

(Bogotá, D.C., octubre 1)

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

ACCION DE TUTELA-Inmediatez

DERECHO DE PETICION-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONA DISCAPACITADA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD-Elementos esenciales

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como eficacia, universalidad, integralidad, continuidad y solidaridad

ACCESO A TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Criterios constitucionales para acceder a servicios no POS

ACCION DE TUTELA-Ordenar a EPS que suministre una respuesta de fondo, clara y precisa sobre solicitud presentada por accionante

Referencia: expediente T-3.426.849

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Seis Penal del Circuito de Bogotá del dos (02) de marzo de 2012, revocatoria del fallo del Juzgado Veintiuno Penal Municipal de Bogotá del 22 de enero de 2012 que amparó los derechos fundamentales invocados.

Accionante: Liliana Rocío Medina Sierra.

Accionado: Colsubsidio EPS y otro.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

1. Demanda del accionante.

La señora Liliana Rocío Medina Sierra, basa su pretensión de amparo constitucional en los siguientes hechos y consideraciones¹:

1.1. Elementos de la demanda:

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: vida digna, salud y petición.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: la omisión de la entidad accionada de responder la petición de suministro de una silla de ruedas con motor eléctrico prescrita por el médico tratante.

1.1.3. Pretensión: se ordene a la entidad promotora de salud autorizar la entrega de una silla de ruedas con motor eléctrico para adulto con espaldar alto y descansabrazos y el tratamiento integral para la enfermedad que padece.

1.2. Fundamentos de la pretensión:

1.2.1 La señora Liliana Rocío Medina Sierra se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, a través de Colsubsidio EPS², calificada en el nivel 1 de encuesta de Sisben³.

1.2.2. Afirma la accionante que se encuentra en silla de ruedas desde su nacimiento como consecuencia de una parálisis cerebral espástica⁴. El 1º de diciembre de 2011, por medio de un derecho de petición⁵, solicitó a la EPS que autorizara el suministro de una silla de ruedas con motor eléctrico para adulto con espaldar alto y descansabrazos, prescrita por el médico fisiatra el 5 de septiembre de 2011⁶.

1.2.3 Del mismo modo, solicita se conceda el tratamiento integral para su enfermedad, debido a que se ha visto obligada a pagar el 30% por cuota de recuperación de los insumos, procedimientos y hospitalizaciones que le realizan en razón de su diagnóstico, sin que ella posea los ingresos económicos para asumir el precio por concepto de copagos.

1.2.4 Sostiene que vive de una pensión con la cual debe pagar el arriendo, servicios públicos, alimentos, transporte, por eso está en la imposibilidad de asumir el costo de la silla de ruedas prescrita y que requiere para tener una vida en condiciones de dignidad.

2. Respuesta de la entidad accionada.

2.1. Colsubsidio EPS7.

2.1.1. Solicitó que se declare improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados, en tanto que la entidad no ha vulnerado ni amenazado los derechos de la accionante. Mencionó que la silla de ruedas es una exclusión prevista taxativamente en el POS, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 y 49 del Acuerdo 29 de 2011.

2.2. Secretaría Distrital de Salud8.

2.2.1. Solicitó, en primer lugar, se deniegue el amparo respecto a la Secretaria Distrital, en tanto ésta no ha incurrido en la violación de los derechos fundamentales de la señora Liliana Medina. Por el contrario, requirió que se vincule al Hospital Simón Bolívar para que sea éste quien informe las razones por las cuales no ha brindado los servicios requeridos por la paciente y para que informe si ha sometido dicha solicitud al Comité de Farmacia y Terapéutica. Lo anterior, pues la patología que la accionante padece debe ser “asumido por el Fondo Financiero Distrital de Salud- Secretaría Distrital de Salud, en los Hospitales de la red pública”.

2.2.2. En segundo lugar, informó que la señora Liliana Medina es una paciente de 42 años de edad, con diagnóstico de parálisis cerebral quien se encuentra en el proyecto de gratuidad por presentar una discapacidad severa, razón por la cual no cancela cuota de recuperación.

2.2.3. En tercer lugar, comunicó que la silla de ruedas con motor eléctrico ordenada por el médico tratante es un servicio excluido del POS, cuya necesidad debe ser sustentada por el médico tratante ante el Comité de Farmacia y Terapéutica del Hospital Simón Bolívar. Igualmente, especificó que los insumos, procedimientos y medicamentos que requiera la accionante y estén incluidos en el POS, deben ser prestados por la entidad promotora de salud a la que está afiliada, esto es, Colsubsidio EPS.

2.2.4. Por último, con respecto al suministro del tratamiento integral, sostuvo que al ser un hecho futuro e incierto no puede accederse a las pretensiones de la peticionaria, “porque no existe certeza sobre la necesidad del mismo y si va a requerirlo la paciente”.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión.

3.1. Decisión de Primera Instancia: Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá⁹.

3.1.1. Concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, salud e integridad personal de la señora Liliana Rocío Medina, razón por la cual ordenó a la Secretaria Distrital de Salud, a través del Hospital Simón Bolívar, autorice y entregue la silla de ruedas con motor eléctrico prescrita por el médico tratante. Del mismo modo, consideró que la EPS Colsubsidio vulneró el derecho de petición de la tutelante, por lo que ordenó dar respuesta de forma clara y precisa a la solicitud elevada por la señora Medina. Lo anterior, porque las EPS desconocen los derechos constitucionales cuando dan aplicación de manera estricta a las disposiciones del POS y omiten el suministro de medicamentos o insumos necesarios para mantener la vida, la integralidad de la persona o la existencia digna.

3.1.2. Por lo tanto, resulta procedente la acción de la tutela para inaplicar las exclusiones previstas en el POS cuando (i) la falta del insumo amenace los derechos fundamentales del paciente, (ii) éste no pueda ser sustituido por uno contemplado en el POS, (iii) el paciente no pueda sufragar los costos del mismo y haya sido prescrito por el médico tratante. En el caso concreto considero el juez de instancia que se cumplieron con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, en tanto la accionante: necesita mitigar la enfermedad que padece, mejorando su movilidad; no tiene capacidad económica para sufragar la silla de ruedas, según consta en el acervo probatorio y está clasificada en el nivel 1 del Sisben.

3.2 Impugnación¹⁰.

La Oficina Asesora Jurídica del Hospital Simón Bolívar impugnó la decisión del a quo al considerar que el juez de primera instancia omitió evaluar el concepto del médico especialista en órtesis y prótesis, quien en cita del 23 de noviembre de 2011, determinó que “la silla de ruedas no está indicada, dado sus limitaciones para desplazar dispositivo de asistencia por peso y limitaciones de acceso”. Además, señaló que el Hospital no es el encargado de suministrar el tipo de insumos que la accionante requiere, sino el Banco de Ayudas Técnicas del Distrito, al tratarse de un insumo excluido del POS. También sostuvo que el a quo no tuvo en cuenta la complejidad de la patología del paciente, ni evaluó el concepto médico del especialista anteriormente mencionado. Así, concluyó que “nuestra institución de

acuerdo con su naturaleza y misión, no es la llamada a responder por el suministro de dicha ayuda técnica”.

3.3. Decisión de Segunda Instancia: Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá¹¹.

3.3.1. Revocó parcialmente el fallo del a quo, dejando sin efectos las ordenes emitidas en razón del amparo a los derechos a la salud y la vida digna; empero confirmó el fallo respecto al derecho de petición, razón por la cual ordenó a Colsubsidio EPS que suministrara una respuesta de fondo y clara sobre la solicitud presentada por la accionante el 1 de diciembre de 2011. Estimó que no se configuraba una vulneración del derecho a la vida digna ni a la salud, pues existía una valoración médica del especialista, posterior a la prescripción del médico tratante, quien determinó que la accionante no esta en condiciones de manipular la silla de ruedas eléctrica.

3.3.2. Por lo tanto, el juez estimó que la controversia respecto a la necesidad de la silla de ruedas fue resuelta por el especialista de salud, así “se conceptuó la imposibilidad de que la paciente pudiera maniobrarla por su discapacidad”, razón por la cual las entidades accionadas no incurrieron en conducta alguna que haya vulnerado los derechos a la salud y la vida digna. Por último, estimó que la tutelante debió actuar por medio de un agente oficioso, pues en virtud del diagnostico que padece, esto es, parálisis cerebral, imposibilita su capacidad de defensa.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36¹².

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se alega la vulneración del derecho a la salud, vida digna y petición, derechos fundamentales.

2.2 Legitimación activa. La señora Liliana Rocío Medina Sierra, titular de los derechos

fundamentales invocados, presentó demanda de tutela de manera personal¹³.

2.2.1. Sin embargo, el juez de segunda instancia consideró que como la accionante padece una enfermedad denominada “parálisis cerebral espástica”, ella no estaba en capacidad de ejercer la defensa de sus derechos fundamentales, por lo cual debió actuar por medio de un agente oficioso quien invocara la protección de sus derechos fundamentales. Empero, el juez a quem no justifica por qué el diagnóstico que la tutelante padece es suficiente para considerarla como un sujeto incapaz de ejercer su propia defensa.

2.2.2. Ahora bien, la Ley 1306 de 2009¹⁴ en el artículo 2º establece que son sujetos con discapacidad mental aquellos que “padece[n] limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le[s] permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio. La incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe”. Así las cosas, de acuerdo con el material probatorio solicitado por este Despacho¹⁵, se pudo establecer que la señora Liliana Rocio Medina es una persona de 43 años que sufre una discapacidad motriz moderada como consecuencia del “diagnostico de cuadriparesia espastica con mayor afectación del lado izquierdo (que) el derecho (...) Asiste en compañía de su mamá quien le asiste en una silla que usa actualmente (silla convencional). Manifiesta que presento (sic) al nacer hipoxia neonatal en donde le genero (sic) una parálisis cerebral. Se evidencia orientada en la entrevista de la consulta”. También se manifiesta que tiene un grado de escolaridad de bachillerato y que en la actualidad es tejedora en una maquina de coser¹⁶.

2.2.3. En este orden de ideas, la señora Liliana Medina es una persona plenamente capaz de ejercer su propia defensa y autónomamente decidió reclamar la protección de sus derechos fundamentales por sí misma, razón por la cual se encuentra legitimada por activa para ejercer la acción de tutela.

2.3. Legitimación pasiva. La Entidad Promotora de Salud Colsubsidio, es una entidad particular prestadora del servicio público de salud a la que está afiliada la accionante¹⁷; como tal, es demandable en proceso de tutela (CP, art. 86; D. 2591/91, art. 42). Por otra parte, la Secretaria Distrital de Salud es una entidad pública encargada de la administración y prestación del servicio de salud de la población discapacitada de escasos recursos y por lo

tanto está legitimada por pasiva en esta demanda de tutela (CP art. 86, D.2591/91, art. 5).

2.4 Subsidiaridad. En el caso concreto, al tratarse de los derechos fundamentales a la salud y la integridad física, y con la finalidad de evitar la generación de perjuicios que puedan afectar de modo irremediable la estabilidad corporal, mental o emocional de la tutelante, la acción de tutela es el instrumento jurídico eficaz e idóneo para la protección del derecho invocado, en la medida en que la accionante se encuentra en situación de discapacidad, quien padece de parálisis cerebral espástica. Tal como lo mencionó la sentencia T-760 de 2008: “(...) La urgencia de la situación en la que se encuentra la persona activa la exigibilidad judicial del derecho respecto de la prestación cuyo cumplimiento es necesario para evitar un perjuicio irremediable (...)”¹⁸. Por otra parte, respecto al derecho de petición, la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para velar por su protección cuando quiera que un particular que presta un servicio público lo vulnere o amenace, al no dar respuesta oportuna y de fondo a la solicitud elevada por el peticionario.

2.5 Inmediatez. La demanda de tutela fue presentada un mes y cinco días después de que la accionante radicara ante Colsubsidio EPS una solicitud de autorización de la silla de ruedas con motor eléctrico¹⁹ que le fue prescrita, esto es, dentro de un término razonable para el ejercicio de la acción²⁰.

Corresponde a la Sala analizar si en el caso concreto la EPS Colsubsidio y la Secretaría Distrital de Salud vulneran los derechos fundamentales a la vida digna, la salud y la integridad física de la señora Liliana Medina, al no autorizar una “silla de ruedas con motor eléctrico para adulto con espaldar y descansabrazos” que requiere para su movilidad, al padecer de parálisis cerebral. Además, es necesario constatar si Colsubsidio EPS vulneró el derecho de petición de la señora Medina, al no dar respuesta a la solicitud de suministro del comentado insumo, por medio de petición radicada el 1 de diciembre de 2011 en la entidad accionada.

Para abordar los anteriores problemas jurídicos, se recordará la jurisprudencia constitucional respecto de: (i) el derecho de petición, (ii) el derecho fundamental a la salud, especialmente en lo referido a las personas con discapacidad y el suministro de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Con base en ello, (iii) se procederá a revisar el caso concreto.

4. Vulneración del derecho de petición.

4.1. El derecho de petición. Reiteración de Jurisprudencia.

4.1.1. La Constitución Política, al regular derechos fundamentales -artículo 23, prescribe: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”. Esta Corporación ha reconocido que el contenido esencial del derecho de petición, que consiste en la facultad que tienen los ciudadanos de elevar solicitudes a las autoridades -y particulares- por motivos de interés particular y general, se realiza una vez la autoridad correspondiente suministra respuesta oportuna y de fondo a la solicitud elevada²¹.

4.1.2 Así las cosas, las entidades al responderle al peticionario deben cumplir con los requisitos de: (i) oportunidad, (ii) claridad, precisión y congruencia con aquello que fue solicitado, y (iii) notificación al interesado de la respuesta de su solicitud.

4.1.3 Por otro lado, aun cuando el artículo 23 C.P prevé que el legislador podrá regular el ejercicio del derecho de petición frente a particulares, ha mencionado la jurisprudencia constitucional que la falta de regulación no puede ser una justificación para que una entidad privada se exima de suministrar una respuesta oportuna, clara y precisa frente a una petición realizada por un ciudadano²².

4.1.4 En este sentido, el alcance y el ejercicio del derecho de petición, implican unos presupuestos mínimos que determina el ámbito de protección del derecho. De esta manera, la sentencia T-377 de 2000 señaló:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

(...)

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordenan responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.”

4.1.5. En este orden de ideas, una vez vencido el término de 15 días sin respuesta, se vulnera el derecho fundamental de petición. Igualmente, se viola cuando se responde oportunamente pero no se cumple con los requisitos antes enunciados -congruencia, respuesta clara y comunicación de la respuesta a la solicitud-.

4.1.6. En síntesis, el derecho de petición implica la facultad de presentar solicitudes respetuosas ante entidades públicas y privadas. Además, la potestad de reclamar una respuesta oportuna, completa, clara, de fondo y precisa respeto al asunto solicitado, sin importar que dicha respuesta sea favorable o no a los intereses del peticionario.

4.3. Caso concreto.

4.3.1. Esta Sala constató una vulneración del derecho fundamental de petición, en la medida en que la entidad promotora de salud -Colsubsidio EPS- no suministró respuesta oportuna ni de fondo a la solicitud invocada por la accionante el 1 de diciembre de 2011, en la cual la señora Medina pedía la autorización de entrega de la silla de ruedas que había sido prescrita el 5 de septiembre de 2011. Así, la entidad accionada vulneró el derecho de petición, pues omitió cumplir con los requisitos de: (i) oportunidad, (ii) claridad, precisión y congruencia con aquello que fue solicitado y (iii) la notificación al interesado de la respuesta de su solicitud. Con ello desconoció el núcleo esencial del derecho constitucional.

4.3.2. En virtud de lo anterior, esta Sala amparará el derecho de petición de la accionada. Por lo tanto, se le ordenará a Colsubsidio EPS que suministre una respuesta de fondo y clara sobre la solicitud presentada por la accionante el 1 de diciembre de 2011.

5. Vulneración del derecho a la salud.

5.1. El derecho fundamental a la salud, específicamente referido a las personas con discapacidad. Reiteración de jurisprudencia.

5.1.1. La especial protección a las personas en condiciones de discapacidad se basa en la Constitución Política de 1991 -incisos 2 y 3 del artículo 13 y el artículo 47-. También, dicha protección especial está contemplada en diferentes instrumentos internacionales²³ que componen el bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la Carta. Además, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad y desigualdad real, tienen una protección reforzada por parte del Estado en la realización e implementación de políticas públicas y acciones afirmativas para facilitar el pleno ejercicio de sus derechos para velar por la igualdad material²⁴. Lo anterior, implica que de acuerdo a los mandatos constitucionales, se debe observar, en primer lugar, un trato preferente, implementando las medidas necesarias para que las personas con discapacidad, ejerzan sus derechos en condiciones de igualdad (artículos 2 y 13 C.P) y, en segundo lugar, se adelanten políticas de rehabilitación e integración social de los disminuidos (artículos 47, 54 C.P).

5.1.2. La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional han reconocido a la salud como un derecho fundamental autónomo. De acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Colombia, se ha radicado en cabeza del Estado la obligación de garantizar la atención médica que las personas requieran, establecido los elementos esenciales del contenido del derecho a la salud²⁵, como son: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, la calidad y la prohibición de discriminación de los bienes y servicios de salud. Tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional e internacional, el derecho a la salud implica el disfrute del más alto nivel de salud física y mental posible, razón por lo cual, no sólo envuelve la prevención de la enfermedad, sino también el tratamiento, la recuperación y la rehabilitación de la misma.

5.1.3 De acuerdo con la Carta Política y la Ley 100 de 1993 la prestación del servicio de salud debe realizarse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El carácter de universalidad, señala que el derecho a la salud es accesible a todas las personas sin ningún tipo de distinción y el carácter de eficacia implica que el la prestación del servicio de salud debe hacerse de acuerdo a un manejo adecuado de recursos. Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud independientemente del régimen al que

pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación, insumos y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones de dignidad.²⁶

5.1.4 Ahora bien, la protección del derecho a la salud, de conformidad con la Ley 100 de 1993, se debe suministrar bajo los principios de eficiencia, universalidad, integralidad, continuidad y solidaridad del Sistema General de Seguridad Social. De este modo, se vulnera el derecho a la salud cuando se niega el suministro de un medicamento, tratamiento o procedimiento, prescrito por el médico tratante que se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

5.1.5 Por otro lado, ha establecido la jurisprudencia constitucional que las prestaciones en salud que han sido ordenadas por un médico tratante, entre las cuales se encuentra el diagnóstico, los tratamientos y exámenes, adquieren un carácter fundamental respecto del paciente, al estar basadas y determinadas a partir del criterio científico y objetivo del profesional, para resguardar el derecho a la salud, pues es el profesional de la salud el competente para indicar el tratamiento necesario para proteger o recuperar la salud del paciente.

De ahí que todos los servicios ordenados por el médico tratante que no hayan sido autorizados por la EPS, podrán ser objeto de la acción de tutela, cuando estos estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Empero también resulta procedente que por vía de amparo, se ordene suministrar una prestación excluida del POS, inaplicando su contenido cuando en el caso concreto se verifica que la negativa de prestar un servicio médico tiene una incidencia directa con la vida o la dignidad de un paciente.

5.1.6. En este sentido, el juez constitucional puede aplicar directamente la Constitución Política y ordenar el suministro de una prestación médica excluida expresamente del POS, cuando se verifica:

“a. Que la falta del servicio amenace o vulnere el derecho a la salud, a la vida digna o a la integridad personal;

b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí esté incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;

c. Que el accionante o su familia no cuenten con capacidad económica para sufragarlo;

d. Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico”²⁷.

5.1.7. En síntesis, de acuerdo con el principio de accesibilidad e integralidad del servicio de salud, es necesario evaluar en el caso concreto la necesidad del insumo ortopédico prescrito, la ausencia de recursos económicos del paciente y su familia, además de las implicaciones que tendría en su condición de salud, la omisión de suministrar el servicio solicitado. Por lo tanto, corresponde verificar si la medida es esencial para conservar la salud y vida del paciente, siendo obligación del Estado o las EPS suministrar los gastos necesarios para el mismo, cuando se verifique el cumplimiento de los requisitos anteriormente mencionados.

5.2.1. En el presente caso, la señora Liliana Rocío Medina Sierra, se encuentra afiliada a Colsubsidio EPS y calificada en el nivel 1 del Sisben, padeciendo una parálisis cerebral espástica desde su nacimiento, por lo cual requiere de una silla de ruedas para desplazarse. El médico tratante le prescribió una silla con motor eléctrico para adulto con espaldar alto y descansabrazos²⁸, la cual solicitó a la EPS accionada, por medio de un derecho de petición radicado el 1 de diciembre de 2011, ante la imposibilidad de sufragar los costos para adquirirla.

5.2.2. La silla de ruedas es una exclusión taxativa del Plan Obligatorio de Salud, de conformidad con los artículos 41 y 49 del Acuerdo 29 de 2011, por lo cual es necesario determinar, de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, si en el caso concreto se cumplen con los presupuestos jurisprudenciales previstos para inaplicar las disposiciones del POS y aplicar directamente la Constitución, a saber:

5.2.2.1. Que la falta del servicio amenace o vulnere el derecho a la salud, a la vida digna o a la integridad personal. En el caso concreto, la accionante padece de parálisis cerebral

espástica, la cual disminuye su capacidad de desplazamiento. De acuerdo con la escala de Barthel²⁹ -que mide el nivel de independencia- la señora Liliana Medina tiene una dependencia moderada (puntaje 45), cuyas mayores dificultades son para bañarse, deambular y subir y bajar escaleras. Así las cosas, aunque la accionante es una persona con discapacidad motora, también es cierto que en la actualidad ella posee una silla de ruedas convencional que le permite desplazarse con la ayuda de alguien más. Y de acuerdo con el concepto del médico especialista en órtesis y prótesis, “la silla de ruedas eléctrica no está indicada, dado sus limitaciones para desplazar el dispositivo de asistencia por peso y limitaciones de acceso”³⁰. Por lo tanto, “en el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente,”³¹ razón por la cual el juez de tutela no puede controvertir que un insumo se requiera con necesidad, pues es el médico tratante quien tiene la capacidad técnica para establecerla.

5.2.2.2. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí esté incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan. De las pruebas que obran en el expediente, no es posible dilucidar que el insumo de silla de ruedas con motor eléctrico pueda ser sustituido por otro contemplado en el Plan Obligatorio de Salud.

5.2.2.3. Que el accionante o su familia no cuenten con capacidad económica para sufragarlo. Al respecto, esta Sala observa que la accionante no cuenta con suficientes recursos económicos para sufragar la silla de ruedas con motor eléctrico y descansabrazos, la cual, según una cotización que se adjunta en el expediente, cuesta aproximadamente siete millones de pesos³². Además, la señora Medina está calificada en la encuesta del Sisben en el nivel 1, con lo cual se presume su incapacidad económica para costear el insumo solicitado³³ y asimismo lo constató la señora Medina al especificar que sus ingresos son del alrededor de \$530.000 pesos, al tiempo que sus egresos superan la cifra de \$500.000 pesos³⁴.

5.2.2.4. Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico. Sobre este punto es necesario precisar, que el médico tratante -fisiatra- fue quien en una primera oportunidad prescribió la necesidad del

insumo, el 5 de septiembre de 2011. Sin embargo, posteriormente, el 23 de noviembre de 2011, el médico tratante en consulta especializada de órtesis y prótesis consideró que la señora Medina no podía utilizar la silla de ruedas con motor eléctrico; principalmente por no contar con las condiciones físicas para hacer uso de la silla de ruedas de motor eléctrico de manera autónoma. Y por último, en respuesta al cuestionario solicitado por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal, en el curso de la acción de tutela, el médico tratante especialista en fisioterapia, doctor Héctor M. Meléndez señaló: “a la paciente en cuestión en la cita del 5 de septiembre de 2011 se le consideró en ese momento la fórmula de silla de ruedas eléctrica, y se envió a cita especializada de órtesis y prótesis. La paciente fue valorada en consulta especializada en órtesis y prótesis el día 23 de noviembre del año 2011, por el doctor Octavio Silva, en dicha consulta se concluyó que la silla de ruedas eléctrica no está indicada, dado sus limitaciones para desplazar [el] dispositivo de asistencia por peso y limitaciones de acceso. Considerando la valoración de la cita con el especialista citado, considero en este momento que la silla de ruedas eléctrica no es la mejor opción para esta paciente. La paciente debe continuar en controles (...)”³⁵.

En este orden de ideas, se logró establecer que aun cuando la silla había sido prescrita por el médico fisiatra, después de realizarse una valoración por los diferentes especialistas, se pudo determinar que la señora Liliana Medina no está en la capacidad de utilizar la silla con motor eléctrico. Así, fueron los mismos médicos tratantes, quienes con su capacidad científica decidieron sobre la inidoneidad del insumo.

5.2.3. De acuerdo con lo anterior, se advierte que el caso objeto de estudio no se cumplen con las subreglas jurisprudenciales para inaplicar las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud, razón por la cual no se amparará los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad física.

5.2.4. Por otro lado, la accionante solicita en la acción de tutela que se le exonere del pago de cuotas de recuperación y de se le conceda el tratamiento integral para la enfermedad que padece.

5.2.4.1. Con respecto a las cuotas de recuperación³⁶, en el trámite del recurso de amparo se logró esclarecer que la señora Medina hace parte del proyecto de gratuidad de la Secretaría Distrital de Salud, al ser nivel 1 en la encuesta del Sisben y por padecer una discapacidad,

razón por la cual la accionante “no cancela copago ni cuota de recuperación”³⁷. Lo anterior, a la luz del Decreto 345 de 2008³⁸, cuyo artículo 1º consagra que la población en condición de discapacidad será beneficiaria del proyecto de gratuidad en salud implementado por la Alcaldía de Bogotá³⁹. Así, por los motivos mencionados esta Sala no proferirá una orden sobre el particular.

5.2.4.2. Ahora bien, con respecto al tratamiento integral, esta Corporación ha establecido que el servicio de salud debe garantizar una protección integral a los usuarios del sistema, brindándoles atención que implica la prestación con calidad, oportunidad y eficacia en la fases previas, durante y posteriores a la recuperación del estado de salud, por lo cual los usuarios tendrán derecho a la atención preventiva, médico quirúrgica y a los medicamentos esenciales que ofrezca el Plan Obligatorio de Salud y que el usuario requiera con necesidad.

Esto implica que tanto la EPS-Colsubsidio-, IPS -Hospital Simón Bolívar- y la Secretaría Distrital de Salud deben prestar los servicios de salud de forma integral, lo cual “comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente.”⁴⁰

5.2.4.3. En este orden de ideas, el suministro del tratamiento integral es una obligación de las diferentes entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y dada la especial protección constitucional que tienen las personas con discapacidad, es deber de las mismas prestarlo con especial detenimiento. No obstante, en el caso concreto, no se logró probar que alguna de las entidades haya hecho caso omiso de prestarle integralmente el servicio de salud a la accionante, razón por la cual tampoco se emitirá una orden al respecto. Empero, se le recuerda a las entidades accionadas que es un deber constitucional y legal velar por el máximo nivel de salud posible de sus usuarios.

7. Razón de la decisión.

7.1. Conclusión del caso.

7.1.1. No se tutela los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida digna de la

accionante por la omisión de la entidad promotora de salud a ordenar una silla de ruedas con motor eléctrico a una persona con discapacidad, al constatar que no se genera un riesgo en la integridad de la paciente, por poseer en la actualidad una silla de ruedas convencional que le ayuda con su desplazamiento, y dado que sus médicos especialistas determinaron que es inviable el uso del insumo ortopédico solicitado.

7.1.2. Se tutela el derecho de petición de la accionante por cuanto la entidad promotora de salud omitió dar respuesta oportuna y de fondo a una solicitud elevada por un afiliado, respecto al suministro de un insumo prescrito por el médico tratante.

7.2. Regla jurídica aplicada.

III. DECISIÓN.

En merito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero.- Abstenerse de amparar los derechos a la salud, integridad física, vida digna y petición de la señora Liliana Rocío Medina Sierra contra Colsubsidio EPS y otras, y en consecuencia, CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá del dos (2) de marzo de 2012 que revocó parcialmente el fallo del Juzgado Veintiuno Penal Municipal de Bogotá del veintidós (22) de enero de 2012.

Segundo.- ORDENAR a Colsubsidio EPS que suministre una respuesta de fondo, clara y precisa sobre la solicitud presentada por la señora Liliana Rocío Medina Sierra, el 1 de diciembre de 2011.

Líbrese por Secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Acción de tutela presentada el diez (10) de enero de 2012.

2 Folio 15.

3 Según afirma la Subdirectora de Gestión judicial de la Secretaría Distrital de Salud. (Folios 32 al 33).

4 Folios 10-11.

5 Según consta en la copia del derecho de petición dirigido a Colsubsidio. (Folio 7).

6 Folio 9.

7 Respuesta a la acción de tutela allegada al Juzgado 21 Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá, el trece (13) de enero de 2012. (Folios 34 al 41).

8 Respuesta a la acción de tutela allegada al Juzgado 21 Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá, el trece (13) de enero de 2012. (folios 32 al 33)

9 Sentencia proferida el veintidós (22) de enero de 2012. (Folios 53 al 68).

10 Folios 77 al 82.

11 Sentencia proferida el dos (2) de marzo de 2012. (Folios 97 al 103).

12 En Auto del catorce (14) de junio de 2012 de la Sala de Selección de tutela Número Seis de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

13 Folios 1 al 8.

14 “Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.”

15 Por medio de auto del once (11) de septiembre de 2012, se solicitó a un concepto del Doctor Héctor M. Meléndez A., médico fisiatra tratante y del Doctor Octavio Silva con especialidad en ortesis y prótesis de la en el cual indicarán: a. el diagnóstico y las condiciones médicas tanto físicas como mentales de la paciente en la actualidad; b. el nivel de autonomía de la misma, c. las razones médicas y científicas por las cuales el 23 de noviembre de 2011, conceptúo que “la silla de ruedas eléctrica no está indicada, dado sus limitaciones para desplazar dispositivo de asistencia por peso y limitaciones de acceso”

16 Según consta en el certificado expedido por Yaneth Cristina Vargas Torres, médico de terapia ocupacional del Centro de Rehabilitación Integral de Colombia. Folios 56 al 59 del cuaderno principal.

17 De conformidad con lo afirmado por el accionante en el escrito de tutela y la respuesta suministrada por la entidad accionada. (Folios 1 al 8 y 34 al 39 respectivamente).

18 Sentencia T-595 de 2002.

20 De conformidad con la Sentencia SU-961 de 1999: “la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su ‘inmediatez’. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de

la acción”.

21 Sentencias T-334 de 1995, T-377 de 1995, T-1105 de 2002, T-1128 de 2008, entre otras.

22 Ver Sentencia T-735 de 2010.

23 La Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 22), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 9), la Declaración Americana de los Derechos de la Persona](el artículo XVI), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 9), la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 11, numeral 1), la Convención Interamericana para le Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad (artículo III).

24 Sentencia T-043 de 2005, T-220 de 2007 y T-905 de 2009, T-432 de 2011 entre otras.

25 El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General No. 14 relativo al disfrute del más alto nivel de salud, interpretó el artículo 12 del Pacto Internacional de DESC, el cual establece como característica del derecho a la salud como un “derecho humano fundamental” (Párr. 1).

26 Sentencias T-179 de 2000, T-988 de 2003, T- 568 de 2007, T-604 de 2008 T-136 de 2004, T-518 de 2006, T-657 de 2008, T-760 de 2008, entre otras.

27 Sentencia T-970 de 2010.

28 Según consta en la copia de la prescripción médica del 5 de septiembre de 2011. (Folio 8 del cuaderno No. 2)

29 Dicha escala evalúa la dependencia física y las deficiencias psíquicas de una persona que padece de una discapacidad. Así, evalúa diez actividades básicas de la vida diaria: i) comer, ii) bañarse, iii) vestirse, iv) arreglarse, v) deposición, vi) micción, vii) usar el retrete, viii) traslado a la cama o a un sillón, ix) deambulación, x) subir o bajar escaleras. “Según estas puntuaciones clasifica a los pacientes en: 1. Independiente: 100 puntos (95 sí permanece en silla de ruedas); 2. Dependiente leve: >60 puntos; 3. Dependiente moderado: 40-55 puntos; 4. Dependiente grave: 20-35 puntos; 5. Dependiente total: <20 puntos.

(Folios 58-60 del cuaderno principal).

30 Según el concepto del doctor Octavio Silva especialista en órtesis y prótesis. Folio 48 del cuaderno No. 2.

31 Criterio recogido en la Sentencia T-760 de 2008, la cual reiteró la jurisprudencia constitucional desarrollada, entre otras en las siguientes sentencias: T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001 y T-344 de 2002.

32 De acuerdo con una cotización que se adjunta en un establecimiento especializado en la venta de insumos hospitalarios y ortopédicos. (Folio 14 del cuaderno No. 2).

33 Al respecto, la sentencia T-924 de 2011 señaló: “(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”.

34 Tal como lo señaló la accionante en respuesta a lo solicitado en el Auto de pruebas del

once (11) de septiembre de 2012 requerido por este Despacho. Folio 56 del cuaderno principal.

35 En respuesta al cuestionario solicitado por el juez de primera instancia, el doctor Héctor Mauricio Meléndez realizó el concepto descrito, el 13 de enero de 2012. (Folio 48 del cuaderno No. 2.)

36 De conformidad con el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, las cuotas de recuperación “son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en los siguientes casos: (...) 2. la población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el nivel 1 del SISBEN o incluidas en los listados censales pagarán un 5% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por la atención de un mismo evento (...)”

37 Tal como lo manifestó la Subdirectora de Gestión judicial de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, en respuesta a la acción de tutela, el 13 de enero de 2012. (Folios 32 a 33).

38 “Por el cual se reglamenta el Proyecto Gratuidad en Salud del Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas del Distrito 2008 - 2012 “Bogotá positiva para vivir mejor”, adoptado mediante el Acuerdo Distrital 308 de 2008”.

39 El artículo 1º del Decreto 345 de 2008 establece: “Implementar el Proyecto “Gratuidad en Salud”, del cual serán beneficiarios los niños y las niñas entre uno (1) y de cinco (5) años, las personas mayores de sesenta y cinco (65) años y las personas en condición de discapacidad severa, respecto de:

a. Las cuotas de recuperación que se generen por la prestación de servicios de salud en lo no cubierto por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, para la población antes descrita e identificada en los niveles 1 y 2 del SISBEN.

b. Los copagos que se generen por la prestación de servicios de salud, contemplados en Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, para la población antes descrita e identificada en el nivel 2 del SISBEN.” (Negrillas fuera de texto)

40 Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales

pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-079 de 2000, T-133 de 2001, T-122 de 2001, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-1059 de 2006, T-830 de 2006, T-062 de 2006, T-760 de 2008, T-053 de 2009, T-574 de 2010, entre otras.
