

Sentencia T-974/11

(16 de diciembre)

DERECHO A LA SALUD-Evolución en la jurisprudencia constitucional

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

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Reiteración de jurisprudencia sobre el suministro de pañales desechables

El juez de tutela debe constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para ordenar el suministro de cualquier medicamento o procedimiento no POS. Sin embargo, la Corte ha establecido una excepción en cuanto a la verificación del requisito de la prescripción médica consistente en que cuando existe un sujeto de especial protección y debido a sus condiciones específicas de salud resulta evidente el uso de pañales, lo cual debe estar debidamente probado en el expediente, se puede ordenar la entrega de estos previa valoración del médico donde se indique la cantidad, la calidad y demás especificaciones que considere necesarias el galeno. Todo esto con el ánimo de garantizarle una vida en condiciones dignas.

DERECHO A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS valorar condición médica de persona de 83 años para determinar si requiere pañales desechables, terapias y servicio de enfermería domiciliaria

I. ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la demanda de tutela¹

La señora Luz Dary Arias Correa, actuando en nombre y representación de su madre Josefina Correa viuda de Arias, interpuso acción de tutela contra Salud Total EPS manifestando los siguientes hechos.

1.1. Aseguró la accionante que su madre tiene 83 años y se le ha diagnosticado neuropatía, diabetes, hipertensión, discopatía y lumbar, razón por la cual el médico tratante ha manifestado de manera verbal, que por las condiciones actuales en las que se encuentra requiere de una enfermera domiciliaria, pañales para adulto y terapias domiciliarias².

1.2. Indicó que a su progenitora no le volvieron a realizar las terapias domiciliarias, por esta razón le preguntó al médico tratante, quien le respondió que no sabe por qué las suspendieron, sin embargo, que consideraba que debían continuarse con las terapias y además deberían prestarle el servicio de enfermera domiciliaria³.

1.3. Finalizó agregando que no tiene los medios económicos suficientes, pues sólo cuenta con una pensión de un salario mínimo la cual debe invertir en el pago de servicios públicos, alimentación, transporte, vestuario etc., lo que le imposibilita sufragar los gastos de pañales, enfermera y terapias que necesita su señora madre. Razón por la cual solicita que se le ordene a la entidad accionada, el suministro de los citados elementos y la prestación del servicio⁴.

1. Vinculación de Salud Total EPS y al Ministerio de la Protección Social⁵.

El Juzgado Cuarenta y Tres (43) Penal Municipal de Bogotá, mediante oficio del 22 de junio de 2011⁶, informó a Salud Total EPS y al Ministerio de la Protección Social sobre la acción de tutela, con el fin, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de la misma, se pronunciaran sobre los hechos expuestos por la accionante.

2.1 El señor Juan Andrei Vargas Camelo, actuando como representante legal de Salud Total EPS, mediante escrito solicitó que la acción de tutela fuese negada de acuerdo con los siguientes argumentos:

Considera que los hechos de la acción de tutela se basan en “opiniones” sobre el estado de salud de la madre de la accionante, debido a que carecen de sustento médico en el que se diga que la señora Josefina Correa requiere todo lo solicitado⁷.

Contrario a lo manifestado por la accionante, Salud Total EPS ha asumido la prestación del

servicio de salud desde el momento en que se afilió la señora Josefina, y de manera especial le ha otorgado el plan médico domiciliario, el cual incluye toma de muestras de laboratorio, terapias de rehabilitación, valoración médica y aplicación de medicamentos⁸.

Por otro lado, informan que la enfermera en casa es una función que debe ser asumida por la familia para lo cual la EPS le brinda instrucción y acompañamiento. Adicionalmente, Salud Total EPS asegura que no existe prescripción médica que respalde la solicitud de pañales, debido a esto y a que los pañales son considerados como elementos de aseo, los cuales no influyen en el estado de salud del paciente, es decir, que no es un servicio vital para mejorar la salud o la vida de la accionante, no le corresponde a la EPS asumir esta prestación.

2.2 El señor Diego Emiro Escobar Perdigón, actuando como coordinador del grupo de acciones constitucionales de la oficina asesora jurídica y de apoyo legislativo del Ministerio de la Protección Social, mediante escrito solicitó que en caso que no se cumpla con alguno de los requisitos de procedencia de la acción de tutela sea negada y en caso contrario que se ordene el recobro de la EPS al Fosyga, de acuerdo con los siguientes argumentos⁹:

El Ministerio de la Protección Social informa que el servicio de enfermería permanente, es decir, el que cubra una atención de 12 o 24 horas no esta contemplado en el Acuerdo 008 de 2009, el cual establece los procedimientos que están incluidos dentro del POS, asegura que sólo cubre visitas domiciliarias por enfermería. Por otro lado, asegura que en el artículo 54 del acuerdo citado esta expresamente excluido el suministro de pañales.

Sin embargo, afirma que cuando una persona que está afiliada al régimen contributivo y no cuenta con la capacidad económica para asumir el costo de servicios adicionales a los contemplados en el POS, podrá acudir a la secretaria de salud (departamental, distrital o municipal) más cercana a su residencia, con el fin de que sea remitida una IPS con la cual el Estado tenga convenio, y deberán prestarle el servicio de salud requerido acorde con la capacidad de oferta y previo pago de una cuota de recuperación¹⁰.

Finalmente, el Ministerio citó jurisprudencia de la Corte Constitucional donde se establece que es obligación de las EPS suministrarle a sus afiliados todos los procedimientos, medicamentos y tratamientos contemplados en el POS. Adicionalmente mencionó la obligación que tiene el juez de tutela al momento de analizar la procedencia de la acción de tutela y de constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos jurisprudencialmente

tales como verificar que el medicamento o tratamiento excluido del POS amenace el derecho a la vida del accionante, que haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS, que el accionante carezca de capacidad económica para sufragarlo y que el procedimiento o medicamento no pueda ser reemplazado por uno contenido en el POS¹¹.

3. Decisión de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, del 7 de julio de 2011. Única instancia¹²:

El Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, negó el amparo de la accionante al considerar que la solicitud realizada por ésta carece de orden médica actual, pues en el expediente se encuentra evidencia que en el mes de diciembre de 2009 y en enero del año siguiente el médico tratante le ordenó a la señora Josefina Correa terapias ocupacionales y físicas, además de control domiciliario. En la última cita médica, el galeno consideró que debido a las limitaciones de la accionante debía continuar con las terapias domiciliarias, para lo cual fue remitida a fisioterapia con el fin de que definiera la duración y la intensidad del programa integral de rehabilitación. Sin embargo, neurología determinó que no ameritaba tratamiento farmacológico de demencia ni otro tipo de servicios.

Adicionalmente, el juez asegura que no hay evidencia probatoria en el expediente que demuestre que el médico tratante o un profesional adscrito a la entidad accionada hayan ordenado la continuidad en las terapias domiciliarias, el servicio de enfermería domiciliaria y el suministro de pañales; debido a lo anterior consideró que no existe prueba sobre la necesidad de los servicios solicitados.

Finalmente, el juez le indicó a la hija de la señora Josefina que puede acudir ante la EPS y solicitar las citas médicas necesarias para establecer la necesidad de los servicios solicitados mediante la acción de tutela. Así mismo, le advirtió a Salud Total EPS, que debe prestarle un servicio de salud a la accionante basado en los principios constitucionales, sin esperar el pronunciamiento de un juez para reconocer derechos que en ningún caso deben ser desconocidos.

4 PRUEBAS SOLICITADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante Auto del 20 de octubre de 2011¹³, se ordenó por la Secretaria General de la Corte Constitucional, oficiar a Salud Total EPS, con el fin que remitiera un informe con la siguiente

información:

a) el ingreso base de cotización de la señora Josefina Correa viuda de Arias identificada con cédula de ciudadanía No. 24.840.102.

b) los servicios que la EPS le está prestando a la señora Josefina Correa viuda de Arias

c) si la accionante ha realizado alguna petición solicitando los servicios de enfermera domiciliaria, pañales para adulto y terapias domiciliarias.

d) el procedimiento al interior de la EPS, para que un afiliado solicite algún servicio y, en caso de que dicho servicio sea negado si existe una instancia de revisión de la decisión inicial.

e) copia de la Historia Clínica de la señora Josefina Correa viuda de Arias

5. Respuesta a la solicitud de pruebas:

5.1 El 28 de octubre de 2011 la Secretaria General informó que vencido el término probatorio fue recibido el oficio de Salud Total EPS, en el que dan respuesta al auto de pruebas de fecha 20 de octubre de 201114.

5.1.1. Salud Total EPS mediante oficio de fecha 15 de octubre de 2010, solicitó la confirmación de la acción de tutela y respondió los interrogantes planteados de la siguiente manera:

En primer lugar, informó que la señora Josefina Correa está vinculada a Salud Total EPS como beneficiaria de su hija Luz Dary Arias Correa, quien tiene un ingreso base de cotización de seiscientos setenta y cinco mil ochocientos treinta y tres pesos (\$675.833).

En segundo lugar, manifestó que a la señora Josefina Correa se le ha prestado el servicio de salud autorizándole exámenes de laboratorio, medicamentos, consulta con especialistas y actividades paramédicas. La EPS sustenta esta afirmación adjuntando ciento once (111) autorizaciones.

En tercer lugar, asevera la entidad accionada que la tutelante no ha realizado ninguna solicitud de pañales, terapias y servicio de enfermería domiciliaria. Por otro lado, informa que para solicitar un procedimiento POS se podrá realizar a través de cualquier punto de atención

al usuario, anexando la historia clínica y la orden medica vigente; cuando se trate de un servicio no POS se deberán anexar los formatos de justificación por el médico tratante para que el Comité Técnico Científico estudie su aprobación o no.

Finalmente, manifiesta la EPS que no existe evidencia de que algún galeno le hubiera recetado a la accionante el servicio de pañales, terapias domiciliarias y enfermera, razón por la cual, considera que el juez constitucional no está llamado a ordenar este tipo de servicios.

I. CONSIDERACIONES.

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el auto del treinta de agosto de 2011 de la Sala de Selección de Tutela Número Ocho de la Corte Constitucional.

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si Salud Total E.P.S. vulneró los derechos fundamentales de la señora Josefina Correa viuda de Arias, como lo manifiesta la accionante al interrumpirle la realización de terapias, en segundo lugar, al no suministrarle pañales desechables, y por ultimo al no autorizarle el servicio de enfermera domiciliaria.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala considerará (i) el derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional, (ii) condiciones jurisprudenciales para acceder a servicios no POS, (iii) reiteración de jurisprudencia respecto del suministro de pañales, y (iv) se analizará el caso concreto.

3. El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional.

La Corte Constitucional, en sus inicios, manifestó que como el derecho a la salud era de carácter social, estaba sujeto a un desarrollo progresivo, es decir que en principio no era un derecho del cual se pudiera exigir su aplicación inmediata; Sin embargo, el Estado Colombiano estaba en la obligación de proteger el nivel más alto posible de acuerdo a su capacidad institucional y a sus recursos económicos¹⁵.

Con el paso del tiempo esta tesis fue reevaluada, pues el derecho a la salud fue protegido a través de la acción de tutela, pero para ello se recurría a la teoría de la conexidad, pues se consideraba que el derecho a la salud por sí solo no podía ser protegido a través de este mecanismo, sino que era necesario demostrar la afectación de un derecho fundamental.

Más adelante, este tribunal constitucional sostuvo que el derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico, social y cultural, ostenta la condición de fundamental, debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo que permite que se use la acción de tutela como mecanismo de protección¹⁶. En la sentencia T-859 de 2003, la Corte dejó de lado el argumento de la conexidad y dijo que la salud era por sí solo un derecho fundamental: “el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”¹⁷.

En el mismo sentido, la Corte en la sentencia T-760 de 2008, reiteró lo anotado por la sentencia C-811 de 2007, en el sentido de establecer “que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles.” Posteriormente, la T-760 de 2008 concluyó diciendo que de acuerdo a la evolución jurisprudencial del derecho a la salud, no hay duda que en este momento el derecho a la salud es autónomo y por lo tanto fundamental, lo que permite hacerlo exigible de manera directa a través de la acción de tutela.

Lo anterior se acentúa, cuando quien requiere de la prestación es un sujeto de especial

protección, como las personas de la tercera edad, los niños y niñas, personas en situación de discapacidad, mujeres embarazadas etc. También gozan de una protección reforzada quienes padecen enfermedades ruinosas o catastróficas¹⁸.

4. Condiciones jurisprudenciales generales para acceder a servicios no POS.

El Sistema General de Salud no cuenta con los recursos económicos suficientes para garantizarle a los colombianos el derecho a la salud. Pese a lo anterior, y con el ánimo de optimizar los recursos y de dar la mayor cobertura posible la Ley 100 de 1993 estableció un catálogo limitado (plan obligatorio de Salud- POS) en el que se priorizan los servicios de salud más importantes para salvaguardar la salud de los afiliados¹⁹.

En ese contexto, la Corte en principio, protege los derechos de los afiliados cuando se esta frente a alguna de las siguientes hipótesis: en primer lugar, cuando el servicio requerido por el afiliado está incluido dentro del POS y no hay ningún concepto técnico que avale la negativa por el agente prestador del servicio de salud y en segundo lugar, cuando por carencia de recursos económicos el afiliado no puede acceder a un servicio que se encuentra por fuera del plan obligatorio de salud, pero que resulta necesario para su salud y para sobrellevar una vida digna²⁰.

Al respecto la sentencia T-053 de 2011 afirmó:

“...[E]sta Corporación ha considerado de manera uniforme y reiterada que si una persona requiere un servicio no comprendido dentro del Plan Obligatorio de Salud, pero no tiene la capacidad económica necesaria para costearlo por sí misma, la entidad prestadora de servicios en salud está constitucionalmente obligada a autorizar el servicio médico requerido, teniendo derecho al reintegro por parte del Estado del costo derivado del servicio no cubierto por el plan obligatorio. Para este Tribunal, aquella limitante - plasmada en normas de carácter reglamentario - no puede constituirse en una barrera para el goce efectivo de derechos de estirpe constitucional, como la vida, la dignidad y la salud”.

No obstante, existen circunstancias donde el POS resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de las personas. Debido a esto la Corte ha indicado que para autorizar el

suministro de un medicamento, procedimiento o examen se deberá constatar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“(i) que la falta del servicio médico que se requiere vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo necesita;

(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio o cuando esté científicamente comprobado que el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido;

(iii) que el servicio haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo, o aún no siendo así, la entidad no haya desvirtuado con razones científicas la necesidad de un tratamiento ordenado por un facultativo de carácter particular”

(iv) la falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido.”²¹

4.1. Reiteración de jurisprudencia respecto del suministro de pañales.

Como ya se explicó en el acápite anterior el POS es un catálogo de medicamentos, procedimientos y exámenes limitado a través del cual se pretende cubrir los servicios de salud más urgentes y necesarios, sin embargo por fuera de este listado se encuentran una serie de elementos que si bien no ayudan a superar un estado de gravedad del usuario, si contribuyen a tener una vida en condiciones dignas. De manera específica este Tribunal Constitucional ha sostenido que los pañales desechables son elementos que no contribuyen al mejoramiento de la salud de los usuarios, pero si ayudan a resguardar y hacer más tolerable la existencia de aquellas personas que debido a su condición específica de salud necesitan de manera permanente de estos elementos. Al respecto aseveró la sentencia T-053 de 2011:

“En concordancia con el imperativo constitucional de garantizar el acceso a los servicios que una persona necesita para mantener su salud, esta Corporación ha manifestado que ciertos implementos – que si bien no pueden considerarse como medicamentos u atención médica en sentido estricto – pueden ser exigibles, en determinadas circunstancias, a través de la acción de tutela, en tanto aquellos son indispensables para preservar la dignidad y calidad de

vida de las personas. Específicamente, este Tribunal ha aplicado dicha consideración respecto de los pañales desechables, los cuales, aunque no revisten ninguna calidad médica, sirven para hacer más tolerable y digna la existencia de aquellas personas que están en imposibilidad de controlar sus necesidades fisiológicas”.

Debido a que los pañales son elementos NO POS, el juez de tutela antes de ordenar el suministro de estos debe constatar que se cumplan los requisitos descritos en el acápite anterior. No obstante, en algunas ocasiones la Corte ha obviado el cumplimiento del tercer requisito, - la orden del médico tratante- pues ha considerado que la necesidad sobre el uso de pañales desechables salta a la vista por las enfermedades que aquejan al tutelante, a pesar que los galenos no lo hayan prescrito.

A continuación se expondrán algunos de las tutelas donde la Corte ha ordenado el suministro de pañales, pese a no obrar prescripción médica.

En la sentencia T-320 de 2011, se le ordenó a la Nueva EPS el suministro de pañales a un señor de 86 años quien padecía de una enfermedad obstructiva crónica y que debido a sus condiciones específicas de salud necesitaba pañales. La Sala Quinta de revisión aseveró:

“... si bien es cierto que en el expediente de tutela no obra fórmula médica que permita precisar que al señor Camacho Pinzón le haya sido prescrito la utilización de pañales por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., de la historia clínica del paciente se infiere que éste requiere la utilización de pañales desechables para sobrellevar sus enfermedades. De manera que, con la negativa de la entidad accionada de suministrar dichos elementos se vulnera el derecho fundamental a la salud y la vida digna”.

Al respecto, en la sentencia T-437 de 2010 se estudió el caso de un señor de 84 años quien como consecuencia de un accidente cerebro vascular (ACV) presenta parálisis general, tiene incontinencia urinaria y no controla esfínteres. La Corte manifestó:

“...si bien es cierto que en el expediente de tutela no obra fórmula médica que permita precisar que al señor José de Jesús Posada le haya sido prescrito la utilización de pañales por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., tal y como se señaló en el numeral anterior, de la historia clínica del paciente se deduce la necesidad de utilizar pañales desechables y guantes desechables dadas las características de las patologías presentadas”.

Por otro lado, en la sentencia T- 212 de 2008 se analizó la situación de una menor que padecía “síndrome de sturge weber” y cuya madre solicitó que se le ordenará a la EPS el suministro de pañales desechables, una silla de ruedas, entre otras cosas. La Corte expresó:

“(…) No es de recibo para la Sala, el argumento esgrimido por la entidad accionada en el escrito de contestación de la acción de tutela, en relación con la solicitud de suministro de 120 pañales desechables mensuales para la menor Juliana Muñoz Jiménez, quien padece desde su nacimiento de síndrome de Sturge Weber?, en el sentido de señalar que se trata de insumos que hacen parte del aseo personal, que deben estar a cargo de los familiares de la paciente, en tanto “NO CONSTITUYEN una atención médico - asistencial, ni hacen parte de ningún protocolo médico de atención, ni se encuentran registrados en ninguna guía terapéutica, por lo tanto no determinan un resultado al manejo de la patología y su cobertura no estaría dentro de los alcances de atención en salud y su no cubrimiento por parte del Sistema General de Salud no atenta contra ningún derecho fundamental.”

En resumen, el juez de tutela debe constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para ordenar el suministro de cualquier medicamento o procedimiento no POS. Sin embargo, la Corte ha establecido una excepción en cuanto a la verificación del requisito de la prescripción médica consistente en que cuando existe un sujetos de especial protección y debido a sus condiciones específicas de salud resulta evidente el uso de pañales, lo cual debe estar debidamente probado en el expediente, se puede ordenar la entrega de estos previa valoración del médico donde se indique la cantidad, la calidad y demás especificaciones que considere necesarias el galeno. Todo esto con el ánimo de garantizarle una vida en condiciones dignas²².

Por tratarse de un servicio no Pos, mantiene la EPS el derecho de repetir contra el Fosyga.

4.2 Casos en los que la Corte ha analizado la posibilidad de otorgar el servicio de terapias domiciliarias y de enfermería.

La Corte en innumerables oportunidades se ha enfrentado a casos donde los accionantes le solicitan al juez de tutela que se le ordene a las entidades prestadoras de salud la prestación del servicio de terapias domiciliarias. La Corporación al analizar este tipo de casos, ha sido reiterativa en que es necesario constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la

jurisprudencia para conceder un servicio no POS.

Sin embargo, en cuanto al último requisito establecido por este Tribunal Constitucional, que hace referencia a la existencia de una orden médica por parte de un profesional adscrito a la EPS, ha manifestado que a pesar que en el expediente no obre prueba de la prescripción médica, pero existe una duda razonable sobre la necesidad del servicio solicitado, la Corte ha expresado que el juez de tutela no cuenta con los conocimientos necesarios para determinar la necesidad o urgencia del servicio, razón por la cual, y en aras de salvaguardar el derecho al diagnóstico, ha ordenado una valoración del paciente por parte del equipo médico de la entidad accionada, de tal manera que éste determine si es necesaria la prestación requerida, y, en caso que la respuesta sea afirmativa, deberá prestar el servicio con cargo al FOSYGA.

La sentencia T-091 de 2011, tuteló el derecho a la salud y a la vida digna de un señor de 84 años, quien sufrió un accidente cerebro vascular isquémico que le generó una parálisis en el lado izquierdo de su cuerpo, que le imposibilita valerse por sus propios medios, por lo que requiere ayuda para realizar sus necesidades personales básicas. Como consecuencia solicita que se le autorice entre otros servicios terapias en diferentes disciplinas. Al respecto expresó la Corte:

“Empero, para la Sala salta a la vista que se debe proteger el derecho al diagnóstico referido a la necesidad de las prestaciones médicas señaladas. Por lo tanto, la Nueva E.P.S deberá realizar la valoración correspondiente para determinar si el señor Neftalí Rueda Delgado requiere de terapias del lenguaje, ocupacional y fisioterapias diarias, transporte en ambulancia para llevar a control de cardiología y demás controles que requiera, así como médico domiciliario al menos una vez por semana.

De similar manera, dado que la patología del accionante lo convierte en un paciente crónico somático “con una enfermedad orgánica con curso prolongado, que para su atención requiere de acciones a mediano y largo plazo;”²³ se escapa a la órbita del juez constitucional señalar la periodicidad del tratamiento necesario para el señor Rueda, pues esto, sólo lo puede determinar el médico tratante. En esta lógica, se debe proteger el derecho al diagnóstico y ordenar que se realice cada dos (2) meses la valoración médica correspondiente a: las terapias del lenguaje, ocupacional y fisioterapias diarias, transporte en ambulancia para llevar a control de cardiología y demás controles que requiera, médico

domiciliario al menos una vez por semana”.

Tratándose del servicio de enfermería, en un principio éste no estaba contemplado dentro POS, sin embargo a partir de la entrada en vigencia del anexo 2 del acuerdo 008 de 2009 quedó incluido en el régimen contributivo la atención domiciliaria por enfermería así:

CÓDIGO

DESCRIPCIÓN

NIVELES DE COMPLEJIDAD

890105

ATENCIÓN [VISITA] DOMICILIARIA, POR ENFERMERÍA

1

El hecho que ya este incluido el servicio de enfermería dentro del POS, no exime al paciente de demostrar su necesidad a través de la prescripción médica hecha por el médico tratante adscrito a la entidad, sin embargo cuando este requisito no se cumple, esta Corporación ha tutelado el derecho al diagnóstico.

Al respecto, la Corte en la sentencia T-320 de 2011 al estudiar el caso de una persona de la tercera edad que padecía un evento cerebro vascular y una enfermedad pulmonar obstructiva crónica, a quien la EPS en un principio le suministró el servicio de enfermería las 24 horas. Sin embargo, esta prestación fue interrumpida de manera súbita al considerar que esta excluida del POS, y que requiere orden médica vigente que la prescriba. La Corte consideró que la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales de la tutelante y a propósito manifestó:

“Así las cosas, aun cuando no se evidencia orden médica en la que se prescriba el servicio de enfermería 24 horas y teniendo en cuenta que la EPS accionada está en la obligación constitucional y legal de prestarle al peticionario los servicios que requiere; la Sala se limitará a ordenar a la Nueva EPS S.A. que dentro de la semana siguiente a la notificación de esta providencia, valore la condición del paciente y determine si aquél requiere el servicio de

enfermería 24 horas, tal y como la señora Camacho de Pinilla lo solicita, o la atención médica domiciliaria que le ha prestado la entidad accionada en anteriores oportunidades. De determinarse la necesidad de cualquiera de los dos servicios, se dispondrá su suministro dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la valoración, de acuerdo con los lineamientos prescritos por el médico tratante”.

En conclusión, la EPS deberá ordenar una valoración al paciente y en caso que se considere que este requiere de la práctica de terapias o el suministro de elementos o tratamientos que no estén incluidos dentro del POS deberá concederlos y después podrá realizar el recobro respectivo al fosal, por el contrario cuando se trate de servicios que estén contemplados en el POS, deberá prestarlos sin mayores dilaciones.

6. Caso concreto:

La señora Luz Dary Arias Correa interpone acción de tutela en representación de su señora madre Josefina Correa viuda de Arias, quien tiene 83 años y padece neuropatía, diabetes, hipertensión, discopatía y lumbar, debido a las enfermedades descritas manifiesta la accionante que requiere de una enfermera 24 horas, pañales y la continuidad en la prestación del servicio de terapias domiciliarias, las cuales fueron suspendidas por la entidad accionada. Finaliza manifestando que no tiene recursos económicos para sufragar el costo de lo solicitado mediante esta acción de tutela.

En primer lugar, la Sala evidencia que la accionante pretende que el juez constitucional le ordene a la entidad accionada el suministro de pañales, los cuales están excluidos del POS. Para determinar si es posible ordenar la entrega de estos elementos es indispensable analizar si en el presente caso se cumplen con las condiciones establecidas por la Corte.

El primer requisito establece que el servicio requerido amenace o vulnere los derechos a la vida y a la integridad personal del solicitante; si bien los pañales no tienen una incidencia en la mejoría del paciente y en estricto sentido no pueden ser considerados como servicios médicos, la Corte ha sostenido, como ya se expresó que sí son un elemento indispensable para mejorar la calidad de vida de las personas y tiene una incidencia directa en la dignidad humana y en la salud.

De la historia clínica aportada por Salud Total EPS, se observa que la señora Josefina Correa

usa pañales, pues en la consulta del 22 de septiembre de 2011 se lee “se llega a domicilio y toca esperar 15 minutos a que cambien de pañal y arreglen a paciente para terapia”²⁴, en la de septiembre 10 de 2011, el médico manifiesta que “no requiere formulación de pañales pues estos no interfieren en la evolución de su patología”²⁵, el 1 de septiembre del mismo año, consta que la paciente fue encontrada con pañalitis²⁶, el 28 de agosto de 2011 se lee que tuvo una “deposición en pañal normales”²⁷; estas son algunos de los apartes donde se evidencia que la accionante usa pañales de manera permanente.

El segundo requisito pretende establecer que el servicio requerido no pueda ser sustituido por uno perteneciente al POS, en cuanto a este requisito Salud Total EPS no manifestó que exista en el POS un elemento que cumpla las mismas funciones, no obstante la Sala revisó el acuerdo 008 de 2009 y el acuerdo 29 de 2011 y no encontró un elemento que pueda reemplazar a los pañales.

El cumplimiento del tercer requisito consiste en que el servicio solicitado haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS. En el presente caso no existe una prescripción médica que sustente la solicitud de pañales, sin embargo como ya se explicó, la Corte ha obviado este requisito cuando se demuestra que el uso de los pañales es indispensable como en el presente caso.

El último requisito es que el peticionario carezca de recursos económicos para costear el servicio requerido, asimismo, en el presente caso la señora Luz Dary Arias Correa manifiesta que recibe una pensión mínima, la cual debe ser invertida en el pago de servicios públicos, alimentación, transporte y vestuario. Por otro lado esta información es corroborada por Salud Total, pues entre las pruebas recaudadas por la Sala se evidencia que la señora Josefina es beneficiaria de su hija y el ingreso base de cotización es de seiscientos setenta y cinco mil ochocientos treinta y tres pesos (\$675.833)²⁸.

Por lo expuesto anteriormente, la Sala constata que en el presente caso se cumplen con los requisitos de procedibilidad establecidos por la Corte, por lo tanto se ordenará a Salud Total EPS que valore la condición médica de la peticionaria y determine las características técnicas, la cantidad y la modalidad mediante la cual suministrará los pañales desechables requeridos.

En segundo lugar, la accionante manifiesta que Salud Total EPS le interrumpió la prestación

del servicio de terapias domiciliarias a su señora madre sin razón alguna, contrario a esto la entidad accionada informa que le ha prestado todos los servicios requeridos por la accionante y adjunta la historia clínica donde la Sala verifica que en múltiples ocasiones ha tenido hospitalización en casa, que se le han realizado terapias de lenguaje, ocupacional y física, visita medica domiciliaria, control de tensión, atención de diabetes, exámenes de laboratorio entre otras²⁹. Debido a lo anterior la Sala considera que Salud Total EPS hasta el momento ha cumplido con sus obligaciones, razón por la cual se denegará el amparo solicitado. Sin embargo la Sala realizará un llamado a Salud Total para que permanezca prestándole el servicio a la señora Josefina Correa mientras las condiciones de salud de la señora lo demanden.

Finalmente, la accionante solicita servicio de enfermería en casa, en cuanto a esta solicitud la Sala comprueba que la señora Josefina Correa tiene problemas de movilidad, pues en varias de las consultas médicas que obran en la historia clínica se observa las siguientes anotaciones: “en cama, no camina”³⁰, “paciente postrada en cama alerta al llamado desorientada en tiempo”³¹, “cambios de decubito, adopción a sedente, no mantiene la posición”³², “paciente con limitación para la marcha”³³, “paciente semidependiente y semifuncional en actividades de la vida diaria”³⁴. Sin embargo el juez constitucional no está llamado a determinar si los usuarios del servicio de salud necesitan ciertos servicios o no, pues esta es una labor que le corresponde a los profesionales de la salud, razón por la cual la Sala ordenará a Salud Total EPS que realice una valoración integral sobre el estado de salud de la señora Josefina Correa, y en caso que considere que necesita de servicios de enfermería determine el número de horas diarias requeridas y la duración de acuerdo con el anexo 2 del acuerdo 008 de 2009.

Por las razones precedentes, se revocará la Sentencia del Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, del 7 de julio de 2011, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

IV. DECISIÓN

En mérito 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.- REVOCAR el fallo del Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, del 7 de julio de 2011, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Luz Dary Arias Correa, actuando en nombre y representación de su madre Josefina Correa viuda de Arias y en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales a la salud y la vida digna.

Segundo.- ORDENAR a Salud Total EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, valore y determine si la señora Josefina Correa viuda de Arias requiere usar pañales y en caso de que la respuesta sea afirmativa determine las características técnicas, la cantidad y la modalidad mediante la cual suministrará los pañales desechables requeridos. Una vez se determinen los anteriores asuntos, deberá suministrarlos, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la mencionada valoración médica, y podrá realizar el respectivo recobro al Fosyga.

Tercero.- ORDENAR a Salud Total EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, valore la condición médica de la señora Josefina Correa viuda de Arias y determine si requiere diferentes tipos de terapias. Si se establece la necesidad de dicho servicio, deberá suministrarlo de conformidad con los lineamientos del médico tratante, y podrá realizar el respectivo recobro al Fosyga.

Cuarto.- ORDENAR a Salud Total EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, valore la condición médica de la señora Josefina Correa viuda de Arias y determine si requiere el servicio de enfermería domiciliaria reclamado. Si se establece la necesidad de dicho servicio, deberá suministrarlo de conformidad con los lineamientos del médico tratante.

Quinto.- ADVERTIR a Salud Total EPS que permanezca prestándole el servicio de terapias domiciliarias mientras el médico tratante lo determine y las condiciones de salud de la señora Josefina Correa viuda de Arias lo demanden.

Sexto.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS HENAO

A LA SENTENCIA T-974/11

Referencia: T-3171911

Accionante: Luz Dary Arias Correa en representación de Josefina Correa Viuda de Arias

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones que adopta la mayoría, me permito presentar la presente aclaración de voto, por cuanto considero que se ha debido ordenar el suministro de pañales dadas las condiciones de la accionante, a pesar de no existir prescripción médica para tal fin.

Como bien se establece en el proyecto, la accionante cumple con los requisitos esbozados por la jurisprudencia para que se ordene la entrega de pañales, esto es que: (i) haya una vulneración a los derechos fundamentales de la persona; (ii) el servicio no se pueda

reemplazar por otro que se encuentre en el POS; (iii) haya una orden médica, sin embargo, en el caso de pañales cuando no exista una orden médica se deberá comprobar que el uso de pañales es indispensable para la vida de la persona; y (iv) la imposibilidad económica de costear el servicio requerido.

De manera que tutelar el derecho al diagnóstico en el presente caso, no es acertado pues el médico tratante puede no ordenar los pañales, lo que implicaría que la señora Josefina Correa, sujeto de especial protección por ser de la tercera edad, quedaría desamparada y su derecho a la salud vulnerado.

Al respecto este Despacho en las sentencias T-212 de 2011 y T-233 de 2011 estudió casos de ciudadanos considerados sujetos de especial protección, que requerían el uso de pañales desechables. En dichas providencias se reiteró “que toda persona residente en el territorio nacional y, especialmente las personas de la tercera edad, tienen derecho a recibir la atención en salud que sea necesaria.” En relación al suministro de pañales se indicó que estos deben ser suministrados sin necesidad de orden médica a “(...) aquellas personas que no pueden controlar sus esfínteres, sobretodo por el impacto que esto tiene frente a la dignidad del ser humano.”

Fecha et supra,

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

1 La demanda fue interpuesta el 22 de junio de 2011, ver folios 1 al 7 del cuaderno 1.

3 Afirmaciones realizadas por la accionante en los hechos de la demanda. Folio 1 del cuad. 1.

4 Afirmaciones realizadas por la accionante en los hechos de la demanda. Folio 1 del cuad. 1.

5 Respuesta de Salud Total EPS. Folios 29 a 44 del cuad. 1

6 Folios del 21 al 43 del cuaderno 1.

7 Afirmación realizada por Salud Total EPS. Folio 30 del cuad. 1

8 Afirmación realizada por Salud Total EPS. Folio 33 del cuad. 1

9 Respuesta del Ministerio de la Protección Social. Folio 47 a 51 del Cuad. 1

10 Respuesta del Ministerio de la Protección Social. Folio 48 del Cuad. 1

11 Respuesta del Ministerio de la Protección Social. Folio 50 del Cuad. 1

12 Folios 53 al 58 del cuaderno 1.

13 Folio 10 del Cuaderno 2.

14 Cuaderno 2, Folio 151

15 En el mismo sentido ver las sentencias T-946 de 2007, SU-111 de 1997, SU-225 de 1998, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999; el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Observación General Número 14 del Comité de Derecho Sociales, Económicos y Culturales.

16 Sentencia T-176 de 2011.

17 En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13 La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que

tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

18 Ver Sentencias T-1081 de 2001, T-441 de 2004, T-935 de 2005, T-527 de 2006 y T-073 de 2008, T-391 de 2009, T-359 de 2010, T-053 de 2011, entre otras.

19 Sentencia T-437 de 2010

20 Sentencia T-053 de 2011

21 Sentencias T-1204 de 2000, T-648 y T-1007 de 2007, T-139 y T-144 y T-517, T-760 y T-818 de 2008, T-922 de 2009, T-189 de 2010, T-437 de 2010, T- 053 de 2011, T- 212 de 2011 y T-233 de 2011 entre muchas otras.

22 Sentencias T- 053 de 2011.

23 Acuerdo 008 de 2009 Art. 26.

24 Historia Clínica de la señora Josefina Correa. Folio 24 y 25 del cuaderno 2

25 Historia Clínica de la señora Josefina Correa. Folio 27 del cuaderno 2

26 Historia Clínica de la señora Josefina Correa. Folio 29 del cuaderno 2

27 Historia Clínica de la señora Josefina Correa. Folio 35 del cuaderno 2

28 Contestación de Salud Total EPS. Folio 12 del cuaderno 2

30 Historia Clínica de la señora Josefina Correa. Folio 35 del cuaderno 2

31 Historia Clínica de la señora Josefina Correa. Folio 36 y 37 del cuaderno 2

32 Historia Clínica de la señora Josefina Correa. Folio 39 del cuaderno 2

33 Historia Clínica de la señora Josefina Correa. Folio 40 del cuaderno 2

34 Historia Clínica de la señora Josefina Correa. Folio 61 del cuaderno 2