

Sentencia T-997/08

DERECHO A LA SALUD-Protección por tutela

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

BENEFICIARIO DEL REGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD-Caso en que el demandante necesita prótesis y traslado a Bogotá por accidente de tránsito que sufrió

Verificado que la prótesis que requiere el accionante está incluida en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, éste Tribunal protegerá el derecho fundamental del actor a la salud, y ordenará a la EPS-S Humana Vivir, que evalúe al accionante a través de un médico adscrito a su institución, y que de encontrarlo necesario proceda a entregar al accionante la correspondiente prótesis, así como lo necesario para que comience a disfrutar de la misma, sin hacerle exigencias adicionales de contenido económico. Finalmente con respecto a este punto, debe la Corte precisar que en tanto se trata de un insumo incluido en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, no procede autorizar a la EPS-S Humana Vivir para que recobre su valor ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-. Ahora bien, como quiera que es posible que la toma del molde y adaptación de la prótesis al accionante por parte de la EPS-S Humana Vivir no pueda llevarse a cabo en el municipio de Neiva, y para el efecto se requiera del desplazamiento del paciente a otro municipio, debe ésta Sala de Revisión de manera subsidiaria, atendiendo al principio de economía procesal, analizar si visto el caso concreto procede conceder el traslado del paciente a cargo de la entidad accionada, hasta el lugar que lo requiera para que pueda comenzar a disfrutar de la prótesis que necesita, y así restablecer su derecho fundamental a la salud, toda vez que es un servicio que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. Ello se hará a la luz de las normas pertinentes y de los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para el efecto.

Referencia: expediente T-1.931.231

Accionante: Libardo Feria Castrillon

Demandado: EPS S HUMANA VIVIR.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., diez (10) octubre dos mil ocho (2008)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia por el Juzgado Quinto

Penal Municipal de Neiva Huila, y en segunda instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva Huila con Funciones de Conocimiento, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Libardo Feria Castrillon contra la EPS-S Humana Vivir.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El señor Libardo Feria Castrillon impetró acción de amparo constitucional con motivo de la presunta vulneración de su derecho a la salud en conexidad con la vida digna, por parte de la EPS-S Humana Vivir.

2. Reseña fáctica

2.1 En el año 2002 el señor Libardo Feria Castrillon sufrió un accidente de tránsito el cual le causó la amputación de la pierna izquierda. Por dicha disminución física, al accionante se le suministró una prótesis en la extremidad inferior cercenada. El costo de dicho tratamiento fue asumido por el Fondo de Solidaridad y Garantías -Fosyga-, en razón a que el actor no estaba afiliado a ninguna EPS al momento de ocurrencia del accidente, y a que el vehículo en que viajaba no tenía seguro obligatorio de tránsito.

2.2 En el año 2007 el señor Libardo Feria Castrillon, acudió a la Fundación Cirec, adscrita al Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- con el propósito de que le fuera reemplazada la prótesis de su pierna izquierda, toda vez que ella presentaba un desgaste. En dicha entidad, le manifestaron que efectivamente necesitaba el cambio de prótesis, al encontrarse dañados algunos elementos de ésta, y que le sería suministrada una nueva con cargo a los recursos del Fosyga, para lo cual debía desplazarse desde su domicilio en la ciudad de Neiva, a la ciudad de Bogotá y permanecer en la institución durante 30 días. También le informaron que los costos de transporte y estadía, debían ser asumidos por el accionante, y que ascendían a la suma de novecientos sesenta mil pesos (\$960.000).

2.3 El actor manifiesta que deriva sus ingresos de la venta de dulces, y que no cuenta con los ingresos suficientes para costearse el viaje que requiere para acceder al cambio de su prótesis.

2.4 El accionante se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en el Régimen Subsidiado en Salud a la EPS-S Humana Vivir, desde el 1 de marzo de 2007, y se encuentra clasificado en el Nivel I del Sisben.

2.5 El actor acudió a la EPS-S Humana Vivir, para que le suministraran los recursos necesarios para sufragar los gastos de traslado y manutención en Bogotá, los cuales fueron negados por cuanto en concepto de esa entidad, el reconocimiento de viáticos, gastos de transporte o estadía de los afiliados, generara un desequilibrio financiero del Sistema General Seguridad Social en Salud y no se encuentra incluido en el POS-S

2.6 El 12 De Octubre 2007, el actor presentó acción de tutela en la que solicita se ampare su derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas, y que se ordene a la entidad accionada que cubra el costo de los pasajes y viáticos que necesita, para que se realice en la ciudad de Bogota el cambio de prótesis.

3. Pruebas relevantes en el expediente

- * Carne de afiliación del señor Libardo Feria Castrillon a la EPS-S Humana Vivir (Folio 4 Cuaderno de Primera Instancia).
- * Orden expedida por la Fundación Cirec para que se inicie el proceso de adaptación de la prótesis (Folio 6 Cuaderno de Primera Instancia).
- * Cotización del servicio de hospedaje y alimentación de 30 días expedida por la Fundación Cirec (Folios 7 Cuaderno de Primera Instancia)
- * Orden medica de cambio de prótesis expedida por la Fundación Cirec (Folios 8 Cuaderno de Primera Instancia)
- * Respuesta de la EPS-S Humana Vivir a la Acción de tutela (Folio 11 a 17 Cuaderno de Primera Instancia)
- * Declaración rendida por el señor Libardo Feria Castrillon (Folio 16 Cuaderno de Primera Instancia)

4. Consideraciones del actor

Sostiene el actor que la EPS-S Humana Vivir viola la ley y los preceptos constitucionales, al no acceder a sufragar los gastos necesarios para trasladarse a Bogota, tal y como lo establece el ordenamiento jurídico, impidiendo con ello que se restablezca su salud y se mejoren sus condiciones de vida.

Adicionalmente el accionante aduce que no tiene la capacidad económica para cubrir su traslado y la estadía en la ciudad de Bogotá, toda vez que su sustento económico se deriva de la venta de dulces y otros comestibles, actividad que desarrolla desde su residencia. Además sostiene que se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado en Salud en el Nivel I del Sisben.

5. Pretensiones del actor

El demandante solicita que se ordene a la EPS-S Humana Vivir que de manera inmediata, le suministre el dinero necesario para sufragar los gastos del desplazamiento a la ciudad de Bogotá, para que le sean realizados los tratamientos necesarios para el cambio de prótesis.

6. Respuesta del ente accionado

Humana Vivir EPS-S aduce que no existe incumplimiento alguno de la normatividad vigente, al negarse a entregar al accionante los recursos correspondientes a los "Viáticos" que solicita, en tanto la entrega de estos dineros a los afiliados puede generar un desequilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud. Lo anterior conforme con lo señalado en el artículo 2 de la Resolución Número 5261 de 1994, el cual establece que "[c]uando las condiciones de salud de un usuario amerite un mayor grado complejidad que amerite un

desplazamiento a un municipio cercano que preste el servicio, los gastos de este desplazamiento correrán a cargo de del paciente salvo en los casos de urgencia debidamente certificada”1.

De igual forma sostiene esa entidad que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el pago de los traslados de una persona no implica violación de algún derecho fundamental. Ello por cuanto conforme con el principio de solidaridad, le corresponde a sumir estos gastos a la persona enferma, o a sus parientes. Circunstancia que, en concepto de la accionada, se constata en éste caso, al no haber prueba de la precaria situación económica del actor, y al señalar que él tiene “un ingreso base de cotización de \$797.250 Mensuales demostrando que puede sufragar el costo de lo pretendido y así garantizando el acceso de salud a los demás miembros del sistema, sin vulnerar el mínimo vital”.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Quinto Penal Municipal de Neiva Huila, en sentencia del 29 de octubre de 2007, negó el amparo invocado por el actor, al considerar que el suministro de viáticos que implica el traslado y la estadía del usuario en otra ciudad, se encuentra prohibido por las normas administrativas vigentes y los reiterativos fallos de la Corte Constitucional, los cuales señalan que no existe vulneración a un derecho fundamental, dado que, el subsidio de esos gastos debe correr por cuenta de la propia persona o por sus familiares cercanos.

Por otro lado estimó el fallador que en el caso concreto, la orden de cambio de prótesis no fue expedida por un medico adscrito a la Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado a la cual se encuentra afiliado el accionante, sino por un medico perteneciente a otra entidad, como lo es la Fundación Cirec. En este sentido, no se cumple con uno de los requisitos que ha establecido la jurisprudencia constitucional para que se ordene el reconocimiento de tratamientos que se encuentran por fuera del POS, como lo es la existencia de una orden proveniente del médico adscrito a la correspondiente EPS.

2. Impugnación

El señor Libardo Feria Castrillon impugnó la decisión tomada en primera instancia sin sustentarla.

3. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Neiva Huila, en sentencia del 11 de diciembre de 2007, confirmó la sentencia de primera instancia con el argumento de que el suministro de los recursos para sufragar los gastos de transporte de los afiliados al Régimen Subsidiado que deben costear las EPS-S solamente son para pacientes que se encuentren hospitalizados por enfermedades consideradas de alto costo, y por traslados interinstitucionales por urgencia. Situaciones en las que no está el actor, y por ende la entidad accionada está exenta de toda responsabilidad.

Por otro lado, el fallador reiteró lo señalado por la Corte Constitucional, con respecto al traslado de los usuarios a lugares en donde necesitan atención médica, de acuerdo con lo

cual, dichos costos deben estar a cargo del mismo afectado, o de familiares cercanos como consecuencia del deber de solidaridad que la Constitución asigna a los particulares.

Adicionalmente, el juez de segunda instancia manifiesta que la exclusión de medicamentos, procedimientos y prestaciones prevista en los planes de salud, puede ser inaplicada siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecido por el Tribunal Constitucional: (i) que el paciente o sus familiares demuestren que no cuentan con ingresos suficientes para sufragar el costo del traslado; (ii) que esté acreditado que la prestación del servicio se ha vuelto indispensable para la integridad del paciente y ;(iii) que el servicio no se tenga en la residencia del usuario. Presupuestos que no se cumplen en el caso subexamen por no acreditarse prueba de ello en el expediente.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Corporación es competente para revisar las decisiones proferidas por los jueces de instancia dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el presente caso, el señor Libardo Feria Castrillon actúa en defensa de sus derechos e intereses, razón por la que se encuentra legitimado para presentar la acción.

1. Legitimación pasiva

La empresa demandada es una entidad de carácter particular que se ocupa de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela.

3. Problema Jurídico

Observa la Sala que en principio lo que solicita el accionante es que la EPS-S Humana Vivir le entregue los recursos necesarios para trasladarse desde la ciudad de Neiva, lugar en el cual está domiciliado, a la ciudad de Bogotá con el propósito de que la Fundación Cirec, realice la toma del molde y adaptación del paciente a la prótesis que requiere para su pierna izquierda, sin embargo lo que en realidad necesita para restablecer su derecho fundamental a la salud es que la entidad accionada le entregue la prótesis misma.

En este orden de ideas, encuentra esta Corporación que inicialmente la prótesis le fue suministrada al accionante por cuenta del Fosyga, en razón a que al momento de ocurrencia del accidente éste no tenía EPS, ni el vehículo en el que viajaba tenía Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, sin embargo para éste Tribunal, las circunstancias han variado, en razón a que el demandante actualmente está afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado a la entidad accionada, y clasificado como Nivel Sisben 1. Por lo anterior, ante la nueva situación del actor, ésta Sala deberá iniciar por establecer si la EPS-S Humana Vivir está en la obligación de proveerle la prótesis que requiere.

Con tal finalidad, ésta Corporación reiterará la jurisprudencia relacionada con (i) la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela; (ii) y de los beneficiarios del régimen subsidiado en salud, y con fundamento en estas consideraciones analizar el caso concreto.

4. Protección del derecho a la salud a través del ejercicio de la acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social con una doble connotación. La primera como derecho de todas las personas y la segunda como servicio público. De acuerdo con el segundo aspecto es deber del Estado la dirección, coordinación y control en su prestación, con miras a lograr la protección de la persona humana y contribuir a su desarrollo y bienestar. En cuanto derecho, la seguridad social, conforme con la jurisprudencia constitucional, es de naturaleza prestacional y su garantía se materializa de manera progresiva.²

La seguridad social, en su aspecto de derecho prestacional exige para su goce efectivo de un desarrollo legislativo y de la provisión de los recursos y la estructura suficiente para tal fin. Por ello, su carácter progresivo y programático, impone al Estado el deber de avanzar en su materialización, teniendo como principios orientadores la universalidad, solidaridad, eficiencia, integralidad, unidad y participación entre otros, para lo cual debe desplegar su actividad de garantía, conforme con los principios del Estado Social de Derecho.³

Por las anteriores razones, dado el carácter prestacional y asistencia del derecho a la seguridad social y en especial de la salud, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para procurar su protección.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha considerado, que a los derechos de contenido prestacional, y en especial a la seguridad social en salud, se les puede reconocer el carácter de derechos fundamentales cuando (i) se trata de un sujeto de especial protección constitucional, como en el caso de menores o de personas de la tercera edad entre otros; o (ii) por que se esté en presencia de una situación en la que se evidencia argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional que permitan concluir que la vulneración del derecho a la salud, visto el caso concreto, implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o (iii) por que se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales.⁴

En relación con el raigambre de derecho fundamental de la salud, cuando se trata de un

sujeto de especial protección constitucional, “[e]n el caso de la infancia⁵, las personas con discapacidad⁶ y los adultos mayores⁷, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que [éste] tiene el carácter de derecho fundamental autónomo”⁸.

Por su parte, en lo que hace referencia a la transmutación de derechos prestacionales en derechos de contenido subjetivo, esta Corporación ha señalado que teniendo en cuenta el carácter programático y progresivo de los primeros, su protección no podrá buscarse por medio del ejercicio de acciones judiciales, en tanto no se materialicen en planes de ejecución estatal, ya que en su estado originario, mas que derechos son principios orientadores del ejercicio de la función pública. No obstante lo anterior, en la medida en que los derechos prestacionales, incluido la salud, sean desarrollados de manera legal o reglamentaria, de tal forma que se creen las condiciones que permitan a las personas exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada, opera la transmutación en un derecho subjetivo, susceptible de protección a través de la acción de tutela.¹⁰

En las condiciones expuestas, la jurisprudencia constitucional ha admitido, en materia del servicio de salud, que una vez el Estado dispone de la estructura institucional para su prestación, y de los recursos necesarios para el efecto, el grado de indeterminación del derecho prestacional desaparece, y se constituye en un derecho de contenido subjetivo radicado en cabeza de las personas que, gracias a la relación funcional con la realización de la dignidad humana, adquiere el carácter de fundamental de manera autónoma y es posible solicitar su amparo a través de la acción de tutela.¹¹

En aplicación concreta de lo anterior, en materia de seguridad social en salud, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional han concurrido a regular, dar contenido y reglamentar el ejercicio del derecho, de tal forma que se ha creado un sistema institucional, normativo y prestacional, que permite a las personas acceder a los servicios concretos que requieren. En este sentido, la Ley 100 de 1993 y el Decreto 806 de 1998, entre otras normas, se han ocupado de materializar derechos subjetivos en favor de los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en tanto diseñaron planes de beneficios y prestaciones a los que pueden acceder las personas para mantener o reestablecer su salud.¹²

Los planes de beneficio señalados, comprenden tratamientos, procedimientos, medicamentos, y en general los servicios médicos que el sistema de salud cobija. De la misma manera, también contienen exclusiones y limitaciones en la prestación de los servicios, lo cual es admisible desde el punto de vista de los principios constitucionales que orientan la materia, dado que estos deben ser aplicados de manera armónica y ponderada. Por lo anterior, al conjugar los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad y progresividad, para la concreción del derecho a la seguridad social en salud, resulta comprensible que frente a la escasez en los recursos del Sistema, se establezca un régimen de exclusiones y limitaciones, cuya finalidad se relaciona con la distribución y utilización de los recursos en la atención de las necesidades de salud más urgentes y prioritarias para la población, con el objetivo de garantizar la viabilidad financiera del régimen de salud.¹³

Por lo anterior, gracias a la regulación normativa señalada, las personas pueden reclamar al Estado el suministro de los medicamentos y la practica de los procedimientos previstos en los planes de salud, pues ello hace parte de la órbita del derecho fundamental a la salud. En el

evento en el que lo que se requiere en un caso concreto, no esté contenido en el correspondiente plan de salud, se debe verificar el cumplimiento de los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para inaplicar el régimen de exclusiones y limitaciones, al que se hacía referencia, con el propósito de proteger el derecho a la salud, a la vida digna y a la integridad personal, entre otros. En efecto esta Corporación ha señalado que los requisitos que deben cumplirse en un caso concreto para ordenar la entrega de un medicamento o la práctica de un procedimiento excluido de los planes de salud, y particularmente del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, que interesa a ésta causa, son los siguientes:

“1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS-S -Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado.

2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, ‘siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente’¹⁴.

3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario.”¹⁵

En complemento de lo anterior, en los eventos en los que lo que se reclame sea un medicamento o servicio médico concreto, que esté previsto en el correspondiente plan de salud, el juez de tutela procederá a concederlo sin verificar el cumplimiento de los requisitos señalados para eventos de negación de prestaciones excluidas de los planes de salud.¹⁶

Ahora bien, dada la importancia del derecho a la salud en el en el contexto colombiano, la evolución jurisprudencia ha llevado a que esta Corporación, en la reciente Sentencia T- 760 de 2008¹⁷, considere que éste derecho es fundamental de manera autónoma, cuando quiera que él se concrete en una garantía subjetiva, contenida en las normas que lo regulan, siendo ellas constitucionales, legales o de otra naturaleza, las cuales crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y delimitan los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. En tal sentido, la Corte estima que el acceso a un servicio de salud requerido, previsto en los planes obligatorios, es un derecho fundamental autónomo. En consecuencia, la negación de servicios incluidos en los planes obligatorios de salud, constituye una violación del derecho fundamental a la salud, ya que se trata de una prestación exigible y susceptible de protección a través de la acción de tutela. Lo anterior teniendo en cuenta que el ámbito de protección no está delimitado de manera rígida por el plan obligatorio de salud, de tal forma que en la medida en que exista un servicio de salud no incluido en los planes obligatorios, pero que se requiera de manera urgente y comprometa la vida digna o la integridad de la persona, será también susceptible de ser exigido mediante el ejercicio de la acción de tutela. La jurisprudencia ha considerado que el carácter fundamental de un derecho no depende de

la acción mediante la cual proceda su protección¹⁸.

La misma providencia, particularmente, en lo que interesa a esta causa, se refirió al principio de integralidad en la prestación de servicios de salud. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2, literal d de la Ley 100 de 1993, conforme con el cual “la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”.

5. Beneficiarios del Régimen Subsidiado en Salud

En desarrollo de lo dispuesto por los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993 estableció en su artículo 157, que todos los colombianos debían participar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de afiliados, (i) a través del régimen contributivo para quienes cuenten con capacidad de pago; o (ii) a través del régimen subsidiado para las personas más pobres de la población; o en último caso bajo la categoría de participantes vinculados, dentro de la cual se encuentran “las personas económicamente menos favorecidas y aún no incorporadas al sistema de seguridad social en salud, es transitoria y no por ello constituye un tercer régimen.²¹”

Particularmente, los beneficiarios del Régimen Subsidiado de Salud, son personas que no cuentan con la capacidad de pago necesaria para cubrir el monto total de la cotización al Sistema, y por tanto, ésta Corporación ha establecido una presunción de incapacidad económica frente a ellos, toda vez que hacen parte de la población más pobre y vulnerable de Colombia.²² En efecto ésta Corporación en la Sentencia T 572 de 2006, señaló que:

“... respecto de las personas afiliadas al SISBEN esta Corporación ha establecido una presunción de incapacidad económica frente a los mismos, por cuanto hacen parte de la población más pobre y vulnerable de Colombia.”²³

Lo anterior encuentra justificación en el principio de solidaridad orientador del régimen subsidiado de salud, puesto que se constituye en una herramienta para lograr el favorecimiento de la población colombiana menos favorecida.

En este sentido ha sido regulado por el legislador, específicamente en la Ley 1121 de 2007, artículo 14, en el que estableció que a partir de su vigencia serían beneficiarios de un subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobre y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisben, ello como reconocimiento de la especial protección que el Estado debe brindar a las personas más desprotegidas económicamente. La norma citada dispuso:

“ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. (...)”

A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

a) Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisben o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción.

(...)"

En complemento de lo anterior, debe ésta Sala de Revisión precisar que la aplicación de la encuesta Sisben (Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales) y la vinculación al Régimen Subsidiado de Salud, responden a un análisis ponderado de los datos obtenidos, que da como resultado la ubicación del beneficiario en uno de los niveles de pobreza preestablecidos en el sistema, lo cual busca dirigir las ayudas estatales a la población que las requiere.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala realizará el estudio del caso concreto.

6. Caso concreto

Conforme con las pruebas que obran en el expediente, para esta Sala de Revisión en el presente caso se encuentran acreditados los siguientes hechos:

* Que el actor, en el año 2002, sufrió un accidente de tránsito que le causo la amputación de su pierna izquierda.

* Que al momento del accidente el accionante no estaba afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, y el vehiculo en el que se desplazaba no tenía Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, razón por la cual recibió atención médica y la correspondiente prótesis le fue entregada por cuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-.

* Que el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- a través de la Fundación Cirec, autorizó el reemplazo de la prótesis del actor, para lo cual éste deberá trasladarse desde su domicilio, en la ciudad de Neiva, a la ciudad de Bogotá, teniendo que asumir los gastos de transporte y estadía, los cuales ascienden a la suma de novecientos sesenta mil pesos (\$960.000).

* Que el demandante se encuentra afiliado, desde el 1 de marzo de 2007, al Sistema de Seguridad Social a través del Régimen Subsidiado de Salud en la EPS-S Humana vivir, clasificado en el Nivel I del Sisben.

* Que el actor solicitó a la EPS-S Humana Vivir la entrega de los recursos necesarios para costear el desplazamiento, sin embargo esa entidad se negó argumentando que no es esa una prestación incluida en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

* Que en consecuencia el actor no cuenta con los recursos económicos que le permitan trasladarse a la ciudad de Bogotá, y solventar su estadía durante 30 días, para que le practiquen la toma del molde y la adaptación de la prótesis que requiere para su pierna

izquierda.

* Que a la fecha, el demandante no ha podido trasladarse a la ciudad de Bogotá para la toma del molde y adaptación de la prótesis que requiere, por cuanto no cuenta con los recursos económicos para el efecto.

6.1 Visto el caso concreto, encuentra esta Corporación que si bien el actor solicita a la EPS-S Humana Vivir que le entregue los recursos necesarios para trasladarse desde la ciudad de Neiva a la ciudad de Bogotá, con el propósito de que le sea tomado el molde, y practicada la adaptación de la prótesis que requiere, por parte de la Fundación Cirec adscrita al Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga, lo que en realidad necesita para hacer cesar la vulneración de su derecho fundamental a la salud es la entrega de la prótesis misma, teniendo en cuenta que se trata de una persona con una discapacidad física.

Observa ésta Sala de Revisión que inicialmente la prótesis le fue suministrada al accionante por cuenta del Fosyga, en razón a que al momento de ocurrencia del accidente éste no tenía EPS, ni el vehículo en el que viajaba tenía Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito. Sin embargo encuentra ésta Corporación, que las circunstancias han variado, toda vez que el accionante está afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado a la entidad accionada, y clasificado como Nivel Sisben 1. Por lo tanto, en el contexto de las nuevas circunstancias del actor, éste Tribunal debe iniciar por establecer si la EPS-S Humana Vivir está en la obligación de proveerle la prótesis que requiere. Para el efecto, deberá la Corte verificar si dicho insumo se encuentre previsto dentro del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

6.2 El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado se encuentra previsto en el Acuerdo 000306 de 2005 “por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado” expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. El artículo 2 numeral 5 establece que “[p]ara la atención de los casos y eventos establecidos en el presente Acuerdo, en lo relacionado con otras ayudas para tratamiento y rehabilitación, prótesis y ortesis, así como dispositivos biomédicos, el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado cubre los mencionados en la Resolución 5261 de 1994 con sujeción a lo dispuesto en el artículo 12 de la misma.” En tanto ésta norma remite al intérprete a lo dispuesto para el efecto en la Resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, expedida por el Ministerio de Salud, hoy de Protección Social, esta norma debe ser consultada. En efecto el artículo de la citada Resolución señala lo siguiente:

“ARTICULO 12. UTILIZACION DE PROTESIS, ORTESIS, APARATOS Y ADITAMENTOS ORTOPEDICOS O PARA ALGUNA FUNCION BIOLOGICA. Se definen como elementos de este tipo, aquellos cuya finalidad sea la de mejorar o complementar la capacidad fisiológica o física del paciente. Cuando el paciente requiera de su utilización y se encuentren expresamente autorizados en el plan de beneficios, se darán en calidad de préstamo con el compromiso de devolverlos en buen estado salvo el deterioro normal; en caso contrario deberá restituirlos en dinero por su valor comercial.

PARAGRAFO. Se suministran prótesis, ortesis y otros: marcapasos, prótesis valvulares y

articulares y material de osteosíntesis, siendo excluidas todas las demás. En aparatos ortopédicos se suministrarán: muletas y estructuras de soporte para caminar, siendo excluidos los zapatos ortopédicos, plantillas, sillas de ruedas, medias con gradiente de presión o de descanso, corsés, fajas y todos los que no estén expresamente autorizados.”

La norma citada ha sido objeto de interpretación por parte de la jurisprudencia constitucional, la cual ha entendido “que el suministro de prótesis es una prestación que hace parte del ámbito de protección del derecho a la salud de las personas con discapacidad”²⁴. Por ello para la Corte “el suministro de las prótesis tanto de miembros inferiores como superiores, no puede entenderse excluido del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, pues una interpretación restrictiva resulta inadmisibles a la luz de los preceptos constitucionales.”²⁵

Con fundamento en las normas pertinentes y en la interpretación que de ellas ha efectuado la jurisprudencia constitucional, observa la Sala que, en efecto, las prótesis para los miembros inferiores se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, lo cual se ajusta a lo que el accionante requiere para garantizar el goce de su derecho a la salud, razón por la cual, de determinarse médicamente que el actor requiere la citada prótesis, le debe ser entregada por la EPS-S Humana Vivir.

En consecuencia, verificado que la prótesis que requiere el accionante está incluida en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, éste Tribunal protegerá el derecho fundamental del actor a la salud, y ordenará a la EPS-S Humana Vivir, que evalúe al accionante a través de un médico adscrito a su institución, y que de encontrarlo necesario proceda a entregar al accionante la correspondiente prótesis, así como lo necesario para que comience a disfrutar de la misma, sin hacerle exigencias adicionales de contenido económico.

Finalmente con respecto a este punto, debe la Corte precisar que en tanto se trata de un insumo incluido en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, no procede autorizar a la EPS-S Humana Vivir para que recobre su valor ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-.

6.3 Ahora bien, como quiera que es posible que la toma del molde y adaptación de la prótesis al accionante por parte de la EPS-S Humana Vivir no pueda llevarse a cabo en el municipio de Neiva, y para el efecto se requiera del desplazamiento del paciente a otro municipio, debe ésta Sala de Revisión de manera subsidiaria, atendiendo al principio de economía procesal, analizar si visto el caso concreto procede conceder el traslado del paciente a cargo de la entidad accionada, hasta el lugar que lo requiera para que pueda comenzar a disfrutar de la prótesis que necesita, y así restablecer su derecho fundamental a la salud, toda vez que es un servicio que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. Ello se hará a la luz de las normas pertinentes y de los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para el efecto.

Conforme con lo expuesto en las consideraciones generales de ésta providencia, para que el juez de tutela proceda a conceder el reconocimiento de un medicamento, procedimiento, o servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud, en éste caso del Régimen Subsidiado, debe verificar previamente el cumplimiento de todos los presupuestos señalados por la

jurisprudencia constitucional26.

6.3.1 El primer requisito es que la falta de medicamento o tratamiento excluido del POS-S, amenace un derecho fundamental del interesado como la vida o a la integridad personal entre otros. Tal y como lo señaló esta Sala de Revisión en las consideraciones generales de esta providencia, cuando se trata del derecho a la salud de un discapacitado, ésta garantía considerada en sí misma se constituye en fundamental de manera autónoma por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional. Con fundamento en lo anterior, observa ésta Corporación que el presupuesto se encuentra acreditado, toda vez que lo que el actor persigue es la protección de su derecho fundamental autónomo a la salud, en tanto es discapacitado físico, como quiera que le falta su miembro inferior izquierdo, lo que claramente lo hace acreedor a una protección especial por parte del Estado.

6.3.2 Con relación a la segunda exigencia, conforme con el cual el medicamento o tratamiento solicitado no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado en lo anterior, encuentra este Tribunal que se encuentra acreditada, toda vez que el Acuerdo 000306 de 2005- solamente permite el traslado interinstitucional de (i) pacientes hospitalizados por enfermedades de alto costo para los casos definidos en el Acuerdo, que por sus condiciones de salud y limitaciones en la oferta de servicios del lugar donde están siendo atendidos, requieran un traslado a un nivel superior de atención; de (ii) pacientes en caso de urgencia que requieran traslado a otros niveles de atención cuando medie la remisión de un profesional de la salud y; de (iii) pacientes ambulatorios y hospitalizados por los cuales la ARS recibe prima adicional o UPC diferencial, en cualquier caso o evento descrito en el presente acuerdo y que requiera servicios de cualquier complejidad, previa remisión de un profesional de la salud, cuando existan limitaciones de oferta de servicios en el lugar o municipio.

Con fundamento en lo anterior, encuentra ésta Sala de Revisión que las circunstancias del actor no se circunscriben en uno de los eventos previstos para el traslado de pacientes, ni que el servicio de traslado que requiere pueda ser sustituido por uno que si está incluido en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. Por lo que para éste Tribunal esta verificado el cumplimiento del segundo presupuesto.

6.3.3 Con relación al tercer requisito, de acuerdo con el cual el solicitante debe estar en una situación de incapacidad económica para proveerse la prestación excluida y requerida, encuentra este Tribunal que se cumple claramente en el caso concreto, en razón a que se trata de una persona que (i) deriva su subsistencia de la venta de dulces; aunado a que (ii) es afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, clasificado en el Nivel I del Sisben. Por lo anterior la falta de capacidad económica del accionante es evidente, y no obra prueba en el expediente que permita inferir lo contrario. Por tanto concluye esta Sala que el accionante no está en la capacidad económica de proveerse lo necesario para trasladarse fuera de su domicilio, con el objeto de acceder de manera efectiva a la prótesis que necesita.

6.3.4 En lo relacionado con la exigencia de que el tratamiento o servicio haya sido prescrito por el médico tratante, toda vez que ésta Sala ya dispuso la evaluación del paciente por un médico adscrito a la entidad accionada, y que de encontrarlo necesario procediera a la

entrega de la prótesis, éste presupuesto se encuentra satisfecho.

6.3.5 Adicionalmente, debe la Corte precisar que conforme con el principio de integralidad²⁷, no puede la entidad accionada fraccionar el servicio de salud que requiere el accionante, de tal forma que reconozca la prótesis que requiere, pero no provea el desplazamiento del paciente, de ser necesario, al lugar donde efectivamente se pueda llevar a cabo la toma del molde y su adaptación. Por ende, conforme con el principio anotado, la entidad accionada deberá entregar la prótesis al accionante, y en el evento en que ello no se pueda efectuar en el municipio de Neiva, deberá, en aplicación del principio de integralidad proceder a costear también lo relacionado con el desplazamiento al lugar donde efectivamente se haga entrega de la prótesis, de tal manera que el derecho fundamental a la salud del accionante se vea plenamente reestablecido.

En consecuencia, verificado el cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha diseñado para que proceda el reconocimiento de procedimientos, medicamentos o servicios excluidos del Plan de Obligatorio de Salud en el Régimen Subsidiado, procederá ésta Corporación, de manera subsidiaria y en caso de que no se pueda suministrar la prótesis en el municipio de Neiva, a ordenar que la EPS-S Humanan Vivir asuma el costo del traslado del accionante desde su domicilio hasta al lugar que requiera, para que comience a disfrutar efectivamente de la prótesis señalada conforme con lo que para el efecto disponga su médico tratante, y de esta forma se reestablezca el derecho fundamental a la salud del demandante.

En el evento en el que sea necesario que la EPS-S Humana Vivir asuma los costos de traslado del actor, teniendo en cuenta que es un servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, se autoriza a la entidad a recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- el valor de los mismos.

IV. DECISION

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2007 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva con Funciones de Conocimiento, en la que se confirmó la sentencia proferida el 29 de octubre de 2007 por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Neiva, por las cuales se negó la acción de tutela promovida por el señor Libardo Feria Castrillon, y en su lugar TUTELAR el derecho fundamental del accionante a la salud, por las razones expuestas en la presente providencia.

Segundo. ORDENAR a la EPS-S Humana Vivir que, dentro del término de 3 días siguientes a la notificación de ésta providencia, a través de un médico adscrito a esa Institución, le practique al señor Libardo Feria Castrillon una valoración médica de su estado de salud, y que de encontrar necesario el suministro de la prótesis correspondiente a su miembro inferior izquierdo, proceda a la entrega de la misma sin dilaciones, así como de lo necesario para que comience a disfrutar de ella, sin hacerle exigencias adicionales de contenido

económico, por las razones expuestas en la presente providencia.

Cuarto. AUTORIZAR, subsidiariamente, a la EPS-S Humana Vivir a recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- los costos que genere el desplazamiento del señor Libardo Feria Castrillon desde el municipio de Neiva hasta el lugar que requiera para efectos de comenzar a disfrutar de la prótesis que necesite, conforme con lo que para el efecto disponga su médico tratante, por las razones expuestas en ésta providencia.

Quinto. 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.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Resolución Número 5261 de 1994

2 Ver Sentencias T-869 de de 2006 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

3 Ver Sentencia T-419 de 2007 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

4 Ibídem

5 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.

6 Sentencia T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una

persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

7 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

8 Corte Constitucional, Sentencia T-666 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

9 Sentencia C-177 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

10 Ver Sentencia T-419 de 2007 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

11 Ibídem.

12 Ver sentencia T-609 de 2008 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

13 Ver sentencia T-419 de 2007 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

14 Sentencia T-406 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

15 Sentencia T-1213 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

16 Ver Sentencia T-419 de 2007 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

17 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

18 Sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, “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.¹⁸ Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.”

19 Cfr. Corte Constitucional, T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso el juez de primera instancia tuteló, los derechos a la salud y a la seguridad social invocados por el accionante y dio la orden de garantizar el tratamiento integral requerido. Sin embargo, el juez de segunda instancia confirmó la tutela de los derechos, pero revocó la orden de

garantizar el tratamiento integral, por considerarlo un hecho incierto y futuro que no podía ser protegido por vía de tutela. El caso fue seleccionado por la Corte Constitucional, con el fin de precisar en su sentencia que de acuerdo a las reglas jurisprudenciales desarrolladas en fallos anteriores, es deber del juez de tutela garantizar la integralidad en materia de salud, específicamente, tratándose de la prestación del servicio. Por tal motivo revocó parcialmente la orden del juez de segunda instancia, ordenando que se garantizara el acceso del resto de servicios médicos que debían entenderse incluidos en el tratamiento médico, ordenado por el médico tratante. En este caso la Corte reiteró la posición sobre el principio de integralidad en materia de salud que había asumido en las sentencias T-133 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

21 Cfr. C-130 de 2002 M. P. Jaime Araujo Rentería.

22 Ver Sentencia T-572 de 2006 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

23 En dicho sentido, en la sentencia T-908 de 2004, esta Corporación señaló: “Cuando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación.”

24 Ver Sentencia T-631 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

25 Ibídem.

26 “Corte Constitucional, sentencia T-350 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño). Esta decisión ha sido reiterada por la Corte en varias ocasiones; entre otras, en las sentencias T-962 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-459 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). Recientemente, siguiendo la línea jurisprudencial citada, en la sentencia T-814 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte resolvió ordenar a la EPS demandada (Seccional Cauca del Seguro Social, ARP) que garantizara la estadía y lo necesario para que el accionante [persona en clara situación de vulnerabilidad] fuera trasladado, junto con un acompañante, a la ciudad de Bogotá, a fin de que le practicaran los controles médicos y exámenes que requería.” Sentencia T- 760 de 2008 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

27 En la sentencia T-760 de 2008 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa señaló que “el principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.”