargo del costo del tratamiento de enfermería permanente, lo cual constituye una afirmación indefinida.

En consecuencia la carga de la prueba se trasladó a la EPS Sanitas, de donde la entidad demandada tiene la obligación de probar la capacidad económica del solicitante. No obstante, no se manifestó, ni aportó información alguna que evidencie lo contrario.

Sumado a lo anterior, la Sala encuentra que el señor Venancio Ordóñez Barón por su avanzada edad de 81 años es un sujeto a quien se debe especial protección constitucional por pertenecer a la tercera edad. Por tanto, hay suficientes elementos de juicio que

permiten establecer la incapacidad económica del accionante para asumir el costo del tratamiento requerido.

Ahora bien, en contra de las afirmaciones de la EPS demandada, cuando explicó no autorizar el tratamiento de enfermería permanente por existir una mejoría en el estado de salud del accionante, está el concepto del médico tratante, donde se indica textualmente que por razones de su enfermedad el señor Venancio Ordóñez Barón “debe tener asistencia por enfermería en forma permanente”. Lo cual, deja sin fundamento las apreciaciones de la demandada.

En estas condiciones y de acuerdo con la situación fáctica del caso, esta Sala encuentra que la EPS Sanitas vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor Venancio Ordóñez Barón, al no suministrarle el tratamiento de enfermería permanente ordenado por su médico tratante, razón por la cual procederá a revocar la sentencia de segunda instancia que, a su vez, confirmó la negación de amparo de primera instancia y en su lugar se tutelaré el referido derecho.

Por lo tanto, se ordenará a la EPS Sanitas que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, le otorgue al señor Venancio Ordóñez Barón el tratamiento de enfermería permanente hasta tanto persistan las circunstancias que originaron la necesidad del tratamiento y los demás procedimientos médicos necesarios para atender la enfermedad que padece, como consecuencia del “Accidente Cerebrovascular, por oclusión de la Arteria Cerebral Media Derecha”.

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, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009) por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, la cual confirmó la providencia del once (11) de febrero de

2009, emitida por el Juez Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga.

SEGUNDO. CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social en salud del señor Venancio Ordóñez Barón.

CUARTO. Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 Ver entre otras, las Sentencias T-706 del veintinueve (29) de Julio de dos mil cuatro (2004) y T-274 del veintitrés (23) de marzo de dos mil cuatro (2004) 2004 M.P Jaime Araújo Rentería.

2 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

3 Sentencia T-760 del treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

4 Resolución 13437 de 1991, Ministerio de la Salud (hoy de la Protección Social).

5 En la sentencia T-595 de 2002 la Corte señaló al respecto lo siguiente, “Decidir cuál es la mejor forma de remover las cargas excesivas que pesan sobre este grupo de personas conlleva, necesariamente, el diseño de una política pública mediante la cual se tomen las medidas adecuadas para cumplir el mandato constitucional de proteger especialmente a los discapacitados y garantizar su integración social. Es pues, tarea de la Administración Pública destinar los recursos humanos y materiales para que, dentro de un marco de participación democrática, se conciben los programas y apropien los recursos con los cuales se financiará la implementación de las medidas que se adopten para atender esta demanda social. (...). || No es pues competencia del juez de tutela sino de Transmilenio S.A., decidir la forma como deben ser removidas estas cargas excesivas que se le imponen a este grupo social para acceder al servicio de transporte masivo (...).” La Corte consideró que “[e]xisten diversas alternativas para que se garantice a las personas de movilidad reducida el goce efectivo de su libertad de locomoción en una ciudad. Tal y como lo señaló (...) Transmilenio (...) [a]decuar todos los buses podría llegar a suponer un costo demasiado alto si, por ejemplo, en lugar de ello se pudiese atender las necesidades de todo este grupo de discapacitados con sólo unos pocos buses acondicionados específica y exclusivamente para su uso. De hecho, como se consignó en los antecedentes, Transmilenio sostiene estar considerando esta opción.”

6 La Corte Constitucional considera que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho “(...) le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta -en consecuencia- vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.” Sentencia T-772 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); en este caso la Corte decidió, con base en su jurisprudencia que “(...) las autoridades sí tienen el deber y la potestad constitucionales de adelantar políticas, programas y medidas orientadas a recuperar y preservar el espacio público, pero tales políticas, programas y medidas (i) se han de adelantar siguiendo el debido proceso y dándole a los afectados un trato digno, (ii) deben respetar la confianza legítima de los afectados, (iii) deben estar precedidas de una cuidadosa evaluación de la realidad sobre la cual habrán de tener efectos, con el seguimiento y la actualización

necesarios para guardar correspondencia en su alcance y carácter. En la sentencia T-595 de 2002 la Corte señaló al respecto lo siguiente, “Decidir cuál es la mejor forma de remover las cargas excesivas que pesan sobre este grupo de personas conlleva, necesariamente, el diseño de una política pública mediante la cual se tomen las medidas adecuadas para cumplir el mandato constitucional de proteger especialmente a los discapacitados y garantizar su integración social. Es pues, tarea de la Administración Pública destinar los recursos humanos y materiales para que, dentro de un marco de participación democrática, se conciben los programas y apropien los recursos con los cuales se financiará la implementación de las medidas que se adopten para atender esta demanda social. (...). || No es pues competencia del juez de tutela sino de Transmilenio S.A., decidir la forma como deben ser removidas estas cargas excesivas que se le imponen a este grupo social para acceder al servicio de transporte masivo (...).” La Corte consideró que “[e]xisten diversas alternativas para que se garantice a las personas de movilidad reducida el goce efectivo de su libertad de locomoción en una ciudad. Tal y como lo señaló (...) Transmilenio (...) [a]decuar todos los buses podría llegar a suponer un costo demasiado alto si, por ejemplo, en lugar de ello se pudiese atender las necesidades de todo este grupo de discapacitados con sólo unos pocos buses acondicionados específica y exclusivamente para su uso. De hecho, como se consignó en los antecedentes, Transmilenio sostiene estar considerando esta opción.”

6 La Corte Constitucional considera que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho “(...) le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta -en consecuencia- vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.” Sentencia T-772 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); en este caso la Corte decidió, con base en su jurisprudencia que “(...) las autoridades sí tienen el deber y la potestad constitucionales de adelantar políticas, programas y medidas características con dicha realidad, con miras a asegurar el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, y (iv) no se pueden adelantar en forma tal que se lesione desproporcionadamente el derecho al mínimo vital de los sectores más vulnerables y pobres de la población, ni de manera tal que se prive a quienes no cuentan

con oportunidades económicas en el sector formal de los únicos medios lícitos de subsistencia que tienen a su disposición.”

7 Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en este caso se dice al respecto: “(...) si la exigibilidad de la prestación protegida por la dimensión positiva del derecho fundamental depende del paso del tiempo, no es aceptable que en el año 2002, por ejemplo, una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de éste tipo, que es su obligación hacer cumplir. A medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo.” Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-739 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño) -en este caso se precisó el alcance del principio de progresividad, a propósito de la continuidad en las condiciones de acceso al servicio de salud-, y la sentencia T-884 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) -este caso precisó los alcances del principio al acceso a la educación para personas con discapacidad-.

8 Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); al respecto, la Corte señaló lo siguiente: “Si bien Transmilenio S.A. no puede de manera inmediata e instantánea, garantizar el acceso de Daniel Arturo Bermúdez Urrego al Sistema de transporte sin tener que soportar cargas excesivas, lo mínimo que debe hacer para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de la libertad de locomoción en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos, como de los demás discapacitados físicos.”

9 Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); dijo la Corte al respecto: “(...) No contar siquiera con un plan mediante el cual se busque gradualmente garantizar su acceso al servicio de transporte público de Bogotá, vulnera no sólo su libertad de locomoción sino su derecho a la igualdad, así como también amenaza las diversas garantías cuyo ejercicio está supeditado a la posibilidad de moverse, como

el derecho al trabajo, la educación, la salud o el libre desarrollo de la personalidad.”

10 Sobre el tema se puede consultar las siguientes Sentencias: T-1066 de 2006, T-464 de 2006, T-434 de 2006, T-774 de 2005, T-732 de 2005, T-736 de 2004, T-065 de 2004.

11 Aquellas reglas fueron concretadas en la Sentencia T- 683 de 2003.

12 M.P. Jaime Araujo Rentería

13 Al respecto, ver las siguientes sentencias: T-867 de 2003 (MP: Manuel José Cepeda) y T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).