

Sentencia T-874/10

DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia/DERECHO A LA SALUD-Caso en que EPS niega servicio de enfermería por considerar que los cuidados requeridos por adulto mayor son básicos y no de tipo profesional/DERECHO A LA SALUD-Caso en que padre de menor de 9 años solicitó medicamento recetado por médico adscrito a un ente de salud departamental y que fue negado por parte del SISBEN, porque la menor pertenece al régimen contributivo

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

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Improcedencia para ordenar servicio de enfermería por cuanto éste no fue ordenado por médico adscrito a la EPS y la peticionaria se encuentra afiliada medicina prepagada

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Orden a la EPS de informar al padre de la menor como iniciar trámite para que le sea entregado el medicamento

Referencia: expedientes acumulados T- 2.720.739 y, T.2.737.607.

Acciones de tutela instauradas separadamente por Rosa Arango de Vallejo contra COOMEVA ESP y Deivis José Arcon Ariza contra el SISBEN.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. cuatro (4) de noviembre de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali en instancia única (expediente T-2.720.739) y el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Ciénaga, Magdalena en instancia única (expediente T.2.737.607).

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con las solicitudes de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, los accionantes sustentan su pretensión en los siguientes:

Hechos

1.- Rosa Arango de Vallejo, de 82 años de edad, se encuentra afiliada a COOMEVA ESP y al plan de medicina prepagada programa oro de la misma institución. (Folio 8, cuaderno 2)

2.- Según consta en el expediente, a la accionante le fue diagnosticado un enfisema pulmonar crónico-agudo y episodios de isquemia cerebral, para la cual ha seguido un tratamiento con diferentes medicamentos y se ha recomendado, por el médico tratante, “que puede continuar manejando [éste] en casa con atención domiciliaria, terapia respiratoria, terapia de rehabilitación, antibioticoterapia, medicación O2 a 3 Lts/minuto por cánula nasal y aspirador de secreciones” (folio 13, cuaderno 2)

Además, se indicó que requería del “servicio de enfermería por su dificultad para moverse, supervisión para hacerlo.[sic]” (folio 14, cuaderno 2)

3.- COOMEVA EPS, en tres oportunidades – 3 de marzo, 4 de abril y 14 del mismo mes del año 2010, no ha aprobado el mencionado servicio, por cuanto “al analizar la historia clínica aportada con la solicitud no se encuentra justificación suficiente para autorizar este servicio, para los cuidados básicos de un paciente postrado (aseo, alimentación, movilización, etc.) es suficiente con un cuidador familiar” (Folio 31 a 33, cuaderno 2)

4.- En cuanto a la capacidad económica de la peticionaria, afirma que no cuenta con ingresos fijos y depende de su hermana quien únicamente recibe una pensión de vejez mínima.

Solicitud de Tutela

5.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Rosa Arango de Vallejo solicitó la protección de su derecho fundamental a la salud, violado, en su opinión, por parte de la demandada al no autorizarle los servicios de enfermería, los cuales, según ella, necesita.

Respuesta de la entidad demandada

6.- La parte accionada por medio de escrito del 11 de mayo de 2010 respondió la acción de tutela de la referencia y solicitó declarar improcedente el recurso de amparo.

7.- Señaló que no se cuenta con criterios médicos suficientes para ordenar el servicio de enfermería, pues “la paciente ya no tiene ninguna medicación IV, [...] [y] el hecho de ser oxígeno dependiente no quiere decir que su manejo tiene que ser por un profesional de la salud, ya que la usuaria lo que requiere son cuidados básicos, los cuales pueden ser suministrados por un familiar” (folio 33, cuaderno 2)

8.- Adicionalmente sostuvo que COOMEVA EPS “ha cumplido a cabalidad con cada una de las solicitudes que por sus condiciones de salud se ha requerido, prueba de ello constituye la expedición de las ordenes para insumos, valoraciones por médicos especialistas, servicios de traslados terrestres, servicios domiciliarios, entre otros; que se ha venido entregando sin demora alguna.” (Folio 33, cuaderno 2)

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de Única instancia

9.- El Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali denegó el amparo solicitado por cuanto consideró que no existía ninguna infracción al

derecho fundamental a la salud.

Sostuvo que este servicio fue ordenado con anterioridad a la accionante por encontrarse en tratamiento con antibiótico endovenoso. No obstante, no existe prueba en el expediente que la mencionada prestación medica sea necesaria terminado aquel o que haya sido ordenada por el medico tratante finalizada la referida medicación.

Expediente T.2.737.607

10.- Zurys Sarais Arcon Cantillo, de 9 meses de edad, nació en forma prematura, debido a esto padece de síndrome deficiencia pulmonar, por la falta de desarrollo de los órganos respiratorios.

11.- A consecuencia de lo anterior requiere que le sea administrado el medicamento palivisumab ampollas 50 mgr, el cual ha sido negado, por parte del SISBEN.

Solicitud de Tutela

12.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Davis José Arcon Ariza, en representación de su hija Zurys Sarais Arcon Cantillo solicitó la protección del derecho fundamental a la salud de su descendiente, que en su opinión ha sido vulnerado, por parte del SISBEN, al no brindarle el medicamento palivisumab ampollas 50 mgr a su descendiente.

Respuesta de la entidad demandada

24.- La parte accionada por medio de escrito del 19 de febrero de 2010 respondió la acción de tutela de la referencia y solicitó denegar el recurso de amparo.

25.- Indicó que el actor junto con la madre del menor se encuentran afiliados al régimen contributivo en salud en SALUDCOOP ESP, desde el primero de julio de 2009 hasta la fecha y por tanto es la referida entidad promotora de salud y no el SISBEN, quien debe prestar los servicios de salud requeridos por la menor. (Folio 12, cuaderno 2)

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de Única instancia

28.- El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Ciénaga negó el amparo solicitado pues consideró que “no se precisó cual era la entidad generadora de la violación del derecho fundamental deprecado, como tampoco supo expresar si era el hospital San Cristóbal de Ciénaga , o el CARI Hospital Universitario E.S.E quien le había negado la entrega del medicamento” (Folio 20, cuaderno 2)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si COOMEVA ESP vulneró el derecho fundamental a la salud de Rosa Arango de Vallejo al no autorizarle los servicios de enfermería, los cuales, según ella, necesita y establecer si el SISBEN violó el derecho fundamental a la salud de Zurys Sarais Arcon Cantillo al no brindarle el medicamento palivisumab ampollas 50 mgr.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) El derecho fundamental a la salud; (ii) el acceso a los servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de

Salud; y finalmente procederá al análisis de los (iii) casos concretos.

3. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación -derecho constitucional y servicio público¹-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad².

Señala el artículo 49 de la Constitución Nacional que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.”

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud³. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que ‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen

“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.”

La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, recordó que:

“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.” (Subrayas fuera de texto)⁴.”

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional - incluida la jurisprudencia de esta Corte -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros reconocidos en su calidad de derechos fundamentales susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, vistos como derechos de orden prestacional requeridos, por tanto, de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento.

Desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió, sin embargo, que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental, postura que se denominó “la tesis de la conexidad”.

En pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva⁵. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional. En este sentido, todos los derechos constitucionales fundamentales - con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional, y por ello su implementación práctica siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria.

En este orden de ideas, despojar a los derechos prestacionales - como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resulta no sólo confuso sino contradictorio, pues si se adopta esta tesis de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad.

Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos ya mencionados, que hacen parte del bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Constitución.

De acuerdo con la línea jurisprudencial expuesta y que reitera la Sala en la presente sentencia, 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. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria. Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz.

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto estas carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse prima facie por vía de tutela. Su connotación prestacional obliga al Estado a

racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos.

Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de procedibilidad de la tutela consistente en la conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos - unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental.

4. El acceso a los servicios médicos y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

Conforme lo establece la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos sobre la materia, todas las personas tienen derecho a que se garantice el acceso a los servicios que requieran para conservar su salud, cuando se encuentre gravemente comprometida la vida digna e integridad personal.

Precisamente y para garantizar el acceso a los servicios de salud, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece el Plan obligatorio de salud⁶ que tiene por finalidad la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Esta Corte ha señalado que la exclusión de algunos medicamentos, procedimientos y servicios del Plan Obligatorio de Salud se justifica en buena medida por las limitaciones presupuestales existentes en el contexto colombiano, las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales, por lo que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en cualquiera de los planes de salud, cuando:

(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se

encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo⁷.

En este sentido, en sentencia T-760 de 2008 esta Corporación, indicó:

“En adelante, para simplificar, se dirá 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 [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, ‘(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere’.”

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, entra la Corte a resolver el asunto puesto a consideración.

5. El caso concreto

En los presentes asuntos, Rosa Arango de Vallejo y Deivis José Arcon Ariza en representación de su hija Zurys Sarais Arcon consideran vulnerado el derecho fundamental de ella y de la menor por parte de COOMEVA ESP, en el primer caso y el SISBEN en el segundo dado que estas entidades se negaron a brindar un servicio médico excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS).

Tal y como quedó expuesto en las consideraciones de esta sentencia, para ordenar un procedimiento médico o un medicamento que no se encuentra en el POS, es necesario que el juez constitucional verifique el cumplimiento de los requisitos expuestos por la jurisprudencia de esta Corporación:

(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se

encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

Así las cosas, la Sala entrará a determinar si en los asuntos objeto de revisión se cumplen con los mencionados criterios.

En este caso, se encuentra probado que la actora (i) padece de enfisema pulmonar crónico-agudo y episodios de isquemia cerebral; que a consecuencia de ello (iii) le fue prescrito el servicio de enfermería por encontrarse en tratamiento con antibiótico endovenoso.

No obstante, tal y como lo señala el juez de primera instancia, no existe prueba en el expediente que los servicios de enfermería sean necesarios terminado el referido tratamiento o que hayan sido ordenados por el médico tratante finalizada la referida medicación.

En este sentido, la presente petición adolece de uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia, pues el referido servicio no ha sido ordenado por ningún médico adscrito a la ESP a la cual se encuentra afiliada.

Aunado a lo anterior, la accionante se encuentra afiliada al plan de medicina prepagada de mayor cobertura de COOMEVA EPS: Plan Oro, lo que hace presumir que la peticionaria cuenta con los recursos suficientes para poder solventar este tipo de gastos, incumpliendo así con otro de los requisitos establecidos por este Tribunal.

En este orden de ideas, la Sala de Revisión confirmará el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali.

Expediente T.2.737.607

En este asunto, se encuentra probado que la hija del actor (i) sufre de síndrome deficiencia pulmonar, por la falta de desarrollo de los órganos respiratorios; y que (ii) el Dr. Rufino Zapata, perteneciente al Hospital Departamental San Cristóbal E.S.E., le formuló a ella Palivisumab 50 mgr para tratar este padecimiento.

Sin embargo, la referida prescripción médica fue realizada en un establecimiento que hace parte del sistema de salud departamental y por un funcionario adscrito a éste y no por un médico perteneciente a la ESP a la cual se encuentra afiliado el actor y su núcleo familiar, a raíz de ello esta petición incumple con el requisito establecido por este Tribunal, que señala que el servicio médico debe ser ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de quien lo está solicitando.

Adicionalmente, el peticionario solicita al SISBEN que asuma el medicamento formulado. No obstante, debe señalarse que aquel es un programa de focalización del gasto social descentralizado, diseñado por el Departamento Nacional de Planeación e implementado y operado por los distritos y los municipios⁹, con el objetivo de subvenir las necesidades materiales de los sectores más pobres y que se encuentran por fuera del régimen contributivo en Salud. Por ello, el hecho de que el peticionario pertenezca al régimen contributivo hace improcedente que sea el Departamento o el Municipio el encargado de brindar el referido medicamento, pues esta obligación radica en cabeza de SALUDCOOP EPS a la cual el actor y su núcleo familiar se encuentran afiliados.

Es necesario tomar en consideración que el desconocimiento del funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, por parte del actor, llevó, en este caso, a formular inadecuadamente la acción que en esta ocasión se impetra, por ello y con el fin de garantizar el derecho a la salud de ella se ordenará a SALUDCOOP EPS que informe al padre de la menor Zurys Sarais Arcon cuales son los pasos que éste tiene que adelantar para que le sea entregado el medicamento que su hija necesita.

Así las cosas, la Sala de Revisión confirmará el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Ciénaga, Magdalena por las razones anteriormente expuestas.

Como corolario de las consideraciones precedentes, la Sala de Revisión confirmará el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali (expediente T- 2.720.739) y el fallo emitido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Ciénaga, Magdalena (expediente T- 2.737.607).

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali (expediente T- 2.720.739) y el fallo emitido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Ciénaga, Magdalena (expediente T- 2.737.607) por las razones expuestas en este providencia.

Segundo.- ORDENAR a SALUDCOOP EPS, que en el término de 24 horas a partir de la notificación de esta sentencia, le informe al padre de la menor Zurys Sarais Arcon cual es trámite respectivo y los pasos a seguir para que le sea entregado el medicamento que su hija necesita.

Tercero.-Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA A LA SENTENCIA T-874 DE 201010

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Caso en que procede para ordenar servicio de enfermería a adulto mayor con la finalidad de facilitar y supervisar la movilidad de la accionante (Salvamento parcial de voto)

En el caso de la mujer de 82 años de edad, el amparo debió concederse pues, contrario sensu a lo sostenido por la parte accionada en su intervención ante la Corte, la orden de otorgarle el servicio de enfermería no se relacionó exclusivamente con la aplicación de medicinas intravenosas, sino con la finalidad de facilitar y supervisar la movilidad de la accionante. Además, el argumento según el cual la peticionaria tiene capacidad económica para sufragar los servicios de enfermería porque contrató una póliza de medicina de amplia cobertura es problemático a la luz de la jurisprudencia constitucional en tanto: (i) omite el análisis de la relación de ingresos y gastos de la accionante en el caso concreto; (ii) como inferencia lógica luce débil, pues la peticionaria puede tener capacidad para el pago de una póliza especial en salud (especialmente si se toma en cuenta que le resulta muy necesaria en atención a su edad y su condición médica), pero ello no implica que posea el dinero para sufragar el servicio de enfermería; y (iii) pasa por alto que la accionante argumentó explícitamente no tener los recursos para sufragar ese gasto, y que la EPS no controvertió esa afirmación.

DERECHO AL ACCESO A TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Corte debió ordenar a EPS determinar la viabilidad de este tratamiento, aclarando que solo razones médico-científicas podrían justificar una respuesta negativa por parte de la entidad (Salvamento parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Sala me permito salvar el voto en la presente oportunidad, con base en las razones que expongo a continuación.

1. Antecedentes de los casos:

1.1. En la sentencia de la referencia, la Sala Octava acumuló dos casos relacionados con el

acceso a los servicios de salud. En el primer caso, la peticionaria argumentó que requería el servicio de enfermería por su difícil situación de salud; indicó que carecía de recursos económicos para sufragar ese gasto, y precisó que hace parte de la población más vulnerable por motivos de edad (82 años al momento de interposición de la acción).

2. Sentido de las decisiones:

2.1. En el primer caso, la Sala denegó el amparo, considerando que (i) si bien el médico tratante de la peticionaria ordenó el servicio de enfermería durante un tratamiento con antibiótico intravenoso ya finalizado, no obra prueba en el expediente de que la accionante requiera actualmente esa prestación; y (ii) no se demostró que la tutelante esté en incapacidad económica de sufragar el servicio de enfermería, pues está afiliada al plan oro de la EPS Coomeva, de donde se desprende que no enfrenta grandes limitaciones económicas.

2.2. En el segundo caso, la Sala concedió el amparo y le ordenó a la EPS informar al peticionario sobre todos los trámites que debe realizar para acceder a los servicios de salud requeridos por su hija.

3. Motivo de disenso.

El motivo por el cual disiento de las decisiones adoptadas en este trámite radica en que, a mi parecer, en ambos casos se omitió proteger adecuadamente a personas particularmente vulnerables, con base en una lectura restrictiva de las subreglas sentadas por la Corte en la materia, como a continuación se explica:

3.1. En el caso de la mujer de 82 años de edad, el amparo debió concederse pues, contrario sensu a lo sostenido por la parte accionada en su intervención ante la Corte, la orden de otorgarle el servicio de enfermería no se relacionó exclusivamente con la aplicación de medicinas intravenosas, sino con la finalidad de facilitar y supervisar la movilidad de la accionante, como se desprende del tenor literal de la prescripción médica: "(...) puede continuar manejo en casa con atención domiciliaria, terapia respiratoria, terapia de rehabilitación, antibioticoterapia, medicación O2 a 3 Lts/minuto por cánula nasal y aspirador de secreciones (...) [requiere] servicio de enfermería por su dificultad para movilizarse, [y] supervisión para hacerlo". (Se destaca).

Además, el argumento según el cual la peticionaria tiene capacidad económica para sufragar los servicios de enfermería porque contrató una póliza de medicina de amplia cobertura es problemático a la luz de la jurisprudencia constitucional en tanto: (i) omite el análisis de la relación de ingresos y gastos de la accionante en el caso concreto; (ii) como inferencia lógica luce débil, pues la peticionaria puede tener capacidad para el pago de una póliza especial en salud (especialmente si se toma en cuenta que le resulta muy necesaria en atención a su edad y su condición médica), pero ello no implica que posea el dinero para sufragar el servicio de enfermería; y (iii) pasa por alto que la accionante argumentó explícitamente no tener los recursos para sufragar ese gasto, y que la EPS no controvertió esa afirmación¹¹.

3.2. En el caso de la niña de nueve meses de edad, si bien la Sala concedió el amparo, es claro que el alcance de la protección es insuficiente para preservar el derecho al acceso a los servicios de salud de una persona de esa edad, particularmente vulnerable y cuyo derecho a la salud debe satisfacerse más allá de cualquier consideración de orden económico o administrativo, pues materialmente, la orden dada por la Sala tiene como única consecuencia el reinicio de todos los trámites por parte del padre de la menor ante la EPS accionada o vinculada.

Por ello, estimo que en lugar de ordenar a la EPS informar al peticionario cómo iniciar todo el trámite para que su hija obtenga una prestación que requiere con urgencia, y que ya ha sido prescrita por un médico profesional, la Corte debió ordenar a la EPS (médico tratante y CTC) determinar la viabilidad de ese tratamiento, aclarando que solo razones médico-científicas podrían justificar una respuesta negativa por parte de la entidad¹².

Los motivos expuestos son los que me llevan a disentir de la decisión de la Sala.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

¹ En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de

2002 y T-304 de 2005, entre otras.

2 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

3 El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.”

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

5 Ver las sentencias T-016-07 y T-1041-06 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

6 El Decreto Reglamentario 806 de 1998 (Art. 3º), establece como planes de beneficios en salud (i) el plan de atención básica en salud (PAB), (ii) plan obligatorio de salud del régimen contributivo (POS), (iii) plan obligatorio de salud del régimen subsidiado (POSS), (iv) atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos y (v) atención inicial de urgencias.

7 Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008

8 Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008

9 Corte Constitucional, Sentencia 862 de 2002

10 Con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

11 Para un recuento de las subreglas relativas a la capacidad económica, bajo la óptica de las cargas soportables, remito al acápite 4.4.5.5. del fallo T-760 de 2008, entre las que cabe destacar la obligación de la EPS de aportar información sobre la situación económica del afiliado; la obligación de asumir la buena fe del peticionario y de dar crédito a su dicho si no existe controversia por parte de la EPS; la obligación de decretar pruebas por parte del juez de tutela, y la aplicación del principio pro hómīne en casos límite, o de duda sobre la capacidad del peticionario..

12 Nuevamente, en la sentencia T-760 de 2008, hito indiscutible en materia de acceso a los servicios de salud, se expresa: (Sentencia T-760 de 2008; fundamento 4.4.2) 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. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto. || No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.¹² Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’, incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados”, consideraciones que en este caso deben además acompasarse con la situación de especial vulnerabilidad de la menor tutelante.

