

Sentencia T-716/14

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

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

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Evolución jurisprudencial

EVOLUCION JURISPRUDENCIAL EN DERECHO A LA SALUD COMO FUNDAMENTAL DE MANERA AUTONOMA-Sentencia T-760/08

DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia sobre carácter fundamental y procedencia para su protección

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

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

La jurisprudencia de esta Corporación ha otorgado a los adultos mayores una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las

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

SUMINISTRO DE INSUMOS, MEDICAMENTOS Y SERVICIOS NO INCLUIDOS EN POS- Procedencia excepcional de la tutela

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de medicamentos, elementos o procedimientos por fuera del POS, cuando su no autorización vulnera o pone en peligro derechos constitucionales fundamentales. La Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señaló los siguientes: a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

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

APLICACION DEL CRITERIO DE NECESIDAD COMO GARANTIA DE ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE SALUD

Concretamente en lo relacionado con el suministro de elementos esenciales para tener una vida en condiciones dignas, esta Corporación ha indicado además, que en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, precisen del suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos,

aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas, deberán proveérsele por parte de la EPS que le brinda el servicio de salud, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS o no hayan sido prescritas por el médico tratante.

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

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

DERECHO A LA SALUD Y PREVALENCIA DE LA ORDEN DEL MEDICO TRATANTE FRENTE AL CONCEPTO DEL COMITE TECNICO CIENTIFICO-Reiteración de jurisprudencia

La orden médica del galeno tratante, debe prevalecer sobre el concepto administrativo del Comité Técnico Científico, con el fin de que la salud de la paciente se restablezca, teniendo en cuenta que (i) es una persona adulta mayor que padece enfermedades que le impiden llevar una vida digna, (ii) la orden fue expedida por un médico adscrito a la EPS y es quien ha llevado el control de tratamiento de la agenciada, y (iii) no se controvertió en el proceso la incapacidad económica de la actora, y (iv) no hay un medicamento que sustituya el prescrito.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS autorizar y suministrar los medicamentos requeridos por la accionante en la forma, cantidad y condiciones que el médico tratante estableció

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS brindar una atención integral en salud, para el tratamiento que padece la accionante, en los términos y especificaciones que determinen los médicos tratantes

FACULTAD DE RECOBRO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ANTE EL FOSYGA-Derecho a repetir contra el ente territorial por el total 100% de la suma de los dineros invertidos en la

prestación de los servicios excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS autorice cama hospitalaria con colchón antiescaras

Acciones de tutela instauradas por Doris Marleni Trochez como agente oficioso de la señora Bertilde Trochez Benavides contra EMSSANAR EPS; y William Rebolledo Mercado, como asesor de la Personería de Envigado, Ministerio Público, actuando como agente oficioso del señor Ricardo Emilio Mesa Marín contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia D.S.S.A. – Alianza Medellín Antioquia EPS SAS.

Derechos fundamentales invocados: a la vida, a la salud y a la seguridad social

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

Problema jurídico: determinar si se vulneraron derechos fundamentales de personas que padecen enfermedades graves y adultos mayores, sin recursos económicos, a quienes se les negó la entrega de medicamentos no POS, exámenes médicos y cama hospitalaria con colchón antiescaras, aduciendo negativa del Comité Técnico Científico para su autorización en cuanto a los medicamentos y examen, y falta de orden del galeno tratante respecto de los insumos.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil catorce (2014).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Martha Victoria Sáchica Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente, las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por (i) el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Popayán, del 7 de febrero de 2014, que a su vez confirmó y modificó parcialmente el fallo emitido por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, Cauca, el 20 de enero de 2014; y (ii) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Duodécima de Decisión Civil, del 5 de marzo de 2014, que a su vez revocó en su totalidad el fallo emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Envigado, Antioquia, el 28 de enero de 2014.

Los expedientes T-4.362.524 y T-4.362.993, fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia, mediante Auto del veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014) proferido por la Sala de Selección número Cinco de la Corte Constitucional, para ser fallados en una sola sentencia.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, pruebas y la decisión judicial de cada uno de los expedientes:

1. EXPEDIENTE T-4.362.524

1.1. ANTECEDENTES

1.1.1. Solicitud

Doris Marleni Trochez, obrando como agente oficioso de su madre, la señora Bertilde Trochez Benavides, instauró el siete (7) de enero de dos mil catorce (2014), acción de tutela contra EMSSANAR EPS, por considerar que esta entidad vulneró los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de la agenciada, al no autorizar la entrega de los medicamentos “IBANDRONICO ACIDO 150 MG. TABLETA #4 y CITRATO DE CALCIO 1500 mg. + VITAMINA D3 200UI TABLETA #120” por encontrarse fuera del plan obligatorio de salud y no ordenar la entrega de una cama hospitalaria y colchón antiescaras por no existir fórmula médica. Por tanto solicita se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a EMSSANAR EPS a suministrar los medicamentos solicitados así como a ordenar la entrega de la cama y brindar la atención integral en salud para la patología de osteoporosis.

Basa su solicitud en los siguientes hechos:

1.1.2. Hechos

1.1.2.1. Manifiesta que su madre tiene 87 años de edad, padece osteoporosis, enfermedad que la tiene en cama hace más de siete años y son personas de escasos recursos económicos.

1.1.2.3. Indica que el doctor Régulo Vidal Barragán, médico tratante, adscrito a la EPS, en consulta del 20 de noviembre de 2013, en la historia clínica dejó registrado que la paciente requiere “de manera urgente” iniciar manejo con los medicamentos formulados para la osteoporosis, existiendo un alto riesgo de fractura.

1.1.2.4. Aduce que su señora madre, además de osteoporosis, sufre de hipertensión arterial, insuficiencia cardíaca, diabetes mellitus, enfermedad arterioesclerótica de miembro inferior izquierdo, incontinencia urinaria y epoc, por lo que se encuentra en cama desde hace mucho tiempo (7 años). Debido a esto le ha solicitado, en varias ocasiones, a los médicos tratantes que le formulen una cama hospitalaria, ya que en varias oportunidades se le dificulta respirar, cargarla para moverla, evitar quemaduras en su cuerpo por las posición y trasladarla al baño, pero los galenos se niegan a emitir una fórmula desconociendo la situación tan difícil de vida de la señora Trochez Benavides.

1.1.2.5. Considera que la EPS Emssanar debe garantizar la prestación integral del servicio de salud a su madre, teniendo en cuenta que es un adulto mayor, que padece una enfermedad delicada y que cualquier demora en el servicio puede empeorar su estado de salud.

1.1.3. Actuaciones procesales

A través de auto fechado el siete (7) de enero de dos mil catorce (2014), el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, Cauca, dio curso a la solicitud de acción de tutela y ofició a la entidad accionada para que en el término de tres (3) días se pronunciara sobre las pretensiones de la actora y ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

Posteriormente, el mismo despacho, decidió vincular a la Secretaría de Salud Departamental del Cauca, y correr traslado de la acción de tutela para que en el término de dos (2) días a partir de la notificación del auto de vinculación, se pronunciara respecto del asunto puesto a su consideración.

1.1.4. Contestación de la demanda

1.1.4.1. EMSSANAR E.S.S. EPS-S

La entidad accionada contestó la acción de tutela, solicitando se exonere a EMSSANAR EPS-S por cuanto no han vulnerado derecho fundamental alguno y se ordene a la Secretaría de Salud departamental del Cauca que autorice todos los requerimientos no POS solicitados y ordenados por el médico tratante, así como prestar un tratamiento integral a la accionante para sus padecimientos.

Fundamenta su solicitud en que, en relación con los medicamentos solicitados, no están contemplados dentro del sistema general de seguridad social en salud, por lo que fueron sometidos a estudio por parte del Comité Técnico Científico de la entidad, pero no fue posible su aprobación.

Respecto de la solicitud de cama hospitalaria y colchón antiescaras señala que para que se pueda acceder a la autorización debe mediar una fórmula u orden médica que describa dicha prescripción, por lo que en el caso bajo estudio no es posible al no existir orden médica alguna.

1.1.4.2. Secretaría de Salud del Departamento del Cauca

La Secretaría de Salud del Departamento del Cauca manifiesta que no tiene responsabilidad en la entrega de autorizaciones para la agenciada y que es la EPS EMSSANAR quien debe establecer, mediante Comité Técnico Científico, la pertinencia y autorizar la entrega de los medicamentos solicitados, con la posibilidad de recobro ante el ente territorial.

1.1.5. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas documentales que obran en el expediente:

1.1.5.1. Copia de la historia clínica de traumatología y ortopedia de la señora Bertilde Trochez Benavides, con fecha veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013), firmada por el doctor Régulo Andrés Vidal Barragán, médico Fisiatra, adscrito al Hospital SUSANA, EMSSANAR ESS.

1.1.5.2. Copia de fórmula médica, para la señora Bertilde Trochez Benavidez, fecha veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

1.1.5.4. Copia del Formato de Negación de Servicios de Salud y/o Medicamentos, en donde se le niegan a la señora Bertilde Trochez Benavides los medicamentos solicitados teniendo como justificación “SIN EVIDENCIA EN LA JUSTIFICACIÓN Y LA HISTORIA CLÍNICA DE QUE YA SE UTILIZARON AGOTARON O DESCARTARON OTRAS POSIBILIDADES TÉCNICAS CIENTÍFICAS Y TERAPÉUTICAS CONTENIDAS EN EL POS SIN OBTENER RESULTADO CLÍNICO O PARACLÍNICO SATISFACTORIO EN EL TÉRMINO PREVISTO DE SUS INDICACIONES O DE PREVER U OBSERVAR REACCIONES ADVERSAS O INTOLERANCIA POR EL PACIENTE O PORQUE EXISTAN INDICACIONES O CONTRAINDICACIONES EXPRESAS”.

1.1.5.5. Copia del documento de identidad de la señora Bertilde Trochez Benavides, donde consta que tiene 87 años de edad, y del carné de afiliación a la EPS EMSSANAR.

1.2. DECISIONES JUDICIALES

1.2.1. Fallo de primera instancia – Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, Cauca

El Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, mediante providencia del veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014), tuteló los derechos fundamentales invocados, en consecuencia, ordenó a la accionada autorizar y suministrar los medicamentos solicitados y la atención integral en salud para el tratamiento de la osteoporosis no especificada que padece, pero negó el suministro de la cama hospitalaria.

Lo anterior tuvo su sustento en que el Comité Técnico Científico se limitó simplemente a llenar un formato de negación de medicamentos no POS, pero no existe evidencia de un estudio realizado, exhaustivo del caso, que permitiera conocer las razones reales de la

negativa, no indica los medicamentos POS que podrían remplazar el fármaco formulado, es decir, no se encuentra que el CTC haya expedido dicho dictamen, con conocimiento completo y suficiente del caso en discusión.

Aunado a esto, se tuvo en cuenta que la accionante es una persona de especial protección constitucional, de la tercera edad, que se presume, al estar inscrita en SISBEN 1 que no cuenta con recursos económicos, que el galeno que recetó los medicamentos es su médico tratante adscrito a la EPS accionada. Por tanto no se encontró obstáculo para autorizar el suministro de los medicamentos solicitados, además de todo el tratamiento necesario para su padecimiento.

De otra parte, a pesar de estar probada la enfermedad que padece, no existe en el plenario una orden del médico que prescriba una cama hospitalaria con colchón antiescaras, por lo que no es posible acceder a esa pretensión.

1.2.2. Impugnación

La entidad demandada impugnó el fallo de primera instancia, señalando los mismos argumentos de la contestación de la acción de tutela, pero además solicitó, que si no llegasen a prosperar sus pretensiones de negativa de protección, se le ordene al FOSYGA o a la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, el reintegro del 100% de los gastos generados para cumplir el fallo.

1.2.3. Decisión de segunda instancia – Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Popayán, Cauca

El Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Popayán, mediante sentencia proferida el siete (7) de febrero de dos mil catorce (2014), confirmó el fallo, pero modificó el numeral cuarto para señalar que a EMSSANAR EPS, según la Ley 148 de 2011, le asiste el derecho al recobro contra el ente territorial Secretaría de Salud Departamental del Cauca, por el 100% de la inversión en la prestación de los servicios no Pos, y que se debían brindar en virtud de la atención integral ordenada en primera instancia.

2. EXPEDIENTE T-4.362.993

2.1. ANTECEDENTES

El señor William Rebolledo Mercado, como asesor de la Personería de Envigado, Ministerio Público, actuando como agente oficioso del señor Ricardo Emilio Mesa Marín, instauró el 13 de enero de 2014 acción de tutela contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia D.S.S.A. – Alianza Medellín Antioquia EPS SAS, por considerar que esta entidad vulneró los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de su agenciado, al no autorizar la cita “CONTROL DE FISIATRIA” y los exámenes de laboratorio “PEPTIDO CITRULINADO” los cuales han sido negados verbalmente. Fundamenta su solicitud en los siguientes hechos:

2.1.2. Hechos

2.1.2.1. Manifiesta que el señor Ricardo Emilio Mesa Marín tiene 73 años de edad, se encuentra en el nivel 2 del Régimen Subsidiado y padece un dolor poliarticular, edema digital y alteración funcional por el dolor, el cual es tratado con antibióticos en la Clínica Medellín.

2.1.2.2. A pesar del tratamiento, no se han obtenido los resultados esperados por lo que sus padecimientos se han agravado.

2.1.2.3. El 13 de septiembre de 2013, el doctor Carlos A. Reyes, médico adscrito a la institución le ordenó el procedimiento “CONTROL FISIATRÍA, EXAMENES DE LABORATORIO PEPTIDO CITRULINADO”, el cual fue negado verbalmente en el mes de diciembre de 2013, por Alianza Medellín Antioquia EPS SAS.

2.1.2.4. Señala que a la fecha no se le han autorizado la cita ni los exámenes solicitados, por lo anterior insiste en que se le protejan los derechos fundamentales al señor Mesa Marín y le sean autorizados los exámenes, citas y todo el tratamiento integral necesario para tratar su enfermedad Poliartralgia.

2.1.3. Actuaciones procesales

A través de auto fechado el quince (15) de enero de dos mil catorce (2014), el Juzgado Primero Civil del Circuito de Envigado, Antioquia, dio curso a la solicitud de acción de tutela y, ofició a la entidad accionada para que en el término de dos (2) días se pronunciara

sobre las pretensiones de la actora y ejerciera sus derechos de defensa y contradicción, De igual forma, vinculó a Alianza Medellín Antioquia EPS SAS.

2.1.4. Contestación de la demanda

2.1.4.1. Alianza Medellín Antioquia EPS SAS

La EPS Alianza Medellín, solicita se declare improcedente la presente acción por cuanto (i) se presenta un hecho superado respecto de la cita control fisiatría y los exámenes de laboratorio ya que la EPS los autorizó mediante las órdenes No. 4611484 y 4511578; y (ii) no se presenta legitimidad por pasiva en lo que tiene que ver con el examen “PEPTIDO CITRULINADO” porque éste se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, así que es competencia de la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

De otra parte, señala que si el Despacho decide tutelar los derechos invocados, se autorice el recobro de los gastos no POS al FOSYGA o a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social, así como la exoneración del pago de cuota moderadora al accionante.

2.1.4.2. Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia

2.1.5. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas documentales que obran en el expediente:

2.1.5.1. Copia del documento de identidad del señor Ricardo Emilio Mesa Marín, donde consta que tiene 74 años de edad.

2.1.5.2. Copia de las órdenes médicas con fecha trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013), a nombre del señor Ricardo Mesa, donde se le prescribe el examen Péptido Citrulinado y los demás exámenes de laboratorio, firmadas por el doctor Carlos A. Reyes C., médico adscrito a la Clínica Medellín.

2.1.5.3. Copia del formato de Solicitud de Procedimientos, Insumos, Actividades, e Intervenciones NO POS, de fecha trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013), a nombre del actor, en donde se solicita autorización para el examen Péptido Citrulinado, con una nota a mano que dice “?No Hay - CTC P/10 solicitó ampliar”.

2.1.5.4. Copia de formulario denominado “ANEXO TECNICO No:3 SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD” de fecha trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013), a nombre del paciente Ricardo Emilio Mesa Marín en donde se solicita: Control Fisiatría, Exámenes de laboratorio y péptido Citrulinado.

2.1.5.5. Copia de la Historia Clínica del actor, emitida el trece (13) de septiembre por el doctor Carlos Antonio Reyes Cabrera, médico adscrito a la Clínica Medellín.

2.1.5.6. Copia del Acta Comité Técnico Científico de SAVIA SALUD, de fecha veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013), en donde se llegó a la conclusión que respecto del examen péptido Citrulinado, se solicitará al profesional tratante ampliar la justificación clínica sobre los resultados previos de exámenes incluidos en el POS.

2.1.5.7. Copia fax de la Consulta de Servicios Autorizados a Afiliado, a nombre del accionante, Aseguradora: Alianza Medellín Antioquia EPS SAS, IPS Primaria ESE Santa Gertrudis Envigado, en donde aparecen los servicios autorizados al señor Mesa del diecisiete (17) de septiembre de dos mil trece (2013) al dieciséis (16) de enero de dos mil catorce (2014).

2.1.5.8. Oficio de la Secretaría General de la Corporación, recibido el día diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), adjuntando poder para actuar suscrito por la Personera Municipal de Envigado y con firma de aceptación del doctor William Rebolledo Mercado, para que en ejercicio de Ministerio Público, y en representación de la Personera de Envigado, interpusiera acción de tutela en favor del señor Ricardo Emilio Mesa Marín, y en contra de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia D.S.S.A. – Alianza Medellín Antioquia EPS S.A.S., fechado trece (13) de enero de dos mil catorce (2014), enviado por el doctor Rebolledo Mercado a la Corporación.

2.1.5.9. Copia del poder conferido al doctor William Rebolledo Mercado, fechado trece (13) de enero de dos mil catorce (2014), para actuar en ejercicio de las funciones del Ministerio Público, y represente los intereses del señor Ricardo Emilio Mesa Marín, suscrito por la doctora Virginia López Flórez, Personera del Municipio de Envigado.

2.2. DECISIONES JUDICIALES

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Envigado, mediante providencia del veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014), amparó los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la igualdad del señor Mesa Marín, ordenando a Alianza Medellín Antioquia EPS SAS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realizara las gestiones pertinentes para practicar y autorizar al actor el control de fisiatría y los exámenes de laboratorio incluido el péptido Citrulinado, pudiendo recobrar ante el ente territorial departamental. Así como también deberá prestar todo el tratamiento integral al peticionario, mientras esté afiliado y se relacione con la patología “poliartralgia en estudio, pudiendo recobrar solo por las exclusiones del POS, a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

Basó su decisión en que: (i) si bien es cierto que el examen de laboratorio requerido no fue avalado por el Comité Técnico Científico, eso no es obstáculo para conceder el amparo, teniendo en cuenta que el médico que determinó la práctica de dicho examen es quien ha venido tratando su enfermedad y quien consideró la necesidad del estudio, máxime cuando el concepto emitido por el Comité no se basa en algún argumento científico; (ii) como se trata de una persona adulta mayor se dispone que la EPS debe ejecutar la orden del médico respecto del control de fisiatría, exámenes de laboratorio y péptido Citrulinado pudiendo recobrar lo excluido del POS al ente territorial; y (iii) para garantizar la efectiva protección a sus derechos fundamentales es necesario ordenar la atención integral solicitada.

2.2.2. Impugnación

La accionada impugnó el fallo al considerar que la imposición de los servicios NO POS y las exclusiones prescritas en el fallo, son legalmente competencias de la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia.

2.2.3. Decisión de segunda instancia – Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Duodécima de Decisión Civil.

La Sala Duodécima de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia proferida el cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014), decidió revocar en su totalidad el fallo impugnado, declarando improcedente la acción de tutela, por cuanto no fue ejercida por el Personero Municipal de Envigado, sino por una persona que dice ostentar la condición de abogado asesor de esa Personería, calidad que es insuficiente para predicar una

legitimación para ejercer la acción. Por esto, el demandante no está legitimado en la causa por activa, lo cual hace que no se cumplan los requisitos de procedencia de la acción constitucional.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

3.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima 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, y 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de esta referencia.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

Con base en los antecedentes anteriormente expuestos, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional debe determinar si se vulneraron derechos fundamentales de personas que padecen enfermedades graves y adultos mayores, sin recursos económicos, a quienes se les negó la entrega de medicamentos no POS, exámenes médicos y cama hospitalaria con colchón antiescaras, aduciendo negativa del Comité Técnico Científico para su autorización en cuanto a los medicamentos y examen, y falta de orden del galeno tratante respecto de los insumos.

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

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

El artículo 86 de la Constitución Política contempla que cualquier persona que se encuentre dentro del territorio nacional o se encuentre fuera de él, pueda interponer acción de tutela directamente o por quien actúe en su nombre, mediante un procedimiento preferente,

informal y sumario, cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

En ese sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, “quien actuará por sí misma o a través de representante”.

Igualmente, esta disposición contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

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

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante los poderes se presumirán auténticos.

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

En ese sentido se pronunció la Corte en sentencia T-294 de 2004[1] en la cual reiteró los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, así:

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

Sobre el particular, esta Corporación, a través de la sentencia T-552 de 2006[2], consideró que:

“la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte en anteriores oportunidades[3], a partir de las normas de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los

presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela. Esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) el ejercicio directo de la acción de tutela. (ii) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo, y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso”[4]

De lo anterior se concluye, que la agencia oficiosa es permitida constitucionalmente cuando se manifieste expresamente esa condición y se demuestre que el afectado se encuentra imposibilitado para interponerla.

La Corte Constitucional[5], ha reiterado que la agencia oficiosa debe ser probada como tal y demostrar que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

3.4. EL CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO A LA SALUD

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[6]

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”[7]

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su

condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta[8].

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

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[9].

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[10], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[11]

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

En esta línea tenemos, por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993[12] y T-395 de 1998[13]. En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose privada de su libertad, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

"Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cubija a cada una de las especies que lo

integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

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

En la sentencia T-395 de 1998[14], la Corte aun sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, esto se vio reflejado al tratar una solicitud que se hiciera al ISS, a cerca de un tratamiento en el exterior, se pronunció de la siguiente forma:

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en si mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida

saludable”, en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo estableció la sentencia T- 1081 de 2001[15], cuando dispuso:

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

Posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia T-016 de 2007[16], amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que:

“la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.[17]

Por último, en la sentencia T-760 de 2008[18], esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”

Así las cosas, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un

derecho subjetivo que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano, donde el Estado, la sociedad y la familia, deben garantizar un mínimo de dignidad a las personas[19] y su estabilidad tanto física como mental, el cual, como se ha reiterado, adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y puede ser protegido por la acción de tutela[20].

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

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

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

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

Atendiendo las normas internacionales[21] y constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha otorgado a los adultos mayores una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad.

De esa forma, la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo[22]. Al respecto en sentencia T-540 de 2002[23], manifestó:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”.(Negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido, la sentencia T-760 de 2008[24], expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental.

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

De conformidad con ello se concluye, que tratándose del derecho a la salud de las personas merecedoras de especial protección, éste es consecuencia directa del principio de dignidad humana[25]. Por esta razón, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad.

Este deber de protección es responsabilidad también de los jueces, quienes deben de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto[26]. En este orden, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

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

La Ley 100 de 1993[27], contempla dos regímenes a saber: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema de seguridad social; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

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

El Plan Obligatorio vigente está conformado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, y actualizada mediante el Acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011 de la C.R.E.S.[28]

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

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

En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio[29], (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) se haya solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.[30]

Como quiera que el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, señalando que es constitucionalmente admisible “toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.”[31]

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

Sin embargo, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de

medicamentos, elementos o procedimientos por fuera del POS, cuando su no autorización vulnera o pone en peligro derechos constitucionales fundamentales. Es el ejemplo de la sentencia SU-480 de 1997[32], que estudió varios casos de personas diagnosticadas con VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena ante la negativa de suministrarles inhibidores de proteasa en la calidad y cantidad requeridos, con el fin de mejorar su calidad de vida. En aquella oportunidad la Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social eran de carácter prestacional, y sólo fundamentales en conexidad con el derecho a la vida. Añadió que “En el caso en el que dicho medicamento no esté contemplado en el listado oficial, pero esté de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale, aunque no esté en el listado (...) poner la paciente a realizar trámites administrativos y procedimientos judiciales para acceder al medicamento implica agravarle su estado de salud y por ende, poner en riesgo su vida”[33].

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

Es el caso de la sentencia T-1081 de 2001[34], con ocasión de la acción de tutela adelantada por un señor de 70 años al que su médico le había ordenado cirugía de catarata en el ojo derecho y la EPS se negó a suministrarle el lente intraocular y los medicamentos prescritos debido a que no estaban contemplados en el POS. En esta oportunidad sostuvo que “el derecho a la salud en los adultos mayores es un derecho fundamental y autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”.

Igualmente, la sentencia T-069 de 2005[35] estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticada sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, siendo ordenada la utilización permanente de audífonos, para lo cual el actor solicitó a la entidad de salud el suministro de los elementos prescritos. Sanitas EPS emitió respuesta negativa indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos.

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

“la negativa de las entidades de salud en suministrar tratamientos, elementos y medicamento excluidos del POS a menores de edad, configura una vulneración a derechos fundamentales esenciales, más aún cuando se trata de menores de edad que se encuentran en condición de discapacidad. En esa situación, se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección; “por una parte, por ser un menor de edad, cuyo derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela; y por la otra, por sufrir de una discapacidad, lo que lo hace sujeto de que el Estado, directamente o a través de los medios correspondientes, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta”[36].

Posteriormente, en la sentencia T-1331 de 2005,[37] se analizó el caso de una tutela interpuesta por el esposo de una señora de la tercera edad que sufría de hipertensión arterial, a quien el médico tratante le formuló determinados medicamentos que la EPS negó por cuanto no fueron prescritos por un médico adscrito a esa entidad. En ella, la Corte concedió el amparo de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, al considerar que debido a las características de especial vulnerabilidad de la agenciada por tratarse de un adulto mayor, el derecho a la salud es fundamental y autónomo el cual podía ser amparado por vía de tutela.

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

Sobre este punto es importante resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido

a que no se encontraba contemplado en la lista del Plan Obligatorio de Salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico.

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señaló los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante[38]”.

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la sentencia T-760 de 2008[39], no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de “necesidad” del paciente.

Posteriormente, la Corte[40] aclaró que “requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, ‘requerir con necesidad’”. En ella, aclaró el concepto de “requerir”[41] y el de “necesidad”. Respecto al

primero señaló que se concretaba en que “a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.[42]”

El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008[43], adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió este Tribunal cuando precisó que:

“toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”[44]

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[45]

Igualmente ha indicado que “una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad.”[46]

Así, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite

un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.[47]

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

En ese orden de ideas, se puede concluir que no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva y que se excluya la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

Por otra parte, y concretamente en lo relacionado con el suministro de elementos esenciales para tener una vida en condiciones dignas, esta Corporación ha indicado además, que en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, precisen del suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas, deberán proveérsele por parte de la EPS que le brinda el servicio de salud, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS o no hayan sido prescritas por el médico tratante.

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

En ese sentido se orientó la Sentencia T-233 de 2011[48], en donde se analizó el caso de

una persona de 37 años a quien a causa de un disparo de arma de fuego, quedó paralítica. En ese momento la Corporación decidió otorgar la entrega de pañales y otros insumos no POS que solicitaba el agente oficioso del actor, argumentando que existen “(...) padecimientos que menoscaban la salud y la vida en condiciones dignas de cualquier ser humano. Específicamente el hecho de ser paralítico tiene graves consecuencias en las personas que se encuentran en esta situación, tales como la imposibilidad de caminar y de moverse por sus propios medios y de controlar el cuerpo (...)”. Por lo cual, se le impide “(...) al afiliado llevar una vida normal en el desempeño de sus actividades diarias, a menos que se le proporcione en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia del ser.”[49]

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha ordenado también, analizando cada caso en específico, y atendiendo el principio de integralidad en el servicio de salud, la entrega de estos elementos, aún sin existir orden médica que los prescriba, considerando que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permiten gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[50]

Así las cosas, es posible ordenar por medio de acción de tutela el suministro de estos elementos siempre que (i) se evidencia una afectación directa a los derechos fundamentales del paciente y (ii) haya una relación directa y de necesidad entre el padecimiento y lo solicitado, es decir, que en estas hipótesis es procedente ordenar por la vía de la acción de tutela el suministro de estos elementos siempre que, además de la afectación de los derechos fundamentales del paciente, sea evidente que existe una relación directa y de necesidad entre la dolencia y lo pedido, es decir, que las circunstancias fácticas y médicas permitan concluir forzosamente que, en realidad, el afectado necesita de la entrega de los componentes porque su condición así lo exige[51].

Por ejemplo, en la Sentencia T-160 de 2011[52] que estudió el caso de una persona de la tercera edad que sufría de Parkinson de rigidez y solicitaba le fueran suministrados pañales desechables debido a que dicho padecimiento había limitado su capacidad de movilidad. En esa ocasión, la Corporación consideró que la condición del paciente hacía evidente la necesidad de la entrega de los insumos señalados, pues la patología había “(...) limitado su capacidad de locomoción, impidiendo la realización por sí mismo de sus necesidades

fisiológicas”, por lo que no se tuvo en cuenta la inexistencia de una prescripción médica y se ordenó a la entidad prestadora del servicio médico, entregar los elementos solicitados[53].

En otra oportunidad, y en el mismo sentido, se orientó la Sentencia T-692 de 2012[54], en la que la Corporación amparó el derecho de una joven de 23 años que padecía parálisis cerebral y cuadriparesia espástica severa, motivo por el que se encontraba postrada en cama y requería para su cuidado diario, entre otros insumos, paños húmedos, guantes, crema antiescaras e hidratante y silla especial para baño. Allí también la Corte autorizó la entrega de los mismos, como quiera que existía una marcada relación entre los servicios asistenciales de cuidado y la garantía del goce efectivo de la vida digna de la agenciada.

Y, finalmente, bajo esas mismas premisas, la Sentencia T-111 de 2013[55] estudió el caso de una mujer que padecía una enfermedad cerebro vascular isquémica trombolizada con transformación hemorrágica en territorio de la arteria cerebral, que le impedía valerse por sí misma como consecuencia de un estado de coma superficial. En esta oportunidad el uso de pañales desechables sí había sido indicado en su historia clínica, pero la entrega de una cama hospitalaria no había sido prescrita por lo que su agente oficioso la solicitó. La Corporación decidió ordenar la entrega de esta última a la EPS, ya que su suministro dada la necesidad de “(...) cambiar de posición permanentemente para evitar (...) [la] formación de escaras, [y la persistencia de] (...) una en la región lumbosacra que requiere de curación diaria (...), era vital para el tratamiento de la enfermedad y movilidad de la accionante, y [consideró] que al no autorizar la EPS su entrega, se [estaban] vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Clara Marchena de Montero, toda vez su no utilización [repercutía] directamente en el deterioro de su salud.”

Ahora bien, teniendo en cuenta las citadas circunstancias, es preciso concluir que la Corte permite un margen de apreciación mucho más amplio, en orden a proteger efectivamente el derecho a la salud de aquellas personas que requieren con necesidad el suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas aun cuando no aparezcan incluidos dentro del POS. Por tanto, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrarlos, siempre y cuando éstos sean vitales para garantizar una vida digna.

4. CASOS CONCRETOS

4.1. EXAMEN DE PROCEDENCIA

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

Estos aspectos, indican claramente que se trata de personas de especial protección constitucional, que además de encontrarse en estado de debilidad manifiesta[56], pertenecen a un grupo social vulnerable, frente al cual el constituyente adoptó la decisión de brindar un cuidado especial[57], que puede ser exigido a través de la acción constitucional.[58]

4.1.1. Legitimación por activa

En efecto, tal como se precisó en la parte motiva de esta providencia, la Corte[59] ha reiterado que un tercero podrá actuar como agente oficioso sin que medie poder para el efecto, cuando el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio, siempre que esta circunstancia se exprese en el escrito de la tutela.

En el caso de la señora Bertilde Trochez Benavidez, la Sala encuentra acreditada la legitimación en la causa por activa, puesto que quien interpone la acción de tutela es la hija de la afectada, y se trata de una persona que se encuentra en incapacidad física para solicitar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la empresas Emsanar EPS.

En el caso del señor Ricardo Emilio Mesa Marín, se tiene que quien presentó la acción de tutela fue un abogado asesor de la Personería de Envigado.

Al respecto la Corte Constitucional, en Sentencia T-657 de 2010[60], expuso lo siguiente:

“El Decreto 2591 de 1991 contiene varias disposiciones relativas a la intervención de los

personeros municipales y del defensor del pueblo, dentro del proceso de tutela. Es así que en su artículo 49, autoriza a los Personeros Municipales por delegación expresa del Defensor del Pueblo, para su interposición, potestad que fue otorgada mediante Resolución 001 de abril 2 de 1992.

Esta normativa establece la facultad de interponer acciones de tutela, tanto al Defensor del Pueblo como a los personeros municipales, siempre que se presenten dos situaciones I) que se solicite ante la entidad o II) que la persona se encuentre en estado de indefensión.[61]

Así el artículo 10 de precitado Decreto establece que:

‘Artículo 10.- Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

“También se podrán agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

“También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.’ (Subraya fuera del texto)

3.2 En relación con la potestad de los personeros, en uso de la figura de la delegación, señala el artículo 49:

‘Artículo 49. Delegación a los personeros. En cada municipio, el personero en su calidad de defensor en la respectiva entidad territorial, podrá por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer las acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente.’

Esta facultad otorgada a los personeros municipales y al defensor del pueblo, se presenta solamente en dos situaciones a saber; (I) solicitud del interesado o (II) estado de indefensión de quien solicita el amparo, esta exigencia se da en virtud del respeto por el querer de quien vería posiblemente afectado un derecho fundamental. ‘Es decir, realmente,

lo que pretenden las normas, y así lo ha entendido la Corte, es reconocer la capacidad de decisión de las personas, que actúen por su propia voluntad, cuando pretendan ejercer la acción de tutela. Asunto que adquiere mayor claridad e importancia, en esta clase de acciones, que, por su naturaleza, están desprovistas de formalidades, y pueden ser ejercidas por el afectado directamente, sin tener que acudir a un abogado o a un representante'[62]."

Así las cosas, en el caso del señor Mesa Marín, él mismo se acercó a la personería, como consta en el escrito de tutela, y solicitó que en su nombre se presentara la demanda, a lo cual el doctor William Rebolledo Mercado accedió, en representación del Ministerio Público, según consta en el Poder allegado a esta Sala de Revisión, en el cual se lee que la Personera de Envigado confiere poder especial en derecho al Doctor Rebolledo, para que, "en ejercicio de las funciones de Ministerio Público, instaure Acción de Tutela contra D.S.SA. (...). En consecuencia, en representación de la Personería Municipal, el Abogado queda facultado para formular la Acción de Tutela, tramitarla, (...)".

Por lo anterior, en este caso la Sala también encuentra legitimado en la causa al representante del Ministerio Público, para iniciar la acción de tutela en favor del señor Ricardo Emilio Mesa Marín.

4.1.2. Legitimación por pasiva

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

4.1.3. Examen de inmediatez

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

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

4.1.4. Examen del cumplimiento del principio de subsidiariedad

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

4.2. PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

4.2.1. Expediente T- 4.362.524

En el presente caso la actora actúa como agente oficioso de su madre quien tiene 87 años de edad, padece osteoporosis y lleva varios años postrada en cama. Su médico tratante le ordena los medicamentos “Acido Ibrandronico 150 mg Tableta#4, Citrato de Calcio 1500mg y Vitamina D3 200UI Tableta #120”, los cuales le fueron negados por la empresa EPS EMSSANAR por encontrarse excluidos del POS. Además de lo anterior, señala que necesita una cama hospitalaria y colchón antiescaras, puesto que también padece hipertensión arterial, insuficiencia cardiaca, diabetes mellitus, arterioesclerosis de miembro inferior izquierdo, incontinencia urinaria y epoc, por lo que no puede moverse de su cama y esto le ha generado escaras en su cuerpo, pero también le fue negada por cuanto no existe orden médica de su galeno tratante.

Aunado a lo anterior, señala que no posee recursos económicos para cubrir los anteriores medicamentos e insumos.

De la contestación de la acción de tutela, se extrae que el Comité Técnico Científico negó la entrega de los medicamentos basado en que a la paciente no se le había aplicado tratamientos alternativos a los que le fueron ordenados y que si estuvieran contemplados en el POS, argumento que es totalmente contrario al concepto emitido por el médico

tratante, quien en la historia clínica de la actora señala que “EN EL POS NO EXISTE UN CONGENER QUE PUEDA REEMPLAZAR LOS MEDICAMENTOS NO POS, QUE SE LE HAN PRESCRITO A LA PACIENTE”, presentándose una tensión entre lo manifestado por el galeno y el Comité Técnico Científico.

Para resolver esta tensión se remitirá esta Sala a lo probado en el expediente.

En el proceso se puede verificar que el no continuar el tratamiento con los medicamentos prescritos vulnera y pone en peligro e inminente riesgo el derecho fundamental a la integridad personal de la señora Bertilde Trochez Benavides, pues como se extrae de la historia clínica “requiere de manera urgente iniciar manejo con la medicación para el manejo de la osteoporosis, que ya se le formuló hace más o menos 40 días. Existe riesgo muy alto que haga una fractura por cuenta de no iniciar estos medicamentos cuanto antes”. Además de indicar que en el POS no se hallan medicamentos o tratamientos que puedan reemplazar los prescritos o que pudiendo sustituirse tengan la misma efectividad, ya que se le está prescribiendo citrato de calcio y no carbonato “pues por el estado en que se halla la paciente ella es proclive a desarrollar litiasis renal y el carbonato de calcio (que es el que tiene el pos) es un medicamento que por la sal del carbonato, facilita la formación de cristales que a la postre terminan formando los cálculos renales (esto sería un agravante en una paciente con múltiples patologías y ya de por sí polimedicada)”.

Por otra parte, el Comité Técnico Científico, en su concepto sólo diligenció el formato de negación de la solicitud de medicamentos no POS, sin indicar quien conformó el Comité, algún análisis si quiera mínimo del caso de la agenciada, no indica los medicamentos por los que se podría remplazar los pedidos, es decir, no existe señal de que el Comité hubiese hecho un estudio exhaustivo de la historia clínica de la señora Bertilde para poder emitir un informe integral sobre la solicitud.

Así las cosas, y en concordancia con la jurisprudencia citada en precedencia, la orden médica del galeno tratante, debe prevalecer sobre el concepto administrativo del Comité Técnico Científico, con el fin de que la salud de la paciente se restablezca, teniendo en cuenta que (i) es una persona adulta mayor que padece enfermedades que le impiden llevar una vida digna, (ii) la orden fue expedida por un médico adscrito a la EPS y es quien ha llevado el control de tratamiento de la agenciada, y (iii) no se controvirtió en el proceso

la incapacidad económica de la actora, y (iv) no hay un medicamento que sustituya el prescrito.

De otro lado, y respecto de la solicitud de ordenar a la accionada que brinde todo el tratamiento integral para los padecimientos de la agenciada, se tiene que la señora Bertilde Trochez sufre enfermedades como la osteoporosis, el epoc, o insuficiencia cardíaca y diabetes mellitus, entre otras, por lo cual se infiere que no solo va a requerir los medicamentos hoy solicitados, sino que en adelante requerirá de citas, exámenes medicamentos, valoraciones, etc., para el seguimiento de sus afecciones, que no se puede permitir que se tengan que pedir por esta vía, por ser adulto mayor, de tal manera que, en atención al principio de integralidad en el derecho a la salud, se le debe prestar un servicio completo, aclarando que son los servicios, medicamentos, citas, valoraciones, exámenes, etc., que el médico tratante prescriba.

Frente a la solicitud de la cama hospitalaria y el colchón antiescaras, la Sala observa que, a pesar de no existir una orden del médico tratante, la Corporación en casos como el hoy estudiado, ha ordenado la entrega de ciertos elementos que permitan el cumplimiento de la protección al derecho fundamental a la vida digna.

En el caso de la señora Bertilde Trochez Benavidez, que es una persona adulta mayor de 87 años, atendida y cuidada por su hija que manifiesta lo difícil que es para ella manejarla y que ha solicitado en muchas ocasiones a los médicos que tratan a su mamá, la orden de cama hospitalaria con colchón antiescaras, teniendo en cuenta que lleva 7 años en cama por lo que presenta escaras en su cuerpo, pero los galenos se niegan desconociendo la situación tan indigna que tiene que sufrir tanto la agenciada como su hija.

Debido a sus múltiples padecimientos, y al no poder valerse por sí misma y necesitar la ayuda de su hija para moverse, la cama hospitalaria y el colchón antiescaras se convierten en elementos esenciales para poder sobre llevar su enfermedad, sin los cuales, si bien no se compromete su vida, si su derecho a la vida en condiciones dignas[63]. En esas circunstancias, resulta claro que la negativa de entidad de salud demandada de suministrar la cama hospitalaria y el colchón, por no mediar una orden médica, vulnera sus derechos fundamentales.

4.2.2. Expediente T-4.362.993

En este caso, el agenciado es un hombre de 73 años de edad, vinculado al régimen subsidiado en el nivel 2 del Sisben, que padece un “dolor poliarticular, edema digital y alteración funcional por el dolor”, afección que ha sido tratada con antibióticos pero los resultados obtenidos no han sido los esperados, agravándose cada vez más. Su médico tratante ordenó remitir al paciente a la práctica del control por fisioterapia y exámenes de laboratorio Péptido Citrulinado, lo cual fue negado por la entidad demandada.

En primera instancia se le concedió el amparo y se ordenó a la EPS-S generar la cita y realizar el examen solicitado, pero en segunda instancia de tutela fue revocado el amparo al no comprobarse la representación del Ministerio Público por parte del doctor William Rebolledo.

Respecto de este punto, en sede de revisión por la Corte Constitucional, se comprobó que el doctor Rebolledo Mercado actuó en nombre y representación de la Personería Municipal de Envigado, de acuerdo a poder allegado a este Despacho, en donde consta que la doctora Virginia López Flórez, personera, confirió poder especial al abogado para actuar en ejercicio de las funciones de Ministerio Público para instaurar la acción de tutela en favor del señor Ricardo Emilio Mesa Marín y en contra de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia – Alianza Medellín Antioquia EPS SAS, lo cual cumple con el requisito de legitimación por activa, como se explicó en precedencia.

De la contestación de la acción de tutela se extrae que el examen Péptido Citrulinado, fue negado por estar excluido del POS y el concepto del Comité Técnico Científico fue negativo solicitando al médico una explicación de por qué no se prescribió otro examen incluido en el POS, para lo cual se generó otra cita de fisioterapia.

Así las cosas, si bien es cierto que la orden del examen de laboratorio no fue avalada por el Comité Técnico Científico, esto no es óbice para conceder el amparo al señor Ricardo Emilio Mesa Marín, ya que fue su médico tratante el que ordenó dicho examen científico, y es él quien conoce los padecimientos y tratamientos pertinentes para el actor, y así considerar necesario el estudio prescrito. Por tanto el concepto del galeno debe prevalecer sobre el emitido por el Comité Técnico Científico, más cuando dicho Comité no esgrimió argumentos científicos para negarlo.

Ahora bien, a pesar de los argumentos expuestos por la EPS-S que señalan la no prestación

del servicio por cuanto está excluido del POS y de los expuestos por la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia que indican que quien debe autorizar el examen es la EPS-S, lo cierto es que se está frente a una adulto mayor, protegido de manera especial y reforzada por la Constitución, por lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe prevalecer la orden del galeno tratante sobre el concepto del Comité Técnico Científico, y así realizar el derecho al diagnóstico del paciente y lograr que su salud se restablezca, teniendo en cuenta que es una persona sin recursos económicos propios suficientes para sufragar dicho examen, lo cual se infiere de su clasificación en el Sisben en el nivel 2.

Finalmente, es claro que el agenciado va a necesitar otro tipo de atenciones para tratar su padecimiento, por lo cual, en atención al principio del derecho a la salud de integralidad y continuidad, se debe autorizar todo el tratamiento integral que requiera con ocasión de su patología “poliartralgia en estudio”, y así garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales conculcados, teniendo la EPS SAS Alianza Medellín Antioquia que prestar la continuidad en el servicio que se ha venido prestando, con recobro a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia de lo que se encuentre excluido del Plan Obligatorio de Salud.

4.3. CONCLUSIONES

4.3.1. La Corte Constitucional, frente a personas con protección especial por parte de la Constitución, ha señalado que se debe tener en cuenta sus condiciones específicas para la aplicación que normas que pueden resultar muy estrictas y de difícil cumplimiento, en aras de proteger sus garantías fundamentales. Es así como respecto del derecho a la salud se ha concluido que, en el caso de niños, mujeres embarazadas, personas en condición de discapacidad, adultos mayores, no se debe aplicar los requisitos de manera estricta, sino se deben contemplar sus condiciones especiales, para proteger derechos fundamentales que pueden verse vulnerados.

4.3.2. En los casos bajo estudio, en donde dos personas adultas mayores, solicitan autorización de medicamentos, insumos y exámenes que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, se llegó a la conclusión de que, en aras de salvaguardar su derecho fundamental a la vida, a la integridad física, a la salud y a la vida en condiciones dignas,

debía prevalecer la orden médica frente al concepto emitido por el Comité Técnico Científico, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte que señala que esta ponderación se puede llegar a hacer si: (i) la falta del tratamiento, medicamento, examen o insumo, excluido del POS amenaza la vida o la integridad del individuo, (ii) el tratamiento, medicamento, examen o insumo no puede ser sustituido por alguno incluido en el Plan Obligatorio, o pudiendo serlo, no ofrece los resultados en el nivel de efectividad que se necesita, (iii) el solicitante no tiene capacidad económica para sufragar lo solicitado y (iv) existe una orden médica que lo prescriba.

4.3.3. Frete a esta último requisito, se tiene que en el expediente T-4.362.524 a pesar de que no existe orden médica para la entrega de cama hospitalaria ni colchón, el negarle esos insumos a la actora, está afectando su integridad personal y le impide llevar una vida en condiciones dignas, siendo necesario entregar estos elementos para preservar un poco más la salud de la agenciada.

4.3.4. Por lo anterior, y teniendo en cuenta lo esgrimido, en el caso de la señora Bertilde Trochez Benavidez (Exp. T-4.362.524), se tutelarán los derechos fundamentales invocados, y (i) se ordenará a EMSSANAR EPS suministrar los medicamentos Acido Ibandronico 150 MG Tableta, Citrato de calcio 1500mg + Vitamina D3 200UI Tableta, en la forma y cantidad establecidas por su médico tratante; (ii) se ordenará a la entidad accionada brindar el tratamiento integral relacionado con la enfermedad Osteoporosis no especificada sin fractura patológica; y (iii) se ordenará a la entidad de salud demandada entregar una cama hospitalaria con colchón antiescaras a la señora Trochez Benavidez.

4.3.5. En el caso del señor Ricardo Emilio Mesa Marín (Exp. T-4.362.993), se tutelarán sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, por lo que se ordenará (i) que la entidad Alianza Medellín Antioquia EPS SAS, autorice y practique el control de fisiatría y los exámenes de laboratorio Péptido Citrulinado, prescrito por el médico tratante y (ii) que la demandada preste el tratamiento integral que se prescriba al señor Mesa Marín, para la patología “poliartralgia en estudio.

5. DECISIÓN

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

Primero.- En el Expediente T-4.362.524, CONFIRMAR el fallo emitido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Popayán, proferido el 7 de febrero de 2014, en cuanto confirmó el fallo del 20 de enero de 2014, emitido por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, que tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Bertilde Trochez Benavidez, en cuanto que ordenó al representante legal de EMSSANAR EPS o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si no lo ha hecho, autorice y suministre los medicamentos requeridos por la señora Trochez Benavidez, denominados ACIDO IBANDRONICO 150 MG TABLETA, CITRATO DE CALCIO 1500 MG + VITAMINA D3 200UI TABLETA, en la forma, cantidad y condiciones que el médico tratante estableció.

Segundo.- En el Expediente T-4.362.524, CONFIRMAR el fallo emitido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Popayán, proferido el 7 de febrero de 2014, en cuanto confirmó el fallo del 20 de enero de 2014, emitido por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, que ordenó al representante legal de EMSSANAR EPS o a quien haga sus veces, brindar a la señora Bertilde Trochez Benavidez una atención integral en salud, para el tratamiento de la OSTEOPOROSIS NO ESPECIFICADA SIN FRACTURA PATOLOGICA que padece, en los términos y especificaciones que determinen los médicos tratantes, sin importar si se encuentran o no dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Tercero.- En el Expediente T-4.362.524, CONFIRMAR el fallo emitido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Popayán, proferido el 7 de febrero de 2014, en cuanto modificó el numeral 4 del fallo del 20 de enero de 2014, emitido por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, y señaló que a la entidad demandada le asiste el derecho al recobro y podrá repetir contra el ente territorial Secretaría de Salud Departamental del Cauca, por el total 100% de la suma de los dineros invertidos en la prestación de los servicios excluidos del POS y que se deban brindar en atención integral en salud ordenada en este fallo.

Cuarto.- En el Expediente T-4.362.524, REVOCAR parcialmente el fallo emitido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Popayán,

proferido el 7 de febrero de 2014, en cuanto confirmó el fallo del 20 de enero de 2014, emitido por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, en cuanto negó las demás pretensiones de la acción de tutela, y en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la vida digna invocado.

Quinto.- En el Expediente T-4.362.524, ORDENAR al representante legal de EMSSANAR EPS o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si no lo ha hecho, autorice y suministre los elementos CAMA HOSPITALARIA CON COLCHÓN ANTIESCARAS a la señora Bertilde Trochez Benavidez.

Sexto.- En el Expediente T-4.362.993, REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Medellín, Sala Duodécima de Decisión Civil, el cinco de marzo de 2014, que revocó la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Envigado, emitida el 28 de enero de 2014, declarándola improcedente, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del señor Ricardo Emilio Mesa Marín.

Séptimo.- En el Expediente T-4.362.993, ORDENAR a Alianza Medellín Antioquia EPS SAS que por intermedio de su representante legal, o a quien haga sus veces, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice las gestiones necesarias para que se practique y autorice al actor el CONTROL DE FISIATRÍA, EXÁMENES DE LABORATORIO PEPTIDO CITRULINADO”, pudiendo recobrar ante el ente territorial departamental que corresponda, lo concerniente a los servicios excluidos del POS.

Octavo.- En el Expediente T-4.362.993, ORDENAR a Alianza Medellín Antioquia EPS SAS que por intermedio de su representante legal, o a quien haga sus veces, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, brinde al señor Ricardo Emilio Mesa Marín, una atención integral en salud, para el tratamiento de la POLIARTRIALGIA EN ESTUDIO que padece, en los términos y especificaciones que determinen los médicos tratantes, sin importar si se encuentran o no dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Noveno.- Por Secretaría General librar las comunicaciones de que trata el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[2] MP. Jaime Córdoba Triviño.

[3] Sentencia T-531 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

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

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

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

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

[8] Constitución Política, art. 13.

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

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

[12] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[13] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[14] MP. Alejandro Martínez Caballero.

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

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

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

[18] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

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

[21] La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”. El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”

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

[23] MP. Clara Inés Vargas Hernández.

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

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

[26] Sentencia T-841 de 2006 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

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

[28] “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011, que define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud”.

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

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

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

[32] MP. Alejandro Martínez Caballero.

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

[34] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[35] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

[37] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

[39] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

[41] Término señalado en la sentencia T-1204 de 2000, que ordenó a Colmena Salud EPS

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

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

[43] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[44] Ibídem.

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

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

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

[48] M.P. Juan Carlos Henao Pérez

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

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

[52] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[53] Sentencia T-160 de 2011: “Por otro lado, la dificultad en la locomoción que le impide a Miguel Antonio Olarte realizar, por sí mismo, sus necesidades fisiológicas, permite inferir razonablemente que necesita de este insumo, por lo que existe una conexión directa entre la dolencia, lo pedido en sede de tutela. (...) Así las cosas, esta Sala obviará el último de los requisitos reseñados, por cuanto, como quedó demostrado existe una clara afrenta a la vida en condiciones dignas del agenciado, que requiere, por su condición física, los pañales desechables y, adicionalmente, hay una conexión directa entre la dolencia y lo pedido en sede de tutela.”

[54] M.P. María Victoria Calle Correa

[55] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[56] Artículo 13 de la Constitución Política.

[57] Artículo 47 de la Constitución Política.

[58] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

[60] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[61]“Ver sentencia T-420 de 1997 y otras.”

[62]“Ver sentencia T-420 de 1997.”

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