

Sentencia T-782/13

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Procedencia de tutela**

Esta Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto al derecho a la salud, especialmente frente a grupos de población que se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.), entre los que están los niños y niñas, las personas de avanzada edad y quienes se encuentren en condición de discapacidad.

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Subreglas sobre los requisitos para acceder a tratamientos y medicamentos excluidos del POS

REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE PROCEDENCIA DE ACCION DE TUTELA PARA OBTENER PRESTACIONES EXCLUIDAS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia

i) La falta del servicio, procedimiento, medicina o elemento, vulnera o pone en riesgo los derechos a la salud, la vida o la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava o no palía el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas. ii) El servicio, intervención, procedimiento medicina o elemento no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido, con el mismo nivel de calidad y efectividad. iii) El servicio, intervención, procedimiento medicina o elemento ha sido dispuesto por un médico, adscrito a la EPS o no, o puede inferirse claramente de historias clínicas, recomendaciones o conceptos médicos que el paciente lo necesita, siendo palmario que si existe controversia entre el concepto del médico tratante y el CTC, en principio prevalece el primero. iv) Se colija la falta de capacidad económica del peticionario o de su familia para costear el servicio requerido, dejando claro que se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por los accionantes, mientras no sean válidamente desvirtuadas por las entidades prestadoras del servicio de salud.

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Improcedencia de autorizar

servicio de enfermería, por cuanto no hay orden del médico tratante y no hay prueba de incapacidad económica

Referencia: expediente T-3964675.

Acción de tutela promovida por Nelson de Jesús Castañeda Ríos como agente oficioso de su hijo en condición de discapacidad Andrés Felipe Castañeda Suaza, contra la compañía suramericana de servicios de salud, en adelante EPS SURA.

Procedencia: Juzgado 39 Penal Municipal de Medellín con Función de Garantías.

Magistrado ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil trece (2013).

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

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado por el Juzgado 39 Penal Municipal de Medellín con Función de Garantías, dentro de la acción de tutela promovida por Nelson de Jesús Castañeda Ríos como agente oficioso de su hijo en condición de discapacidad Andrés Felipe Castañeda Suaza, contra EPS SURA.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el referido Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Séptima de Selección, lo eligió para revisión en julio 18 de 2013.

I. ANTECEDENTES.

El señor Nelson de Jesús Castañeda Ríos, como agente oficioso de su hijo en condición de discapacidad Andrés Felipe Castañeda Suaza, incoó acción de tutela en marzo 11 de 2013, contra EPS SURA aduciendo violación de los derechos fundamentales de petición, el debido

proceso administrativo, la seguridad social, la igualdad, la salud y la dignidad de los disminuidos físicos y sensoriales, por los hechos que son resumidos a continuación.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

1. Manifestó el agente oficioso que su hijo, mayor de edad, padece un cuadro de "encefalopatía hipóxico-isquémica" debido a un accidente ocurrido "hace más de 6 años", que lo dejó totalmente dependiente de ayuda externa para ejercer funciones básicas, razón por la cual en febrero 12 de 2013, radicó ante EPS SURA un derecho de petición solicitando que se reconsiderara el servicio médico domiciliario mensual otorgado a su hijo, en el sentido de autorizar "una enfermera domiciliaria diurna y nocturna". Así mismo, pidió que se le informara "los pasos a seguir para calificar debidamente el estado de invalidez de mi hijo, documento que requiero para efectos de mi expectativa pensional" (f. 2 cd. inicial).
2. Explicó que EPS SURA negó los servicios solicitados, debido a que, de un lado, el cuidado y acompañamiento permanente en casa de pacientes por parte de enfermeros está excluido del POS y, de otro, la entidad encargada de realizar la calificación del estado de invalidez solicitada es la Junta de Calificación de Invalidez de Antioquia.
3. Afirmó el peticionario que en este caso se debe "aplicar una discriminación positiva", con sustento en el artículo 47 superior y en la jurisprudencia constitucional (f. 11 ib.). Por tanto, solicitó al juez de tutela que ordene a EPS SURA autorizar el servicio de enfermería permanente en casa y dar inicio al trámite de calificación de la invalidez de acuerdo con el Manual Único de Calificación.

B. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente.

1. Cédulas de ciudadanía de Nelson de Jesús Castañeda Ríos y Andrés Felipe Castañeda Suaza (f. 4 ib.).
2. Certificado de registro civil de defunción de Ana María Suaza Villada (madre del agenciado), fallecida en diciembre 15 de 2007 (f. 5 ib.).
3. Certificado de afiliación de Nelson de Jesús Castañeda Ríos al POS de EPS SURA, desde noviembre 13 de 1999 (f. 6 ib.).

4. Formato de recomendaciones de la consulta médica domiciliaria efectuada en marzo 7 de 2013 al paciente Andrés Felipe Castañeda Suaza, en el que se lee: "piel bien humectada, cambio de posición cada hora, sábanas templadas, aseo genital adecuado, cambio de pañal sucio. Evitar exposición, corriente de aire frío y sintomáticos respiratorios. Nada vía oral, recuerdo técnica de alimentación y aseo de orificio de gastrostomía, líquidos al día 3 litros. Recuerdo aseo cavidad oral. Evitar cítricos, condimentos y grasa. Avisarme...si: T° 38.8°, o aumento de la disnea, o de la tos, o cambios en las características del esputo, o empeoramiento del cuadro clínico" (sic. f. 7 ib.).

5. Derecho de petición presentado por Nelson de Jesús Ríos Castañeda ante EPS SURA en febrero 12 de 2013, por el cual solicita para su hijo los servicios de enfermería permanente y la calificación de la invalidez (f. 8 ib.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

1. Despues de surtido el trámite procesal, el Juzgado 39 Penal Municipal de Medellín con Función de Garantías emitió sentencia de marzo 26 de 2013, que fue impugnada por el agente oficioso al no haberse decretado una prueba testimonial por él solicitada. En esa medida el Juzgado 4° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, en mayo 6 de 2013, decretó la nulidad de todo el trámite desde el auto que avocó conocimiento, a fin de que se rehaga la actuación y se observe la respectiva prueba.

2. En vista de lo anterior, en mayo 8 de 2013, el Juzgado 39 Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías admitió la acción de tutela ordenando notificar a EPS SURA para que ejerciera su derecho de defensa. Así mismo citó al "Dr. Andrés Eduardo Acevedo Álvarez, a fin de que rinda testimonio", de acuerdo a lo solicitado por la parte accionante (f. 35 ib.).

A. Declaración juramentada de Andrés Eduardo Acevedo Álvarez.

En mayo 10 de 2013, Andrés Eduardo Acevedo Álvarez se presentó ante el Juzgado para rendir declaración juramentada, indicando que es el médico tratante del joven Andrés Felipe Castañeda Suaza. Explicó que es un paciente con Hipoxia consistente en rigidez espástica, que si bien se encuentra en estado de postración, su cuidado se efectúa hace más de cinco años por parte de un cuidador primario.

Precisó, ante la pregunta de si es necesario el servicio de enfermería, que el paciente “no lo requiere, por que (sic) lo que necesita... lo puede realizar cualquier persona sin estudios de enfermería, como cambio de posición, aseo del paciente y suministro de medicamentos por gastrostomía”. Manifestó que la EPS les ofrece a los familiares un curso de cuidador primario para el manejo general de los pacientes en tal estado y adicionó que cuando se ha requerido enfermera, por ejemplo para aplicación de medicamentos intravenosos, la EPS ha suministrado el servicio.

B. Respuesta de EPS SURA.

Mediante escrito presentado en mayo 20 de 2013, el apoderado judicial de dicha EPS pidió declarar improcedente la acción, anotando que no se ha vulnerado algún derecho fundamental al agenciado; por el contrario, aseveró que la EPS ha cumplido todas sus obligaciones, en cuanto a suministrar los procedimientos, intervenciones y medicamentos incluidos en el POS, requeridos por el paciente en condición de discapacidad. Explicó que la orden médica es un requisito legal y jurisprudencial ineludible, que no se cumple en el presente asunto, debido principalmente al hecho de que al acompañamiento 24 horas, no le corresponde a un enfermero, sino a un cuidador primario.

Frente a la solicitud de calificación de la invalidez del paciente Andrés Felipe Castañeda Suaza, la EPS no efectuó ningún pronunciamiento.

C. Sentencia única de instancia.

El Juzgado 39 Penal Municipal de Medellín con Función de Garantías, mediante sentencia proferida en mayo 21 de 2013, de un lado, amparó parcialmente los derechos fundamentales invocados, ordenando a EPS SURA “iniciar todos los trámites administrativos correspondientes, para realizar la calificación de la invalidez del joven afectado”, debido a que después del estudio de la normatividad relativa, encontró que la EPS sí está obligada a efectuar tal valoración.

De otra parte, negó la petición de amparo correspondiente a la autorización del servicio de enfermería permanente en casa, basándose en el testimonio del médico tratante mediante el cual dio por probado que no obra soporte científico que permita evidenciar la necesidad de tal servicio siéndole, en esa medida, coartada la posibilidad al juez de emitir una orden

de amparo.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia.

Esta Corte Constitucional es competente para decidir el presente caso en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de decisión.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si EPS SURA ha vulnerado los derechos fundamentales de petición, el debido proceso administrativo, la seguridad social, la igualdad, la salud y la dignidad del joven Andrés Felipe Castañeda Suaza, al negarse a suministrarle el servicio de enfermería permanente en casa y no dar trámite a la solicitud de calificación de la invalidez efectuada.

Para ello, se abordará previamente el tema relativo a la agencia oficiosa en materia de tutela, dilucidado lo cual se observará lo atinente a la procedencia de la acción de la tutela frente al derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad y al alcance de las reglas jurisprudenciales desarrolladas para inaplicar el POS. Con base en lo anterior, se procederá a resolver el caso concreto.

Tercera. Legitimación para incoar la acción de tutela a nombre de otro.

3.1. La actuación por otro en materia de tutela, contemplada en el artículo 86 superior y desarrollada en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, implica que una persona tenga la posibilidad de agenciar derechos ajenos, cuando su titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que, en principio, deberá explicitarse en la demanda^[1], en términos que indiquen esa condición, así no sean expresamente los mismos utilizados en la previsión legal, pero que no deje duda de que se actúa legítimamente por otro.

3.2. Corresponde al juez de tutela verificar en cada caso si, en efecto, el titular de los derechos cuya protección se busca por esta vía judicial no puede ejercer por sí mismo su

defensa. En el presente caso se observa que el agenciado sufre de encefalopatía hipóxico-isquémica que consiste en rigidez espástica, lo cual hace que por su condición resulte verosímil la imposibilidad del joven Andrés Felipe Castañeda Suaza para asumir directamente su defensa y reclamar la protección de sus derechos fundamentales, siendo manifiesta la viabilidad de que esta acción de tutela fuera promovida por su padre.

Cuarta. La procedencia de la acción de tutela frente al derecho de salud de las personas en condición de discapacidad.

4.1. En múltiples pronunciamientos esta corporación ha analizado la seguridad social y la salud, particularmente a partir de lo estatuido en los artículos 48 y 49 superiores, catalogados en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales. No obstante, a la salud se le ha reconocido expresamente su carácter de derecho fundamental per se, ubicado como un mandato propio del Estado social de derecho, hacia el ensamblaje de un sistema conformado por entidades y procedimientos dirigidos a procurar una cobertura general, ante las contingencias que puedan afectar el bienestar orgánico y psíquico de los seres humanos. Se erige y garantiza con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados[2].

4.2. Aunado a lo anterior, esta Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto al derecho a la salud, especialmente frente a grupos de población que se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.) entre los que están los niños y niñas, las personas de avanzada edad y quienes se encuentren en condición de discapacidad[3]. Así quedó reseñado en el integral fallo T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, donde se reafirmó que “el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional”.

Quinta. Reglas para inaplicar las normas del POS. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. En muchas oportunidades, esta corporación ha resaltado que la reglamentación y aplicación del Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer derechos constitucionales fundamentales, lo cual ocurre cuando una EPS, con el argumento exegético de la exclusión

en el POS, interpreta de manera restrictiva la reglamentación y evade la práctica de servicios, procedimientos, intervenciones o el suministro de medicinas o elementos, necesarios para preservar la vida de calidad de los pacientes y su dignidad.

5.2. A partir del fallo T-760 de 2008, precitado, se definieron subreglas precisas, que el Juez de tutela debe observar cuando frente a medicamentos, elementos, procedimientos, intervenciones y servicios del POS, pero indispensables en la preservación o recuperación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o realización[4].

Así, en dicha providencia se indicó que la acción de tutela es procedente para lograr una orden de amparo en este ámbito, cuando concurren las siguientes condiciones:

“1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad.

3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente.

4. La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido.”[5]

5.3. Ahora bien, debido a diversas situaciones, especialmente frente a la necesidad de cumplimiento adecuado de la Constitución y protección integral del derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional, dichas subreglas han recibido algunas precisiones, a fin de acompañarlas aún más al espíritu de salvaguarda constitucional.

5.4. En tal sentido, en relación con la primera subregla atinente al riesgo a la vida e integridad personal por la no prestación de un servicios de salud, la Corte precisó que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no solo para sobrevivir sino para desempeñarse adecuadamente, de modo que las afecciones que pongan en peligro su

dignidad deben ser superadas o paliadas; teniendo, el paciente, derecho a abrigar esperanzas de recuperación y conseguir alivio a sus dolencias, para procurar el “respeto de la dignidad”[6].

En varias oportunidades esta Corte ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguardia de unas condiciones tolerables, que permitan subsistir con dignidad y, por tanto, para su protección no se requiere estar enfrentado a una situación inminente de muerte[7].

Esta corporación se ha ocupado de múltiples solicitudes de amparo frente a alegaciones de vulneración de los derechos a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas, cuando las empresas que prestan el servicio respectivo se niegan a autorizar un procedimiento, intervención o medicamento científicamente indicado para superar, o al menos paliar, una afección.

Recuérdese, por ejemplo, que mediante sentencia T-949 de octubre 7 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, se concedió amparo a una mujer que requería un medicamento, negado por la EPS y por el Juzgado de instancia, sobre la base de que su falta no le estaba amenazando derechos fundamentales al punto de poner en peligro su vida, siendo claro que lo anhelado no es la mera garantía de pervivencia en cualquier condición, sino con dignidad y los menores padecimientos posibles.

5.5. En torno a la segunda subregla, atinente a que los medicamentos no tengan sustitutos en el POS, esta Corte ha afianzado dicha condición, siempre y cuando se demuestre la efectividad y calidad de los medicamentos y procedimientos incluidos, frente a los que no lo están.

En sentencia T-873 de octubre 19 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se resolvió un caso en el cual la accionante pedía a la EPS que le suministrara un medicamento no POS, que tenía un sustituto, incluso con mayor efectividad y menor riesgo de efectos secundarios en la paciente, según lo indicado por el médico tratante, enfatizándose entonces que la EPS no está obligada a entregar la medicina no POS, a fin de otorgarle al paciente su personal prevalencia, menos aún cuando científicamente se constata que en el POS hay opción para afrontar la enfermedad con un medicamento de calidad y efectividad[8].

5.6. Frente a la tercera subregla que, según la sentencia T-760 de 2008 exige la orden del médico tratante adscrito a la EPS para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta corporación ha efectuado diversas precisiones.

En primer lugar, ha enfatizado en que esa subregla debe respetarse prima facie, debido a que es el profesional médico quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar sobre la necesidad o no de elementos, procedimientos o medicamentos solicitados, condiciones de las cuales, por su formación, carece el juez.

Empero, esta Corte también ha señalado que cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, no puede la EPS quitarle validez y negar el servicio, basada en el argumento de la no adscripción, pues solo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también tienen validez, a fin de propiciar la protección constitucional.

Como tercer punto atinente a la subregla en cuestión, ha de manifestarse que esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso, bien sea la historia médica o alguna recomendación médica, la plena necesidad de lo requerido por el accionante.

Así, en sentencia T-202 de febrero 28 de 2008, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se estudió el caso de una señora de 85 años que estaba en “postración total”, padeciendo “Alzheimer... con apraxia para la marcha” y pérdida de control de esfínteres, negándosele los suministros de pañales desechables por no estar incluidos en el POS, ni haber sido formulados por un médico adscrito, no obstante lo cual se ordenó a la EPS proveer “los paquetes mensuales de pañales desechables que requiere la paciente”[11].

Se estimó que la negativa a entregar esos elementos comprometía “aún más la dignidad de su existencia, pues a la inabilidad para controlar esfínteres y su avanzada edad, se suma la imposibilidad de desplazarse y que la piel se le ha estado ‘quemando’ o ‘pelando’, sin que la EPS demandada haya acreditado situación económica adecuada de alguno de los comprometidos a solventar la subsistencia de la señora para costear los implementos

reclamados”, hallándose sin fundamento “la suposición contenida en el fallo de instancia de que los hijos de la enferma, quien carece de pensión o renta alguna, ‘podrían eventualmente, sufragar los gastos para el suministro de estos pañales’”.

5.7. Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad económica de los accionantes, esta Corte ha insistido que debido a los ya referidos principios de solidaridad y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías, solo puede asumir aquellas cargas que por real incapacidad no puedan asumir los asociados.

Así, en la ya referida sentencia T-760 de 2008, se sostiene que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud, pero “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 sí 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”.

Por otra parte, en cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, esta corporación ha indicado en reiteradas oportunidades que no es una cuestión “cuantitativa” sino “cualitativa”, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él pesen[12]. Al respecto se indicó en la sentencia T-017 de enero 25 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva (no está en negrilla en el texto original): “La idea de que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son limitados y normalmente escasos ha llevado a un consenso sobre la relevancia de reservarlos a asuntos prioritarios. En el ámbito de la acción de tutela, esto significa que deben ser invertidos en la financiación de prestaciones que no pueden ser asumidas directamente por sus destinatarios. La falta de capacidad para sufragar los medicamentos, tratamientos, procedimientos o elementos que son ordenados por el médico tratante pero no están incluidos en el plan de beneficios de salud del paciente es, en efecto, y de conformidad con lo reseñado en el acápite anterior, uno de los requisitos que deben acreditarse en orden a obtener su autorización por esta vía excepcional. Tal exigencia ha sido asociada a la prevalencia del interés general y, sobre todo, al principio de solidaridad,

que les impone a los particulares el deber de vincular su propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Así, la jurisprudencia constitucional ha entendido que quienes cuentan con capacidad de pago deben contribuir al equilibrio del sistema, sufragando los medicamentos y servicios médicos NO POS que requieran, en lugar de trasladarle dicha carga al Estado, que se vería limitado para hacer realidad su propósito de ampliar progresivamente la cobertura del servicio de salud."

5.8. Teniendo en cuenta todo lo anterior, debe entonces examinarse, en cada caso específico, si el paciente cumple esas condiciones jurídicas y fácticas, de acuerdo a lo estipulado normativamente y por la jurisprudencia, para que sean amparados los derechos a la salud, la vida en condiciones dignas y la integridad personal, así:

- i) La falta del servicio, procedimiento, medicina o elemento, vulnera o pone en riesgo los derechos a la salud, la vida o la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava o no palía el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.
- ii) El servicio, intervención, procedimiento medicina o elemento no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido, con el mismo nivel de calidad y efectividad.
- iii) El servicio, intervención, procedimiento medicina o elemento ha sido dispuesto por un médico, adscrito a la EPS o no, o puede inferirse claramente de historias clínicas, recomendaciones o conceptos médicos que el paciente lo necesita, siendo palpable que si existe controversia entre el concepto del médico tratante y el CTC, en principio prevalece el primero.
- iv) Se colija la falta de capacidad económica del peticionario o de su familia para costear el servicio requerido, dejando claro que se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por los accionantes, mientras no sean válidamente desvirtuadas por las entidades prestadoras del servicio de salud.

Sexta. Análisis del caso concreto.

6.1. Como quedó expuesto, Nelson de Jesús Castañeda Ríos obrando en calidad agente

oficioso de su hijo mayor de edad Andrés Felipe Castañeda Ríos, quien sufre encefalopatía hipóxico-isquémica (f. 2 ib.), pidió amparo de los derechos fundamentales de petición, el debido proceso administrativo, la seguridad social, la igualdad, la salud y la dignidad de su hijo, presuntamente vulnerados, al negársele la autorización del servicio de enfermería permanente en casa y no dar inicio al trámite de calificación. Por su parte, el representante de EPS SURA pidió declarar improcedente la acción, indicando que la entidad ha asumido todos los servicios médicos que ha requerido el paciente.

Durante el trámite de la acción de tutela, el juez amparó parcialmente los derechos del agenciado, ordenando a EPS SURA dar inicio a los trámites para efectuar la calificación de invalidez, basándose en la normatividad vigente y aplicable al tema (art. 41 L. 100/93 y D. 2463/01) y en reiterada jurisprudencia constitucional. Por esa razón, al encontrar que hubo un acierto por parte del juez, esta Sala no se pronunciará respecto de esa petición.

6.2. Según se afirmó en las consideraciones precedentes, esta acción de tutela es procedente en la medida en que se dirige a proteger el derecho fundamental a la salud de un sujeto merecedor de especial protección constitucional, por ser una persona en condición de discapacidad, que enfrenta específicas condiciones susceptibles de amparo bajo los postulados del artículo 13 superior, entre otras normas.

6.3. Ahora bien, frente a la pretensión específica de autorizar, por vía de tutela, el servicio de enfermería permanente en casa, se estableció que efectivamente no se encuentra una orden médica que avale la necesidad de tal servicio, lo cual, sin embargo, no agota el debate constitucional, pues según se indicó existe la posibilidad, de forma excepcional, de que un juez de tutela autorice el suministro de servicios, elementos o medicamentos, aun cuando no exista orden médica, siempre y cuando pueda inferirse de algún documento aportado al proceso, bien sea la historia clínica o alguna recomendación científica, la plena necesidad de lo requerido por el accionante.

Para la Sala esa plena necesidad no está avalada por ningún documento científico aportado al expediente, lo cual hace imposible concluir que se están vulnerando los derechos fundamentales del paciente. Ha de indicarse que si bien el médico tratante explicó, en declaración juramentada ante el Juzgado de instancia (f. 36 ib.), que el paciente "está postrado en cama", de lo cual eventualmente podría inferirse la necesidad del servicio de

enfermería, también es claro que el mismo galeno reveló la diferencia entre los servicios de enfermería y de cuidador primario, afirmando que el paciente no tiene necesidades del primero, pues no se le aplican medicamentos intravenosos ni se le realizan procedimientos que requieran un profesional en esa materia. A la par, se verificó que el agenciado ha necesitado de enfermeros para procedimientos específicos, los cuales han sido autorizados por la EPS, en especial en virtud de su inscripción al programa de medicina domiciliaria “salud en casa”.

6.4. En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia.

Aunado a lo anterior, es claro que ante la afirmación de ausencia de recursos propios, la misma se presume veraz y debe ser desvirtuada por la entidad accionada o por el juez. Empero, en esta ocasión el agente oficioso no efectuó ninguna manifestación, siquiera sumaria, respecto de su incapacidad financiera para asumir los gastos de un cuidador primario, por lo que no puede darse validez a tal presunción a favor del accionante; sumado al hecho de que los familiares han contado con la capacidad económica suficiente para asumir los gastos por dicho concepto desde hace aproximadamente cinco años, sin afectar su mínimo vital. En tal medida, considera esta Sala a la luz de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, que no es procedente acceder a las pretensiones del accionante.

6.5. En consecuencia, se confirmará integralmente el fallo único de instancia proferido por el Juzgado 39 Penal Municipal de Medellín con Función de Garantías, emitido en mayo 21 de 2013, dentro de la acción de tutela incoada por Nelson de Jesús Castañeda Ríos, como agente oficioso de su hijo Andrés Felipe Castañeda Suaza.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR integralmente el fallo único de instancia proferido en mayo 21 de 2013, por el Juzgado 39 Penal Municipal de Medellín con Función de Garantías, dentro de la acción de tutela incoada por Nelson de Jesús Castañeda Ríos, como agente oficioso de su hijo Andrés Felipe Castañeda Suaza.

Segundo. Por Secretaría General de esta corporación, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Cfr. T-294 de marzo 25 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-750 de julio 14 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-279 de abril 20 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

[2] Cfr. T-128 de febrero 14 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Así también fue manifestado en sentencia T-580 de julio 30 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: "... la seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho

constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.”

[3] T-420 de mayo 24 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil: “El criterio anterior ha sido complementado y precisado por la propia jurisprudencia, en el sentido de señalar que, tratándose de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo, sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela.”

[4] En la mencionada sentencia se puntualiza, sin embargo, que “el hecho de que excepcionalmente en un caso concreto una persona requiera un servicio de salud no incluido en el POS, y se le garantice el acceso al mismo, no tiene como efecto modificar el POS e incluir tal servicio. El servicio no incluido al que se haya garantizado el acceso en un caso concreto, permanece como un servicio no incluido dentro del Plan y sólo podrá ser autorizado, excepcionalmente, por las condiciones específicas en que se encuentra el paciente, sin perjuicio de que la experiencia y los estudios lleven a que el órgano regulador decida incluir dicho servicio en el plan de beneficios”.

[5] Cfr. T-1204 de septiembre 14 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-104 de febrero 16 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-974 de diciembre 16 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo; T-036 de enero 28 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre muchas otras.

[6] Artículo 1º Constitución Política.

[7] Cfr. T- 829 de octubre 5 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-155 de marzo 2 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1219 de diciembre 12 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T- 899 de octubre 24 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[8] Ante este problema, la sentencia precisó que “lo anterior plantea un problema de autonomía personal en la aceptación de los medicamentos ordenados por el médico

tratante... el paciente queda en libertad de aceptar los medicamentos o tratamientos que le son prescritos por su médico tratante, y debe respetársele la decisión que se tome al respecto. Sin embargo, cuando el paciente ha decidido aceptar la orden de su médico tratante, la EPS está en la obligación de entregar los medicamentos, si... hace parte del POS y cuando están excluidos, su entrega depende de la previa verificación de los demás requisitos definidos por esta Corporación".

[9] T-654 de agosto 30 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[10] Cfr., entre otras, T-873 de noviembre 22 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo: "El dictamen del médico tratante respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro (sic) profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente."

[11] Así mismo, la Corte en fallo T-899 de octubre 24 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el ISS, y que a pesar de lo anterior, no se le había formulado médicalemente pañales, en el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, pese a que no aparecía formulación por un médico, pero resultando obvia la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y la carencia de recursos para pagarlos.