

Sentencia T-685/12

LEGITIMACION POR ACTIVA-Agencia oficiosa

DERECHO A LA SALUD-Prestación como servicio dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud

DERECHO A LA SALUD EN CONSONANCIA CON LA DIGNIDAD HUMANA-Doble connotación en tanto servicio público esencial como fundamental

DERECHO A LA SALUD-Facetos

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Principio de integralidad

DERECHO A LA SALUD-Protección de servicio no incluido en el POS cuando se requiera con necesidad

DERECHO A LA SALUD-Atención a pacientes cuando no medie orden médica o que sea emitida por médico tratante no adscrito a la EPS

DERECHO A LA SALUD, VIDA DIGNA Y SEGURIDAD SOCIAL-Servicio de cuidador primario permanente y demás procedimientos médicos necesarios para atención integral a persona

con tumor maligno

ACCION DE TUTELA DE AGENTE OFICIOSO CONTRA EPS-Autorización transporte en ambulancia de joven con discapacidad por parálisis cerebral y acompañante, subsidio para movilización a centro médico o atención medica domiciliaria

Referencia: expedientes T-3432535 y T-3440495, acumulados.

Acciones de tutela instauradas por Jhon Fredy Bedoya Cano, como agente oficioso de Deicy Johana Valencia Echeverry, contra Caprecom EPSS; y Claudia Patricia Burbano Baza, como agente oficioso de Leonel Osorio Castaño, contra Comfenalco EPS.

Procedencia: Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira; y el Juzgado 5° Civil Municipal de Cali.

Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto dos mil doce (2012)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de los fallos dictados dentro de las acciones de tutela (acumuladas), decididas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, promovida por Jhon Fredy Bedoya Cano, como agente oficioso de Deicy Johana Valencia Echeverry, contra Caprecom EPSS; y por el Juzgado 5° Civil Municipal de Cali, incoada por Claudia Patricia Burbano Baza, como agente oficioso de Leonel Osorio Castaño, contra Comfenalco EPS.

Los respectivos expedientes llegaron a esta Corte por remisión efectuada por los citados despachos, en virtud de lo ordenado por los artículos 86, inciso 2° de la Constitución, y 31 y

32 del Decreto 2591 de 1991, respectivamente.

La Sala Cuarta de Selección de la Corte, en auto de abril 30 de 2012, eligió para su revisión los expedientes de la referencia, disponiendo acumularlos por su unidad de materia y estimar que podían ser fallados en una sola sentencia.

I. ANTECEDENTES

Jhon Fredy Bedoya Cano, como agente oficioso de Deicy Johana Valencia Echeverry; y Claudia Patricia Burbano Baza, actuando también como agente oficioso de Leonel Osorio Castaño, incoaron sendas acciones contra Caprecom EPSS y Comfenalco EPS, respectivamente, invocando el desconocimiento de los derechos a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

A. Hechos y relatos efectuados por los accionantes.

Cada actor demandó a la EPS de su afiliación, por negar las solicitudes encaminadas a obtener las respectivas autorizaciones de los servicios médicos que requerían, tal y como se sintetiza a continuación.

Expediente T-3432535.

1. El agente oficioso manifestó que la joven Deicy Johana Valencia Echeverry, de 21 años¹, padece “discapacidad severa por parálisis cerebral” encontrándose “reducida en una cama”, en razón de su padecimiento².

2. Expresó que el médico tratante ordenó “pañales tena (6 diarios), leche en polvo (1.000 gr semanales), ensure (400 gr un tarro semanal), compotas (2 diarias), pañitos húmedos (un paquete grande semanal) y crema antipañalitis (desistin #2 tubos semanales)”. Adicionalmente, indicó que “no se tienen los recursos económicos ni la forma de cómo llevarla al médico, por lo que se le solicitó a la accionada un médico en casa o su traslado en ambulancia”, para que pudiese seguir siendo tratada; empero, Caprecom EPS negó el servicio, por no encontrarse en el POSS.

Expediente T-3440495.

1. La agente oficiosa expresó que al señor Leonel Osorio Castaño, de 51 años³, le fue diagnosticado un “tumor protuberancial de características malignas primarias vs metastásico y lesiones vertebrales T12 - L1 metástasis”, situación que lo tiene postrado en una cama, siendo la madre del agenciado, de 72 años, quien se encarga de su cuidado⁴.

2. Agregó que la accionada ha prestado los servicios médicos requeridos, sin embargo, el galeno tratante y la coordinadora de atención domiciliaria aseveraron que el actor debía “tener un cuidador primario para realizar las funciones de aseo personal, alimentación, suministro de medicamentos y cambio de posición cada 2 horas”, función que la madre del agenciado no puede realizar, “ya que el manejo de su hijo por su estado de salud es difícil”⁵.

Por ende, le pidió a la EPS el servicio de enfermera 24 horas, siendo negado, al afirmar que “el usuario no necesita enfermería, que debe contar con un cuidador primario quien es el responsable de actividades como cambio frecuente de posición, y aseo entre otras, responsabilidades que no son delegables a auxiliares de enfermería”. Indicó que no tienen los recursos para sufragar dicho “cuidador primario” que requiere el agenciado⁶.

4. Acorde con todo lo expuesto, solicitó ordenar a la EPS accionada el servicio de enfermero 24 horas que requiere el señor Leonel Osorio Castaño.

B. Documentos que en copia obran en los expedientes.

Expediente T-3432535.

1. Dictamen médico emitido por el galeno tratante en noviembre 23 de 2011, donde ordenó “pañales tena (6 diarios), leche en polvo (1.000 gr semanales), ensure (400 gr un tarro semanal), compotas (2 diarias), pañitos húmedos (un paquete grande semanal) y crema antipañalitis (desistin #2 tubos semanales)”, para el cuidado de la paciente, por el término de tres meses, orden que debe ser renovada de acuerdo a las condiciones de la agenciada⁷.

2. Cédulas de ciudadanía de Deicy Johana Valencia Echeverry y John Fredy Bedoya Cano⁸.

Expediente T-3440495.

1. Informe de julio 11 de 2011 de la Junta Médica del Hospital Universitario Comfenalco, donde diagnosticó al actor, “tumor protuberancial de características malignas primarias vs metastásico y lesiones vetebrales T12 - L1 metástasis”⁹.

2. Cédulas de ciudadanía de Leonel Osorio Castaño y Claudia Patria Burbano Baza y carné de Comfenalco EPS del paciente¹⁰.

3. Respuesta emitida en enero 25 de 2012 por la coordinadora de atención domiciliaria de Comfenalco EPS, en la cual se anotó que el paciente requiere de un cuidador primario, encargada de actividades “como cambio frecuente de posición, y aseo entre otras, responsabilidades que no son delegables a auxiliares de enfermería”¹¹.

II. ACTUACIONES PROCESALES.

Expediente T-3432535.

En noviembre 29 de 2011, el Juzgado 5° Penal del Circuito de Pereira admitió la acción de tutela, corrió traslado a Caprecom EPSS y vinculó a la Secretaría de Salud Departamental del Risaralda y al Hospital Universitario San Jorge de Pereira E.S.E., para que se pronunciaran sobre los hechos de la demanda.

Expediente T-3440495.

En febrero 1° de 2012, el Juzgado 5° Civil Municipal de Cali admitió la acción y requirió a la EPS, para que se pronunciaran sobre los hechos de la demanda.

A. Respuesta de las entidades accionadas.

Expediente T-3432535.

Respuesta de la Secretaría de Salud de Risaralda.

En diciembre 1° de 2011, mediante apoderada, la referida entidad solicitó ser exonerada de “cualquier responsabilidad en el caso examinado”, pues la atención integral de la demandante “debe ser garantizada por la EPSS Caprecom a la cual se encuentra afiliada y administra los recursos asignados por el Estado para tal efecto”¹².

Empero, sugirió inscribir a la interesada “en programas sociales diferentes al componente de salud, el cual debe ser garantizado por la EPSS Caprecom, con mayor razón por formar parte de la población de protección especial y tratarse de un aseguramiento social y no comercial”¹³.

Respuesta del Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

En diciembre 1° de 2011, la apoderada del Hospital pidió negar las pretensiones, pues no tiene “la capacidad de ofrecer, de acuerdo con su portafolio de servicios el suministro de medicamentos ambulatorios, insumos, ni elementos de aseo, motivo por el cual no se encuentra en la capacidad de hacer entrega de los mismos. Así las cosas, no se puede pretender endilgar responsabilidades a través de la acción de tutela, toda vez que la llamada a responder por la adecuada prestación del servicio es la EPS-S Caprecom”¹⁴.

Respuesta de Caprecom EPSS.

En escrito de diciembre 6 de 2011, el director regional territorial de la EPSS anotó que “el formato de justificación no POS, lo debe diligenciar el médico o especialista tratante.” Por lo tanto, pidió “negar el amparo impetrado a la solicitud efectuada por la señora en el sentido que no se le suministrarán los medicamentos relacionados por carecer del obligatorio y legal soporte científico, en tanto se cumpla el protocolo de ley para la atención solicitada”¹⁵.

Expediente T-3440495.

Respuesta de Comfenalco EPS.

En escrito de febrero 6 de 2012, la apoderada de dicha entidad solicitó negar el amparo, pues (i) en el expediente no hay un poder que acredite que Claudia Patricia Burbano Bazán, actúa en representación del agenciado, por lo que no se cumple con el requisito del artículo 10 del Decreto 2591 de 1992; (ii) respecto a la solicitud de enfermera, el paciente no tiene orden médica, “por consiguiente no se le ha negado el servicio”; y (iii) ha sido suministrado todo lo que está incluido en el POS para el manejo de su enfermedad.

Pidió además que el afiliado presente ante la EPS las órdenes médicas, “si es que las tiene”, con el fin de ser analizadas y definir su aprobación.

Por último, subsidiariamente, planteó que en caso de no acoger sus planteamientos, se “autorice a Comfenalco Valle EPS a recobrar ante el FOSYGA, los servicios que por su orden judicial tengamos que prestar y que se encuentre excluidos del POS”¹⁶.

B. Decisiones objeto de revisión.

Expediente T-3432535.

Sentencia de primera instancia.

En diciembre 9 de 2011 el Juzgado 5° Penal del Circuito de Pereira, tuteló los derechos invocados por la accionante, expresando¹⁷:

“En el caso sub examine está demostrado que Deicy Johana Valencia Echeverry padece una discapacidad severa por parálisis cerebral, así lo certifica el médico tratante Dr. Pío Eugenio Vélez Sáenz. Por tanto, su calidad de persona impedida genera una especial condición de protección por una manifiesta debilidad que se fortalece por un factor adicional: es una persona de muy escasos recursos.

Ninguna de las entidades convocadas como accionadas ha demostrado interés en contribuir con los elementos que requiere la afectada, lo que ratifica la necesidad de intervención judicial.”

Por lo anterior, el a quo anotó que la EPSS “tiene la obligación, en forma efectiva y oportuna, de entregar los insumos y facilitar el transporte que con urgencia necesita para que lleve su vida en condiciones dignas y que requiere para el adecuado tratamiento de su problema de discapacidad”¹⁸.

Refirió además que “la EPSS Caprecom tiene derecho a realizar el respectivo cobro ante la entidad territorial... por los costos en que incurra con respecto a los insumos diarios que se requieren para la atención” de la peticionaria¹⁹.

De otro lado, desvinculó a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira, “por cuanto no ha vulnerado derecho alguno”²⁰.

Impugnación.

En diciembre 15 de 2011, el director Regional Territorial de la EPSS Caprecom impugnó el fallo, sin exponer argumento alguno.

Sentencia de segunda instancia.

En febrero 23 de 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira confirmó parcialmente el fallo de primera instancia, pero revocó el numeral tercero referente al “subsidió para sufragar el servicio de taxi, o mediante la figura del médico a domicilio”, indicando que “no le asiste razón al a-quo la expedición de la misma, ya que no se cumple con lo reglado en la jurisprudencia enunciada, por cuanto no existe orden por parte del médico tratante para el servicio aquí pretendido”²¹.

En consecuencia, el ad quem resolvió: “SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia, referencia a la orden impartida en contra de la E.P.S.S. CAPRECOM de apoyar en el desplazamiento a los controles médicos en medios como ambulancia, subsidio para sufragar el servicio de taxi o mediante la figura de médico a domicilio.”²²

Expediente T-3440495.

Sentencia única de instancia.

En febrero 14 de 2012, el Juzgado 5° Civil Municipal de Cali negó el amparo, explicando que “el actor acudió a la acción de tutela sin que el médico tratante adscrito a la EPS accionada le hubiera ordenado los servicios médicos que requiere, en virtud de la enfermedad que padece”²³.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, los fallos proferidos dentro de las acciones de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Los asuntos objeto de análisis.

Entrará la Sala a resolver los problemas jurídicos que se desprenden del examen de los

supuestos planteados en cada caso, teniendo como fundamento de la argumentación el contenido y alcance que la jurisprudencia constitucional ha reconocido al derecho a la salud que, en esencia, representa la vulneración principal alegada en los asuntos objeto de revisión.

Antes de resolver cada asunto, resulta pertinente abordar, en general, lo concerniente a (i) la procedencia de la agencia oficiosa en la acción de tutela; (ii) la prestación de servicios médico asistenciales no incluidos en el POS para el tratamiento del paciente y el requisito de la prescripción médica para su otorgamiento; y (iii) el deber de atención de las EPS a los pacientes cuando no medie una orden médica o que ésta sea emitida por un galeno no vinculado con su red de servicios.

Tercera. Legitimación por activa. Agencia oficiosa.

De conformidad a los aspectos jurídicos de los casos, se observa que, dado que las acciones de tutela fueron presentadas por dos agentes oficiosos, es menester recordar lo dispuesto en el artículo 86 superior, en cuanto que cualquier persona está legitimada para pedir el amparo de los derechos de otra, si el directamente afectado se encuentra en imposibilidad de hacerlo, tal como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 199124.

En los dos casos estudiados, se constata la seria dificultad de Leonel Osorio Castaño, quien se encuentra postrado en una cama al padecer “tumor protuberancial de características malignas y lesiones vertebrales T12 - L1”, y de la joven Deicy Valencia Echeverry, quien padece “discapacidad severa por parálisis cerebral”, razón por la cual se estima que la agencia oficiosa resulta solidariamente oportuna y válida en ambos asuntos.

Cuarta. El derecho fundamental a la salud. Su prestación como servicio dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, según proclama el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en New York a mitad de 1946. Dicha definición ha sido acogida y desarrollada por la jurisprudencia constitucional colombiana, en la que se ha reconocido que la salud comporta todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida del

ser humano, lo cual implica, de suyo, un reconocimiento a la trascendencia de los aspectos físico, psíquico y social dentro de los cuales conduce su existencia.

Verbigracia, en sentencia T-307 de abril 19 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, esta Corte señaló: “La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.” (No está en negrilla en el texto original.)

4.2. Así, a fin de garantizar un estado de cosas semejante al descrito anteriormente, esta corporación ha observado, a partir de lo normado en el artículo 49 superior, en consonancia con la dignidad humana, que la salud dentro del ordenamiento jurídico nacional goza de una doble connotación, en tanto servicio público esencial²⁵ y como derecho fundamental²⁶.

Tal dualidad del concepto de salud ha permitido una retroalimentación entre sus alcances como derecho fundamental y como servicio público, en tanto el servicio ha debido ajustarse al contenido propio que se le ha reconocido como derecho y éste, a su vez, debe ejercerse dentro de los parámetros dispuestos en la regulación del servicio, siempre que ellos se ajusten al desarrollo constitucional dado al derecho fundamental.

Como servicio público, dimana claramente de la redacción misma del artículo 49 superior, que su prestación debe estar orientada por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, a los cuales la Ley 100 de 1993 agregó los de integralidad, unidad y participación, estando en cabeza del Estado la garantía de dichos principios, así como la organización, dirección y reglamentación del servicio público de salud, en tanto servicio esencial, ligado íntimamente a la dignidad humana.

Como derecho, cabe recordar que, en principio, a la salud no le fue reconocido un carácter fundamental per se, que permitiera su exigibilidad directa por vía de tutela, pues se excluía tal característica bajo el argumento de ser un derecho prestacional, procediendo a su amparo únicamente en los eventos en que se observaban vulnerados conexamente derechos

fundamentales como la vida y la integridad personal.

Posteriormente, la Corte observó que la fundamentalidad del derecho no podía depender de la manera como se hacía efectivo, sino de que el constituyente lo hubiese elevado a dicho rango, lo cual, en el caso del derecho a la salud, podía constatarse fácilmente en cuanto derecho propiciador de las condiciones de dignidad necesarias para la existencia humana, razón suficiente para protegerlo directamente en sede de tutela.

4.3. Se ha realzado además que el derecho a la salud tiene una “naturaleza compleja tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general, complejidad que implica a efectos de garantizar el goce efectivo del mismo que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles”²⁷.

La comentada complejidad de este derecho ha permitido observar que su garantía supone varias facetas²⁸, con la finalidad de lograr el aludido estado de bienestar físico, psíquico y social. Por una parte, es posible identificar un factor de prevención, con el cual se busca evitar la enfermedad, resultando pertinente no solo la prestación de los servicios médico-científicos idóneos, sino también la puesta en marcha de políticas educativas, que incentiven en la población la realización de prácticas y la consolidación de hábitos tendientes a la conservación de la salud, lo que además es desarrollo de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 49 superior.

Así mismo, se concibe una faceta de rehabilitación o de restablecimiento de la salud, en la que es posible distinguir una fase reparadora, con la que se procura la eliminación de la perturbación a la salud (curación de la enfermedad o del traumatismo), y otra faceta de mitigación o paliativa, cuyo objetivo es morigerar los efectos negativos que pudieren quedar.

4.4. Bajo esta premisa, que supone la complejidad de servicios que deben ser prestados para la efectividad plena del derecho a la salud, esta Corte ha resuelto acoger los argumentos expuestos en la Observación Número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la que se destacó la necesidad de que la prestación de servicios de salud se sujete a los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, a fin de lograr “el disfrute del más alto nivel posible de salud”²⁹, lo cual implica una mayor exigencia para

los prestadores del servicio y para el Estado, como garante último de la efectividad del derecho.

La jurisprudencia ha analizado el principio de integralidad en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que permita lograr el disfrute de ese “más alto nivel posible de salud”. Así, en fallo T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte sostuvo (no está en negrilla en el texto original):

“Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante.

Al respecto ha dicho la Corte que ‘(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente³⁰ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud’.³¹”

4.5. En el supuesto en que una entidad prestadora del servicio de salud no autorice un medicamento, procedimiento o tratamiento que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS, y que tal negativa conculque algún derecho fundamental, el juez de tutela es competente para determinar si se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia para inaplicar las normas en las que se cimienta dicha exclusión del sistema³². Así, en el fallo T-760 de 2008 citado, se indicó que el ámbito de la protección “no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida y dignidad de la persona o su integridad personal”.

Por ello, se puede colegir que una de las formas de restablecer el derecho a la salud, es a

través del otorgamiento del traslado de un paciente cuando éste lo requiera por sus quebrantos de salud.

Esta corporación ha indicado en varias oportunidades³³, los casos en que el Sistema General de Seguridad Social en Salud debe cubrir el servicio de transporte. No obstante este servicio no esté catalogado como una prestación asistencial de salud, algunas veces suele estar íntimamente relacionado con la recuperación de la salud, la vida y la dignidad humana.

En cuanto al subsidio para los traslados relacionados con la atención médica, la Corte ha reconocido la posibilidad de acceder a ese tipo de prestaciones, que aunque no son médicas, son el medio para el cumplimiento adecuado de éstas. En fallo T-636 de agosto 17 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, se anotó:

“En sentencia T-346 de mayo 18 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa, se recordó que la jurisprudencia constitucional ha señalado que todas las personas tienen el derecho a recibir la asistencia médica necesaria para la recuperación de su salud, situación que en algunos casos excepcionales puede conllevar incluso el servicio de transporte, siempre y cuando (i) ni el paciente ni la familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el mencionado servicio y (ii) que en caso de no otorgarse el medicamento, procedimiento o tratamiento, se amenace ‘la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario’. De igual forma, citó que en algunas oportunidades se ha ordenado la prestación del transporte, junto con un acompañante, cuando el paciente (i) dependa totalmente del tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente ‘para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas’ y finalmente, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero.

... ..

Por consiguiente, el traslado de pacientes de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud que requiera corresponde en primer término al usuario o en virtud del principio constitucional de solidaridad a sus familiares. No obstante, en casos especiales, dadas las circunstancias del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional. Lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de accesibilidad a los servicios de salud.”

Así, está establecido que por vía de tutela se puede impartir la orden para que la empresa prestadora del servicio de salud cubra el transporte, urbano o de una ciudad a otra, del afiliado y de un acompañante, cuando el paciente lo requiera, para que reciba oportunamente los servicios médicos asistenciales.

Quinta. El deber de atención de las EPS a los pacientes cuando no medie una orden médica o que la orden sea emitida por un médico no vinculado a su red de servicios.

5.1. Frente al presupuesto que la prescripción provenga del médico tratante, adscrito a la empresa prestadora del servicio de salud a la que está afiliado el paciente, en el fallo T-760 de 2008 referido, se precisó que, en los eventos en que existiere un concepto de un médico no adscrito a aquélla, pero que se trate de un profesional reconocido, que hace parte del Sistema de Salud, “corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y, si no se desvirtúa el concepto del médico externo, atender y cumplir entonces lo que éste manda”.

Adicionalmente, en ese fallo también se destacó que, ante el incumplimiento de la empresa prestadora del servicio y tratándose de un caso de especial urgencia, el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso al servicio de salud dispuesto por el médico, así sea externo, sin que resulte indispensable que sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva.

5.2. En este punto, debe resaltarse que la jurisprudencia constitucional más reciente ha delineado que, aún en los casos en los que no existe una prescripción específica de un determinado tratamiento o servicio médico (incluido o no en el POS), es factible proceder al amparo del derecho y a la concesión de lo solicitado cuando dimane claro de los hechos alegados, la incidencia que ellos tienen en el resarcimiento de la dignidad humana y el derecho a la vida del accionante.

Es de tal magnitud la relación entre la integralidad del servicio y la dignidad humana, que en fallo T-212 de marzo 28 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, se concedió el suministro de pañales al actor, que no habían sido prescritos por su médico tratante, hacia lo cual se consideró que “la atención médica que deben prestar las EPS debe ser en todos los casos integral y completa, incluso en aquellos eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento cuando

éste parece vital... Es posible concluir entonces que, hay eventos en los que es necesario que el juez de tutela ordene a la EPS accionada que preste un determinado tratamiento o suministre determinados medicamentos o insumos, que resultan de vital importancia para el paciente o bien porque de ellos depende su vida, o bien porque sin ellos se vulneran sus derechos fundamentales como la dignidad humana, y que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, tal y como lo estableció la jurisprudencia anteriormente citada, que resulta plenamente aplicable a los casos bajo estudio”.

5.3. De lo expuesto, es posible colegir que la prescripción de la asistencia médica solicitada en acción de amparo, debe entenderse bajo un criterio flexible, que no torne el requisito en un impedimento injustificado para acceder al servicio de salud. En contraste, será la necesidad de la prestación requerida la que marque la pauta para su concesión, urgencia que en ocasiones no resulta atendida por las empresas prestadoras, lo cual no obsta para que el juez de tutela, observando las apremiantes circunstancias, le conceda las pretensiones al demandante, a fin de garantizar su derecho a la salud y procurarle una existencia en condiciones dignas.

Sexta. Los casos concretos.

Expediente T-3432535.

6.1. El agente oficioso de Deicy Johana Valencia Echeverry, quien padece de “discapacidad severa por parálisis cerebral”, anotó que la falta de recursos económicos imposibilita el desplazamiento a los controles médicos, por lo que solicitó que la EPSS otorgue “un médico en casa o su traslado en ambulancia”, para que pueda continuar con su tratamiento. Empero, esa entidad negó lo pretendido, invocando que no se encuentra dentro del POSS.

El a quo accedió a las pretensiones de la demanda, siendo la decisión confirmada parcialmente por el ad-quem en lo que respecta a los insumos ordenados por el médico tratante, pero revocó lo relacionado con la entrega de “un subsidio para sufragar el servicio de taxi, o mediante la figura del médico a domicilio”, al no existir una “orden expresa por parte del galeno tratante”.

6.2. Así, la Sala solo se pronunciará sobre lo relacionado con el traslado de la paciente al hospital o al servicio médico a domicilio requerido por la señora Deicy Johana Valencia

Echeverry, ya que los “pañales tena (6 diarios), leche en polvo (1.000 gr semanales), ensure (400 gr un tarro semanal), compotas (2 diarias), pañitos húmedos (un paquete grande semanal) y crema antipañalitis (desistin #2 tubos semanales)”, fueron concedidos por los jueces instancia.

6.3. Tratándose del subsidio para el traslado invocado por la joven actora, y de conformidad con los lineamientos trazados en el acápite cuarto de esta providencia, y a pesar de que dicha prestación no está catalogada como un servicio de salud, sí se encuentra intrínsecamente relacionado con la salvaguarda de los derechos a la salud, la vida y la dignidad humana.

Al ser la actora una joven que no puede valerse por sí misma, y que difícilmente puede trasladarse en transporte público básico, la Sala ordenará que la entidad demandada facilite el desplazamiento a los controles médicos, en ambulancia, otorgue un subsidio para sufragar el servicio de taxi, o asigne un médico a domicilio que pueda atender la enfermedad que padece.

Esta Sala de Revisión revocará entonces el numeral segundo del fallo de segunda instancia, que a su vez revocó el numeral tercero de la decisión del ad quem, relacionado con el traslado de Deicy Johana Valencia Echeverry.

En consecuencia, se ordenará a Caprecom EPSS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, si no lo ha efectuado, autorice el transporte en ambulancia, brinde un subsidio para su movilización al centro médico o apruebe el servicio de atención médica domiciliario a fin de prestar a la accionante la atención médica integral.

Expediente T-3440495.

Para el caso del señor Leonel Osorio Castaño, quien mediante agente oficioso solicitó la protección de sus derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la EPS demandada al no autorizar el servicio de enfermería permanente o un cuidador primario especializado, para atender las necesidades que presenta el actor.

Acorde con la jurisprudencia analizada, el derecho a la salud es fundamental, motivo por el

cual la EPS, al abstenerse de suministrar o autorizar un tratamiento excluido del POS amenaza el bienestar de la persona, al negar la atención médica necesaria para mitigar los padecimientos de una enfermedad.

Empero, es necesario que, para que proceda el amparo, constatar ciertos presupuestos reseñados en la jurisprudencia, que se analizan a continuación.

(i) Que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenace los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física.

El señor Osorio Castaño requiere de un enfermero permanente o un cuidador primario para atender la enfermedad que padece, especializado en los requerimientos que requiere el paciente, que de no recibirlo, se pondría en riesgo el derecho a la salud, al carecer de los medios para hacerse cargo de sus necesidades básicas, tales como, “aseo personal, alimentación, suministro de medicamentos y cambio de posición cada 2 horas”, funciones que en la actualidad se le dificultan a la madre del actor, por su avanzada edad.

(ii) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico vinculado a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio.

De las pruebas obrantes en el expediente se encuentra que Comfenalco EPS, en enero 25 de 2012, recomendó que el accionante cuente con el apoyo de “un cuidador primario quien es el responsable de actividades como cambio frecuente de posición, y aseo entre otras”.

La Sala colige que la EPS debe proporcionar dicho cuidador primario, mediante persona idónea, para solventar las necesidades del enfermo, dado que fue esa entidad por indicaciones de la coordinadora de atención domiciliaria y del médico tratante, la que prescribió dicho servicio; teniendo en cuenta que quien ejerce esa función es la madre del agenciado, de 72 años, cuya avanzada edad y quebrantamientos de salud dificulta atender los requerimientos de su hijo.

(iii) Que el medicamento o servicio médico no pueda 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 POS.

La Sala concluye que este requisito se cumple, puesto que la EPS no hizo ninguna

apreciación. En ese contexto, el tratamiento recomendado por la accionada no puede sustituirse por otro de los contemplados en el POS.

(iv) Que el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido.

Respecto a la capacidad económica del señor Leonel Osorio Castaño, la Sala encuentra que la agente oficiosa indicó que su agenciado no tiene los recursos económicos para asumir el costo para obtener un cuidador primario permanente; no obstante, la EPS no se manifestó sobre este aspecto, ni aportó información alguna que evidencie lo contrario.

Sumado a lo anterior, la Sala encuentra que el señor Leonel Osorio Castaño es un sujeto a quien se debe especial protección constitucional, por las enfermedades que padece. Por tanto, hay suficientes elementos de juicio que permiten establecer la incapacidad económica del accionante para asumir el costo del tratamiento requerido.

De acuerdo con la situación fáctica del caso, se observa que la EPS Comfenalco vulneró los derechos invocados por el actor, al no suministrarle cuidador primario permanente, que por turnos debe ser permanentemente prestado por personal idóneo, razón por la cual se procederá a revocar el fallo único de instancia y, en su lugar, le serán tutelados los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social.

Así, se ordenará a la EPS Comfenalco, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, le facilite al señor Leonel Osorio Castaño el servicio de cuidador primario permanente, por turnos, con personal especializado e idóneo en los cuidados requeridos por él, hasta tanto persistan las circunstancias que originan esta necesidad, debiendo continuar facilitándole los demás procedimientos médicos necesarios para atender integralmente la enfermedad que padece.

IV. 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,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el numeral segundo del fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira en febrero 23 de 2012 (expediente T-3432535), que revocó el numeral tercero del proferido por el Juzgado 5° Penal del Circuito de la misma ciudad en diciembre 9 de 2011.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR a Caprecom EPSS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice el transporte en ambulancia de la joven Deicy Johana Valencia Echeverry y un acompañante, le brinde un subsidio para su movilización al centro médico o le apruebe el servicio de atención médica domiciliaria.

Tercero.- REVOCAR el fallo dictado en febrero 14 de 2012 por el Juzgado 5° Civil Municipal de Cali (expediente T-3440495), dentro de la acción de tutela incoada mediante agente oficioso a favor del señor Leonel Osorio Castaño, contra la EPS Comfenalco. En su lugar, se dispone TUTELAR sus derechos a la salud, la vida digna y la seguridad social.

Cuarto.- ORDENAR a la EPS Comfenalco, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, le facilite al señor Leonel Osorio Castaño el servicio de cuidador primario permanente, por turnos, con personal especializado e idóneo en los cuidados requeridos por él, hasta tanto persistan las circunstancias que originan esta necesidad, debiendo continuar facilitándole los demás procedimientos médicos necesarios para atender integralmente la enfermedad que padece.

Quinto.- Por Secretaría General de esta corporación, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La joven nació en marzo 20 de 1991 (f. 4 cd inicial respectivo).

2 F. 1 ib..

3 El señor Leonel Osorio Castaño nació en diciembre 22 de 1961 (f. 6 cd. inicial respectivo).

4 F. 3 ib..

5 F. 23 ib..

6 F. 7 ib..

7 F. 3 cd. inicial respectivo.

8 Fs. 4 y 5 ib..

9 F. 2 cd. inicial respectivo.

10 Fs. 6 y 9 ib..

11 Fs. 7 y 8 ib..

12 F. 12 cd. inicial respectivo.

13 F. 12 ib..

14 F. 15 ib..

15 F. 22 ib..

16 F. 19 cd. inicial respectivo.

17 Fs. 31 y 32 cd. inicial respectivo.

18 F. 35 ib..

19 Íd..

20 Íd..

21 F. 69 ib..

22 F. 71 ib..

23 F. 28 ib..

24 En el segundo párrafo del mencionado artículo, se dispone que “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”.

25 Cfr. T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto A. Sierra Porto, entre otras.

26 Cfr. T-200 de marzo 15 de 2007 y T-548 de julio 17 de 2011, M. P. Humberto A. Sierra Porto (ambas).

27 Cfr. T-650 de septiembre 17 de 2009, M. P. Humberto A. Sierra Porto.

28 Cfr. T-548 de 2011, precitada.

30 “En este sentido se ha pronunciado esta corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de febrero 19 de 2004, M.P. Manuel Cepeda Espinosa.”

31 “Sentencia T-1059 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: Sentencia T-062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T-730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-536 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-421 de

2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla).”

32 T-212 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, ya mencionada.

33 Cfr. T-350 de mayo 2 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-745 de agosto 6 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-962 de septiembre 15 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-200 de marzo 15 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-201 de marzo 15 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1019 de noviembre 22 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-212 de febrero 28 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-642 de junio 26 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-391 de mayo 28 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-716 de octubre 7 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-834 de noviembre 20 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.