

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D. C.
SALA PENAL**

Bogotá D. C., cinco (05:00) de la tarde del jueves trece (13) de marzo de dos mil catorce (2014).

MAGISTRADO PONENTE: JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS

R E F E R E N C I A

RADICACIÓN: 11001 31 09035 2014 01216 01 (T2-013/14)

ASUNTO: Tutela segunda instancia

MOTIVO: Impugnación

ACCIONANTE: Ana Gilma Castillo de Rojas –Primitivo Rojas López

ACCIONADO: Caprecom EPSS y Secretaría Distrital de Salud

DERECHO INVOCADO: Salud y vida

PROCEDENCIA: Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Conocimiento

FUNCIONARIO: Dra. Magda Lorena Belalcázar Revelo

APROBADO: Acta N° 0045

DECISIÓN: Confirma providencia impugnada

I ASUNTO

Decide esta Sala la impugnación incoada por la Subdirectora de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital de Salud y el Director Regional Bogotá – Cundinamarca de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom EPSS-, contra el fallo mediante el cual el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Conocimiento amparó los derechos fundamentales a la salud y vida digna de PRIMITIVO ROJAS LÓPEZ.

II ANTECEDENTES

Ana Gilma Castillo de Rojas, en representación de su esposo, Primitivo Rojas López, de 81 años de edad, informó que está afiliada al régimen subsidiado de salud en CAPRECOM EPSS, SISBEN nivel 2 y que aquél está diagnosticado con “INCONTINENCIA URINARIA E INCONTINENCIA FECAL + POLINEUROPATIA”; que el galeno tratante expidió órdenes para controles médicos pero como las citas no fueron asignadas y su estado se agravó fue llevado a la Sociedad de Cirugía de Bogotá –Hospital San José– en donde se le ordenó la práctica de exámenes, formularon medicamentos y servicios intrahospitalarios, a lo que no ha podido acceder por cuanto carece de dinero para cubrir el costo.

Agregó que su estado de postración total obliga al uso permanente de pañales desechables, crema antiescaras y la ayuda de terceras personas para movilizarlo, asearlo, lo que no puede hacer sola, pues tiene 77 años, padece de diabetes, hipertensión e infección urinaria. No cuentan con recursos económicos para cubrir tratamientos de salud, ninguno es pensionado y sus ingresos son de quinientos mil pesos derivados del canon de dos habitaciones arrendadas en la misma casa donde residen (folios 63 y 64).

Pretensión

Pidió que se ordene a Caprecom EPSS y a la Sociedad de Cirugía de Bogotá –Hospital San José– la hospitalización de Primitivo Rojas López, la entrega de pañales desechables, terapias

domiciliarias, física, ocupacional y de lenguaje, médico domiciliario, enfermera 24 horas, transporte para asistir a las citas y exámenes ordenados por los galenos tratantes, silla de ruedas, silla pato para baño, entrega de medicamentos en su domicilio, hospitalizaciones, cirugías y tratamiento integral requerido para su estado de salud.

III PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Juez constitucional de primera instancia amparó los derechos a la salud y a la vida digna de Primitivo Rojas López, en consecuencia, le ordenó a CAPRECOM EPSS, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación del fallo "... programe citas con los especialistas necesarios, especialmente en neurología, para que valoren al paciente y determine la conducta a seguir para su futura atención. De ser necesaria la atención por otras especialidades de la medicina la EPS deberá proporcionar las citas de manera inmediata [...] En cuanto a los servicios de terapias domiciliarias, física, ocupacional y de lenguaje, médico domiciliario y enfermera 24 horas, silla de ruedas y silla para baño, serán los médicos tratantes los que, al momento de realizar la valoración del paciente, deberán determinar de manera directa la necesidad de suministro de cada uno de esos servicios. En caso que ello sea afirmativo la accionada deberá proceder a su suministro sin demoras..."

Además, que "... suministre el servicio de transporte al agenciado y un acompañante para el cumplimiento de las citas médicas y demás procedimientos que requiera el paciente por efectos del tratamiento ordenado, igualmente ordene el suministro inmediato de los pañales que requiere el señor ROJAS LÓPEZ, en la cantidad y periodicidad que determine el médico tratante [...] proporcione de manera integral aquellos servicios requeridos por el paciente relacionados con la patología que la aqueja y a la que se contrae la presente actuación, debiendo ocuparse de aquellos contemplados en el Plan Obligatorio de Salud..."

Por último, autorizó a la accionada para que realice recobro ante la Secretaría Distrital de Salud, de todos los eventos que se encuentren excluidos del POS y "... DESVINCULAR de la presente acción a la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL SAN JOSÉ y a la SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL..." (folio 135, cuaderno del juzgado).

IV IMPUGNACIÓN

1. La Subdirectora de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital de Salud solicitó que se revoque el fallo en lo que corresponde a la entrega de pañales desechables con cargo al Fondo Financiero Distrital de Salud de la Secretaría Distrital de Salud, al estar excluidos del POS por ser elementos de aseo no biomédicos, carga que le corresponde a la Secretaría Distrital de Integración Social que tiene a su cargo la atención integral a personas adultas con discapacidad tanto en externado como de los centro se protección que maneja la misma (folios 143 y 144).

2. El Director Regional Bogotá-Cundinamarca de CAPRECOM EPS hizo igual petición, teniendo en cuenta que se le está ordenando "... la entrega de insumos de aseo – elementos ortopédicos (silla de ruedas – pato para baño) así como la asistencia integral incierta NO POS-S, requerimos delegarle la responsabilidad a la Secretaría Distrital de Salud, a quien se le asignó un rubro de subsidio a la oferta para estos casos NO –POS..."

Lo anterior, de acuerdo con lo reglamentado en el Acuerdo 032 de 2012, Acuerdo 029 de 2011, Ley 715 de 2001 donde se dictan disposiciones para organizar la prestación de los servicios de salud, artículo 43 y subsiguientes, artículo 64 del Acuerdo 415 de 2009 que establece los mecanismos de coordinación para la prestación de servicios NO POSS y las sentencias C-463, T-316 y T-760 de 2008 en las que la Corte señaló que los procedimientos no cubiertos por el mencionado plan, deben ser garantizados por los entes territoriales, en concreto, Secretaría de Salud.

Agregó que para que CAPRECOM autorice cualquier procedimiento que se presente, es indispensable que "...la orden médica provenga y se realice dentro de la red adscrita contratada por CAPRECOM..." (folios 146 a 153).

V CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales cuando resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los eventos taxativamente señalados en la ley.

Por lo tanto, constituye premisa para la prosperidad del amparo judicial que aparezca demostrada una situación de esta naturaleza, es decir, traducida en el quebranto actual o en un riesgo inminente para un derecho de dicha categoría, pero, además, que el afectado carezca de otro medio de defensa o, disponiendo de él, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este caso, como lo estableció el juez de primera instancia, tratándose del auxilio pretendido para los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas del señor Primitivo Rojas López, quien presenta como patología "INCONTINENCIA URINARIA E INCONTINENCIA FECAL + POLINEUROPATIA", comoquiera que aunque la EPSS CAPRECOM autorizó las citas con ortopedia y neurología que en el mes de octubre de 2013 ordenó el ortopedista, las mismas no fueron asignadas, según manifestación de las IPS, por no haber agenda disponible, después de varios meses, ante el avanzado deterioro de su salud se vio en la necesidad de acudir a una institución privada, Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- en donde se ordenó la práctica de exámenes, le formularon medicamentos y atención intrahospitalaria a la que no pudo acceder por falta de recursos económicos para cubrir el costo.

El motivo de la impugnación presentado por la Subdirectora de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital de Salud es para que se le exonere de asumir el costo de los pañales desechables ordenados entregar al accionante al estar excluidos del POS por ser elementos de aseo no biomédicos, obligación que corresponde a la Secretaría Distrital de Integración Social quien tiene a su cargo la atención integral a personas adultas con discapacidad tanto en externado como de los centro se protección que maneja la misma.

El Decreto Distrital 607 de 28 de diciembre de 2007, por "el cual se determina el Objeto, Estructura y Funciones de la Secretaría Distrital de Integración Social", establece:

Artículo 1°. Objeto. La secretaría distrital de integración social, tiene por objeto orientar y liderar la formulación y el desarrollo de políticas de promoción, prevención, protección, restablecimiento y garantía de los derechos de los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, con especial énfasis en la prestación de servicios sociales básicos para quienes enfrentan una mayor situación de pobreza y vulnerabilidad. Así como, prestar servicios sociales básicos de atención a aquellos grupos poblacionales que además de sus condiciones de pobreza se encuentran en riesgo social, vulneración manifiesta o en situación de exclusión social.

Artículo 2°. Funciones. La Secretaría Distrital de Integración Social, tendrá las siguientes funciones básicas:

- a) Formular, orientar y desarrollar políticas sociales, en coordinación con otros sectores, organismos o entidades, para los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, en especial de aquellos en mayor situación de pobreza y vulnerabilidad y promover estrategias que permitan el desarrollo de sus capacidades.
- b) Dirigir la ejecución de planes, programas y proyectos de restablecimiento, prevención, protección y promoción de derechos de las personas, familias y comunidades, en especial aquellas de mayor situación de pobreza y vulnerabilidad.

- c) Establecer objetivos y estrategias de corto, mediano y largo plazo, para asegurar la prestación de servicios básicos de bienestar social y familiar a la población objeto.
- d) Desarrollar políticas y programas para la rehabilitación de las poblaciones vulnerables en especial habitantes de la calle y su inclusión a la vida productiva de la ciudad.
- e) Ejercer las funciones de certificación, registro y control asignadas al Departamento Administrativo Bienestar Social en las disposiciones vigentes y las que le sean asignadas en virtud de normas nacionales o distritales.

Funciones que no contemplan programas de atención en salud, entrega de medicamentos o insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, tampoco elementos de aseo que ordene el médico tratante a los pacientes adscritos a la red prestadora de salud o externos.

Obligación que ha sido asignada, en el caso del régimen subsidiado, a los entes territoriales, que para el caso es la Secretaría Distrital de Salud, conforme lo establece el artículo 215 de la Ley 100 de 1993, Acuerdo 032 de 2012, Acuerdo 029 de 2011, artículo 43 y siguientes de la Ley 715 de 2001, artículo 64 del Acuerdo 415 de 2009 y las sentencias C-463, T-316 y T-760 de 2008 y en caso de la misma naturaleza, entrega de pañales, entre otros, en la sentencia T-322 de 3 de mayo de 2012, señaló:

6. Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas.

Para esta Corporación, el servicio de salud debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de las personas, por lo que para el cumplimiento de tal cometido se deben orientar todos los esfuerzos y las políticas públicas que, de manera pronta, efectiva y eficaz garanticen la recuperación del paciente o se logre por lo menos menguar sus críticas condiciones.

Así las cosas, cuando científicamente no se pueda obtener la recuperación del estado de salud del paciente por el complejo cuadro clínico que éste presenta, se debe entonces propender por garantizarle el nivel de vida más óptimo a través de todos aquellos elementos que se encuentren disponibles, pues con ocasión de sus enfermedades son fácilmente expuestos a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, entre otras, porque ante su disminución física están imposibilitados para desempeñar alguna labor que les genere ingresos económicos para adquirir los implementos, elementos y servicios adicionales al tratamiento médico y que si bien no son indispensables y necesarios para su efectividad, sí resultan paliativos para sus difíciles condiciones, pues por medio de ellos se les brinda una calidad de vida digna.

De esta manera se deben suministrar todos los implementos, accesorios, servicios e insumos que requiera el paciente, cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana, lo cual contraría los postulados constitucionales y los pronunciamientos de esta Corte en los que se ha indicado que no se debe prestar un servicio que permita la mera existencia de la persona, sino que además, le asegure unas condiciones dignas de vida.

[...]

Así las cosas, si a las personas que tienen aminoradas sus condiciones de salud no se les salvaguarda su estado bajo unas condiciones tolerables que permitan su subsistencia en forma digna, entonces se les vulneran sus derechos fundamentales, pues no basta que se asuma y se les brinde una prestación de manera simple, sino que ésta debe estar encaminada a asegurar, en todo momento, la dignidad de la persona, razón por la cual no es válido que una empresa prestadora del servicio de salud niegue la autorización y el acceso a un tratamiento, procedimiento, servicio o cualquier otra prestación requerida para, por lo menos, paliar los efectos de la enfermedad.

Igualmente, se ha indicado que cuando las personas que requieren alguno de los servicios, implementos o insumos con los que pueden hacer más tolerables o llevaderas sus condiciones de salud, les exigen como requisito previo a su entrega, la presentación de una orden médica, dicha exigencia se torna desmedida en todos aquellos casos cuando las condiciones médicas de la persona son tan evidentes y notorias, por lo que someterla al cumplimiento de un trámite administrativo, para obtener los cuidados mínimos necesarios que aseguran una vida en condiciones más dignas, resulta desproporcionado y pone en peligro sus derechos fundamentales. ⁽¹¹⁾

Para el caso, es CAPRECOM EPSS por ser la entidad a la que se encuentra afiliado el señor Primitivo Rojas López, SISBEN Nivel 2, municipio de Bogotá, como se observa en la copia del carné aportado a folio 21, Sistema de Seguridad Social en Salud Régimen Subsidiado.

Además porque en los eventos no POS tiene la posibilidad de recobro ante el Fondo Distrital de Salud, según lo establecido en las resoluciones 5334 y 5754 del Ministerio de la Protección Social y el artículo 26 de la Ley 1438 de 2011.

Razonamientos por los que en lo que fue objeto de impugnación el fallo se confirmará.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO.- Confirmar en lo que objeto de impugnación el fallo mediante el cual el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Conocimiento amparó los derechos fundamentales a la salud y vida digna del señor Primitivo Rojas López.

SEGUNDO.- Ordenar que en firme la sentencia se remita la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS
Magistrado

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Magistrado

JUAN CARLOS GARRIDO BARRIENTOS
Magistrado

(11) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-322 de 3 de mayo de 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo