

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS, SUMINISTRO DE INSUMOS Y TECNOLOGIAS EN SALUD REQUERIDOS CON NECESIDAD-Nuevo modelo de atención del Plan de Beneficios en Salud de exclusiones expresas e inclusiones implícitas vigente a partir de la Ley 1751 de 2015

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Características

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Mecanismo que se ejerce ante la Superintendencia de Salud debe analizarse en cada caso, por lo que el juez de tutela no puede declarar la improcedencia de la acción de tutela automáticamente

La Corte Constitucional ha sostenido que el agotamiento de la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud no constituye un requisito ineludible para satisfacer la subsidiariedad de la acción de tutela; por el contrario, el juez de tutela deberá verificar varios elementos: a) si la función jurisdiccional es idónea y eficaz; b) si el asunto versa sobre la negativa o la omisión en prestación de servicios y tecnologías en salud y; c) la posible afectación de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección, como los niños y los adultos mayores.

REGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL ANTE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE

SALUD

La función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud se reviste de carácter principal. Esto quiere decir que la entidad conoce y falla en derecho de manera definitiva, como lo hace un juez. El carácter principal, empero no significa que la acción de tutela sea desconocida; por el contrario, implica que debe estudiarse en cada caso si procede la acción jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con las siguientes reglas: a) exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas; b) los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional; c) se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional, o; d) se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR ACAECIMIENTO DE UNA SITUACION SOBREVINIENTE-Fallecimiento del accionante

DERECHO A LA SALUD-Protección constitucional como servicio público y como derecho fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD-Obligación estatal de formular políticas públicas en diferentes ámbitos

POLITICAS PUBLICAS EN SALUD-Modelos de familiarización del cuidado y régimen desfamiliarizador

La salud constituye una meta para el Estado Colombiano, conforme al artículo 2 en concordancia con el artículo 49 inciso 1 de la Constitución Política de Colombia. Ello significa que es un fin esencial para el Estado garantizar la salud de las personas y, para ello, aquel debe diseñar, ejecutar y vigilar las políticas públicas, así como los proyectos y las acciones concretas. Las políticas públicas, a su vez, deben considerar distintos modelos relacionados con el cuidado y la prestación de servicios y tecnologías en salud. Estos modelos podrían dividirse en dos grandes grupos: a) la familiarización del cuidado; b) el régimen desfamiliarizador.

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido

Se caracteriza, por un lado, en invertir el sistema de exclusión -todo aquello que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por tanto, los usuarios del sistema tienen derecho a que se les suministre- y, por otro lado, en proteger a las personas que sufren enfermedades huérfanas, de acuerdo con el artículo parágrafo 3 de la Ley.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-
Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD-Dimensión positiva y negativa

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Línea
jurisprudencial

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Suministro de servicios y tecnologías en salud antes y
después de la Ley Estatutaria 1751 de 2015

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS
EN SALUD-Reglas jurisprudenciales para no aplicar la exclusión

i) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas(...); ii) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario; (iii) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores; (iv) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el

suministro.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR-Alcance

Debe tenerse en cuenta que la solidaridad de la familia encuentra límite en su capacidad económica y en los propios proyectos de vida de sus integrantes.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR-Jurisprudencia constitucional

La Corte encuentra necesario precisar que para establecer si corresponde a la familia brindar el apoyo requerido paciente, debe tenerse en cuenta que la prueba de la capacidad económica no está sometida a un régimen de tarifa legal, sino a la sana crítica. Por tanto, será el juez quien determine, en cada caso en concreto, cuáles son las pruebas e indicios pertinentes para establecer si una persona o su familia carecen de recursos.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Alcance

La prestación y el suministro de servicios y tecnologías deberá guiarse por el principio de integralidad, entendido como un principio esencial de la seguridad social y que se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la salud, de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que se les otorgue una protección completa en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida o adecuarla a los estándares regulares.

La Corte Constitucional ha sostenido al respecto, que la aplicación del principio de progresividad implica una cierta gradualidad, es decir, que el Estado se encuentra en la obligación de ampliar el nivel de realización del derecho a la salud, así como de abstenerse a tomar medidas que sean regresivas en torno a la prestación de servicios y suministro de tecnologías en salud.

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Cobertura

a) se entenderá que todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido taxativamente del PBS, está incluido y; b) el Gobierno Nacional tienen la obligación de actualizar y ampliar la cobertura en materia de atención en salud.

MEDICO TRATANTE-Criterios para el acceso a los servicios de salud en relación con las órdenes médicas impartidas

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Concepto

El derecho al diagnóstico, como componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Está compuesto por tres etapas: identificación, valoración y prescripción

La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso. Finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.

AUSENCIA DE PRESCRIPCION MEDICA Y DERECHO AL DIAGNOSTICO

Es menester que el juez de tutela, en los casos desprovistos de formula médica: i) ordene el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordene a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto.

DERECHO AL DIAGNOSTICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-Reglas para acceder a servicios o tecnologías en salud como pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, silla de ruedas, entre otros

PAÑALES DESECHABLES, CREMA ANTI-ESCARAS, SILLA DE RUEDAS, GUANTES DESECHABLES

Y SONDAS-Tecnologías en salud implícitamente incluidas en el Plan de Beneficios en Salud

SUMINISTRO DE TECNOLOGIAS Y SERVICIOS INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Procedencia de la tutela cuando no existe prescripción médica y posterior ratificación del médico tratante

SUMINISTRO DE TECNOLOGIAS Y SERVICIOS INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Procedencia de la tutela para amparar el derecho al diagnóstico ante ausencia de prescripción médica y pruebas que permitan evidenciar su necesidad

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Subreglas para el suministro de pañitos húmedos, ya que se encuentran expresamente excluidos

SERVICIO DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL PARA PACIENTES AMBULATORIOS-Se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud

Este servicio no requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema que implica: i) la prescripción determinado servicio de salud por parte del médico tratante, ii) autorización por parte de la EPS, y iii) prestación efectiva de la tecnología en salud.

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Reglas jurisprudenciales

a) En las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro; b) En los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica; c) No es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS, debido a que esto es financiado por el sistema; d) No requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema (prescripción, autorización y prestación). Es obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización del servicio en un municipio diferente al domicilio del paciente; e) Estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS.

SUMINISTRO DOMICILIARIO DE SERVICIO DE ENFERMERIA EN EL NUEVO PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD

El servicio de enfermería se encuentra en el plan de beneficios en salud y se rige por la modalidad de atención domiciliaria. Se define como la modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Este servicio se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, sin que en ningún caso sustituya el servicio de cuidador.

Referencia: expedientes T-4681096, T-4682705, T-4682892, T-4683196, T-4693923, T-4705053, T-4708213, T-4782455, T-4783590, T-4786090, T-4791082, T-4791687,

T-4796573, T-4831732, T-4831896, T-4832661, T-4835720, T-4847464, T-4848232, T-4852012, T-4852755, T-4883565, T-4886606, T-4893416, T-4900966, T-4901031, T-4918485, T-4925320, T-4926429, T-4930312 (AC).

Acciones de tutela presentadas por: (1) Juana Nelly Rodríguez contra Salud Total E.P.S.; (2) Harold Villamarín Vargas como agente oficioso de Alcira Urueña de Maya contra Servicio Occidental de Salud S.O.S. – E.P.S.; (3) Olga María Dinás Romero como agente oficiosa de José Aldemar Romero Duque contra Nueva E.P.S.; (4) Mariela Fori Páez como agente oficiosa de Miguel Ángel Larrahondo Fory contra EMSSANAR E.P.S.; (5) Martín José Herrera Castro como agente oficioso de Manuel Enrique Herrera Morales contra Nueva E.P.S.; (6) Deisy Romero García como agente oficiosa de Aristarco Romero García contra Caprecom E.P.S.1; (7) Gladys Amparo Rivillas Ramos como agente oficiosa de Heraldo Antonio Rivillas Montoya contra Nueva E.P.S.; (8) Margarita Rosa Acosta Gutiérrez como agente oficiosa de Bertilda Inés Gutiérrez Borja contra Coomeva E.P.S.; (9) José Antonio Alvira Motta, como agente oficioso de Elcira Motta de Becerra, contra Nueva E.P.S.; (10) Wilson Mauricio Oliveros Parada como representante de Edelmira Parada Ruiz contra Sanitas E.P.S.; (11) Sara Soledad Sánchez Benavides, como agente oficiosa de Rodolfo Gelasio Sánchez Benavides, contra Sanitas E.P.S.; (12) Suraya Gadban Reyes como agente oficiosa de Olivia de Gadban, contra Sanitas E.P.S.; (13) Brayan Iván Pedroza Cuero, como agente oficioso de Herlinda Preciado Montaña, contra Nueva E.P.S.; (14) Ester Lucía Guzmán Sierra, como agente oficiosa de su esposo Juan Bautista Mercado González, contra Ministerio de Defensa y Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Armadas; (15) Luis Aurelio López Cortés, como agente oficioso de su esposa Josefina Gómez de López, contra Nueva E.P.S.; (16) Efraín Loba, como agente oficioso de María Lucelis Loba Arango, contra Emssanar E.S.S. y Recuperar S.A. IPS.; (17) Henry de Jesús Toro Ríos, como agente oficioso de su madre Mercedes Ríos de Toro, contra Nueva E.P.S.; (18) María Celina Flórez Contreras, como agente oficiosa de su madre María Celina Contreras Pérez, contra Cafesalud E.P.S.2; (19) Olga María Puentes Hernández, como agente oficiosa de su padre Joselin Puentes Rodríguez, contra Sanitas; (20) María Esperanza Quintero Ruiz, en representación de su hija Isabella Aguirre Quintero, contra Emssanar E.S.S.; (21) Edison Páez Murillo, como agente oficioso de María Jacinta Murillo Rodríguez, contra Comparta E.P.S.; (22) Alba Ruth Suárez Montoya, como agente oficiosa de su madre María Graciela Montoya de Suárez, contra Coomeva E.P.S.; (23) Martha Lucía Camargo de Llanes,

como agente oficiosa de su madre Aliria Osorio de Camargo, contra Saludcoop E.P.S3 y otro; (24) Jorge Alirio Fernández Solarte, como agente oficioso de Héctor Alonso Solarte, contra Caprecom E.P.S4.; (25) Nelson Germán Castro Gutiérrez, en representación de Gloria Gutiérrez de Oviedo, contra Salud Total E.P.S.; (26) Isolina Jaimes de Mariño, como agente oficiosa de su hijo Rafael Enrique Mariño Jaimes, contra Nueva E.P.S.; (27) Cleofelina García, como agente oficiosa de María Elisa Castro de Pedreros, contra Capital Salud E.P.S. y otros; (28) Teresa Echeverry García, como agente oficiosa de Ana Cristina García, contra Nueva E.P.S.; (29) Alexandra Jazmín González González, como agente oficiosa de su madre Flor Stella González de González y su hija Wendy Tatiana Ramos González contra Cafesalud E.P.S.5; y (30) Diana Marcela Madrigal Espinoza, como agente oficiosa de su hija Valentina Martínez Madrigal, contra Saludcoop E.P.S.6

Magistrados ponentes:

ALBERTO ROJAS RÍOS

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veinte (2020).

La Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos en única o en segunda instancia, por los despachos judiciales que se mencionan a continuación:

En única instancia por el Juzgado Civil Municipal de Facatativá, el ocho (8) de septiembre de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela promovida por Juana Nelly Rodríguez, contra Salud Total E.P.S. Expediente: T-4.681.096.

En única instancia por el Juzgado Veinte Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, el veintidós (22) de agosto de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela promovido por Harold Villamarín Vargas, como agente oficioso de la señora Alcira Urueña de Maya, contra Servicio Occidental de Salud E.P.S – SOS S.A. Expediente: T-4.682.705.

En única instancia por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caloto (Cauca), el veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela promovido por Olga María Dinas de Romero, como agente oficiosa de su esposo José Aldemar Romero Duque, contra Nueva E.P.S. Expediente: T-4.682.892.

En única instancia por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, el veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela promovido por Mariela Fori Paz, como agente oficiosa de su hijo Miguel Ángel Larrahondo For7, contra Emssanar E.S.S. Expediente: T-4.683.196.

En única instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Cúcuta, el veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela promovido por Martín José Herrera Castro, como agente oficioso de su padre Manuel Enrique Herrera Morales, contra Nueva E.P.S. Expediente: T-4.693.923.

En única instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, el diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela promovido por Deisy Romero García, como agente oficiosa de su hermano Aristarco Romero García, contra Caprecom E.P.S y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima. Expediente: T-4.705.053.

En única instancia por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, el once (11) de agosto de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela promovido por Gladys Amparo Rivillas Ramos, como agente oficiosa de su padre el señor Heraldo Antonio Rivillas Montoya, contra Nueva E.P.S. Expediente: T-4.708.213.

En única instancia por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Menor Cuantía de Oralidad de Barranquilla, el veintiuno (21) de noviembre de dos mil catorce (2014), en el proceso de acción de tutela promovido por Margarita Rosa Acosta Gutiérrez, actuando en representación de su madre Bertilda Gutiérrez Borja, contra Coomeva E.P.S. Expediente: T-4.782.455.

En primera instancia, por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, el nueve (09) de septiembre de dos mil catorce (2014), y en segunda instancia, por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, el veintidós (22) de octubre de dos mil catorce (2014), en el proceso de acción de tutela promovido por José Antonio Alvira Motta, actuando como agente oficioso de su madre Elcira Motta de Becerra, contra Nueva E.P.S. Expediente: T-4.783.590.

En única instancia por el Juzgado Sesenta y Tres Civil Municipal de Bogotá, el veintinueve (29) de septiembre de dos mil catorce (2014), en el proceso de acción de tutela promovido

por Wilson Mauricio Oliveros Parada, actuando en representación de su madre Edelmira Parada Ruiz, contra Sanitas E.P.S. Expediente: T-4.786.090.

En única instancia por el Juzgado Doce Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá, el tres (03) de septiembre de dos mil catorce (2014), en el proceso de acción de tutela promovido por Sara Soledad Sánchez Benavides, como agente oficiosa de su hermano Rodolfo Gelasio Sánchez Benavides, contra Sanitas E.P.S. Expediente: T-4.791.082.

En única instancia por el Juzgado Doce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil catorce (2014), en el proceso de acción de tutela promovido por Héctor Orlando García Hurtado, apoderado de la señora Suraya Gadban Reyes, quien actúa como agente oficiosa de su madre Oliva Reyes de Gadban, contra Sanitas E.P.S. Expediente: T-4.791.687.

En única instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en fallo del veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014), en el proceso de acción de tutela promovido por Brayan Iván Pedroza Cuero, actuando como agente oficioso de su abuela Herlinda Preciado Montaña, contra Nueva E.P.S. Expediente: T-4.796.573.

En primera instancia, por la Sala Segunda de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el dieciséis (16) de enero de dos mil quince (2015), y en segunda instancia, por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, el dos (2) de marzo de dos mil quince (2015), dentro del proceso de tutela promovido por Ester Lucía Guzmán Sierra actuando como agente oficiosa de su esposo Juan Bautista Mercado González, contra el Ministerio de Defensa y la Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Armadas. Expediente: T-4.831.732.

En única instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pasto, el veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015), en el proceso de tutela de Luis Aurelio López Cortés, actuando como agente oficioso de su esposa Josefina Gómez de López, contra Nueva E.P.S. Expediente: T-4.831.896.

En única instancia por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Cali, el tres (3) de febrero de dos mil quince (2015) en el proceso de tutela de Efraín Lobo, actuando como agente oficioso de su madre María Lucelis Lobo Arango, contra Emssanar E.S.S. y Recuperar S.A. IPS. Expediente: T-4.832.661.

En única instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela de Henry de Jesús Toro Ríos actuando como agente oficioso de su madre Mercedes Ríos de Toro, contra Nueva E.P.S. Expediente: T-4.835.720.

En única instancia por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cúcuta, el nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela promovido por María Celina Flórez Contreras, actuando como agente oficiosa de su madre María Celina Contreras Pérez, contra Cafesalud E.P.S. Expediente: T-4.847.464.

En primera instancia, por el Juzgado Sesenta y Dos Civil Municipal de Bogotá, el veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015), y en segunda instancia, por el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, el nueve (9) de marzo de dos mil quince (2015), dentro del proceso de tutela promovido por Olga María Puentes Hernández, actuando como agente oficiosa de su padre Joselin Puentes Rodríguez, contra Sanitas E.P.S. Expediente: T-4.848.232.

En única instancia por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Tuluá (Valle), el treinta (30) de enero de dos mil quince (2015), dentro del proceso de tutela promovido por María Esperanza Quintero Ruiz, actuando en representación de su hija Isabella Aguirre Quintero, contra Emssanar E.S.S. y otros. Expediente: T-4.852.012.

En única instancia por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, el treinta (30) de diciembre de dos mil catorce (2014), dentro del proceso de tutela promovido por Edison Páez Murillo, actuando como agente oficioso de su madre María Jacinta Murillo Rodríguez, contra Comparta E.P.S. Expediente: T-4.852.755.

En única instancia por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Riosucio (Caldas), el cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015), dentro del proceso de tutela promovido por Alba Ruth Suárez Montoya, actuando como agente oficiosa de su madre María Graciela Montoya de Suárez, contra Coomeva E.P.S. Expediente: T-4.883.565.

En única instancia por el Juzgado Trece Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, el veintiséis (26) de enero de dos mil quince (2015), dentro del proceso de tutela promovido por Martha Lucía Camargo de Llanes, actuando como agente oficiosa de su madre Aliria Osorio de Camargo, contra Saludcoop E.P.S. y otro. Expediente: T-4.886.606.

En única instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), dentro del proceso de tutela promovido por Jorge Alirio Fernández Solarte, actuando como agente oficioso de su tío Héctor Alonso Solarte, contra Caprecom E.P.S. Expediente: T-4.893.416.

En primera instancia, por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Ibagué, el seis (6) de febrero de dos mil quince (2015), y en segunda instancia, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, el veinte (20) de marzo de dos mil quince (2015), dentro del proceso de tutela promovido por Nelson Germán Castro Gutiérrez, actuando en representación de su madre Gloria Gutiérrez de Oviedo, contra Salud Total E.P.S. Expediente: T-4.900.966.

En única instancia por el Juzgado Veintisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el dos (2) de marzo de dos mil quince (2015), dentro del proceso de tutela promovido por Cleofelina García actuando como agente oficiosa de su hija María Elisa Castro de Pedreros, contra Capital Salud E.P.S – S y otros. Expediente: T-4.918.485.

En primera instancia, por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, el dieciocho (18) de noviembre de dos mil catorce (2014), y en segunda instancia, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015), dentro del proceso de tutela promovido por Teresa Echeverry García, actuando como agente oficiosa de su madre Ana Cristina García, contra Nueva E.P.S. Expediente: T-4.925.320.

En única instancia por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015), dentro del proceso de tutela promovido por Alexandra Jazmín González González, actuando como agente oficiosa de su madre Flor Stella González de González y su hija Wendy Tatiana Ramos González, contra Cafesalud E.P.S. Expediente: T-4.926.429.

En única instancia por el Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo, el dieciocho (18) de

diciembre de dos mil catorce (2014), dentro del proceso de tutela promovido por Diana Marcela Madrigal Espinoza, actuando como agente oficiosa de su hija Valentina Martínez Madrigal, contra Saludcoop E.P.S. Expediente: T-4.930.312.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional revisa treinta (30) acciones de tutela, cuyos hechos, pretensiones y decisiones de instancia se desarrollan pormenorizadamente en el anexo que hace parte integral de esta decisión, al igual que se identifican la totalidad de las pruebas recaudadas en el curso del trámite. Para efectos metodológicos de esta sentencia de unificación se procede a presentar un resumen de los elementos comunes a los casos y de las decisiones de instancia.

1. Los casos versan sobre personas que, por razón de sus enfermedades congénitas, adquiridas u originadas en accidentes, no pueden valerse por sí mismas y requieren, además de sus tratamientos médicos, pañales, pañitos húmedos y cremas anti escaras, suplementos alimenticios, cuidadores, silla de ruedas o el servicio de transporte para el desplazamiento de una ciudad a otra con el propósito de acceder a servicios de salud.

1. Las EPS, en general, negaron el suministro de las tecnologías o la prestación de los servicios en salud, debido a que: a) los usuarios no contaban con una fórmula médica; b) los servicios y tecnologías solicitados no se encontraban en el antiguo Plan Obligatorio de Salud (en adelante “POS”) y, c) no existía una petición formal del servicio o tecnología ante la entidad promotora de salud (en adelante “EPS”) o la entidad obligada a compensar (en

adelante “EOC”).

1. Los usuarios formularon acción de tutela –la mayoría mediante agente oficioso–, para que se amparara su derecho fundamental a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordenara la prestación del suministro o tecnología. Algunos jueces de instancia declararon improcedentes las acciones de tutela, pues no obraba en el expediente copia de una solicitud formal ante la EPS o no se encontraba una prescripción por parte del médico tratante de la red de la EPS. Otros jueces negaron las acciones de tutela, pues consideraron que los servicios y tecnologías en salud requeridos no se encontraban en el POS. Excepcionalmente, algunos jueces de tutela ampararon el derecho y ordenaron el suministro o la prestación del servicio o tecnología solicitado.

B. Actuaciones en sede de revisión

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional decidió, mediante auto del diecisiete (17) de marzo de dos mil quince (2015)⁸ asumir el conocimiento de los expedientes objeto de revisión y suspender los términos hasta tanto fuera proferida la sentencia.

1. Posteriormente, en auto del dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015), la Corte determinó que los expedientes revisados evidencian un problema estructural que requiere de la acción conjunta de las instituciones estatales, de las EPS, de los profesionales de salud, de la academia y de la sociedad civil, para superar el déficit en la garantía de los derechos de algunas personas que, por su especial condición de salud, no pueden satisfacer sus garantías constitucionales⁹. Por ello, solicitó a distintas entidades estatales, a las facultades de Medicina, a las facultades de Enfermería y a las facultades de Derecho, que dieran sus opiniones en torno a la función de los insumos en el cuidado del paciente, al establecimiento de criterios para la inclusión o exclusión de aquellos en el plan de salud, a la garantía de los derechos fundamentales y a las acciones de tutela interpuestas sobre estos temas.

1. La Sala Plena recibió conceptos de distintas entidades y personas, que analizaron las reglas generales sobre los servicios y tecnologías en salud, la acción de tutela para adquirirlos y el sistema de recobro. Sin embargo, los conceptos se presentaron antes de la entrada en vigor de la Ley 1751 de 2015, cuando operaba el Plan Obligatorio de Salud.

1. La Corte considera que estas intervenciones son relevantes pues abordan la situación del suministro de insumos mediante la acción de tutela y brindan información sobre los recobros ante el antiguo Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social (en adelante Fosyga), hoy la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social (en adelante ADRES). Además, las intervenciones presentan aspectos importantes sobre la utilidad de algunos insumos como las cremas anti escaras y los pañales, y se encuentran sintetizadas en el anexo III de la presente decisión.

i. Medidas provisionales decretadas en sede de revisión

Auto

Expediente

Afiliado

EPS destinataria de la orden

Servicios ordenados en la medida provisional

1

A-061-15

T-4.681.096

Juana Nelly Rodríguez

Salud Total EPS

Pañales desechables, crema humectante, pañitos húmedos y silla de ruedas.

2

A-062-15

T-4.682.705

Alcira Ureña de Maya

Servicio Occidental de Salud -SOS- EPS

Pañales desechables, crema humectante y pañitos húmedos.

3

A-063-15

T-4.683.196

Miguel Ángel Larrahondo

Pañales desechables, crema humectante y pañitos húmedos.

4

A-064-15

T-4.693.923

Manuel Enrique Herrera Morales

Nueva EPS

Pañales desechables, crema humectante y pañitos húmedos; también ordenó entregar una silla de ruedas al paciente.

5

A-065-15

T-4.705.053

Aristarco Romero García

Caprecom EPS

Pañales desechables, crema humectante y pañitos húmedos; también ordenó autorizar el servicio de enfermería para realizar el procedimiento de cateterismo vesical intermitente.

6

A-066-15

T-4.708.213

Heraldo Antonio Rivillas Montoya

Nueva EPS

Ordenó a brindar tratamiento integral

i. Otras situaciones ocurridas durante el proceso de revisión

1. De conformidad con la información reportada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Sala pudo constatar que los siguientes afiliados fallecieron y sus documentos de identidad fueron cancelados:

Expediente

Afiliado

1

T-4.682.705

Alcira Urueña de Maya

Año 2017

2

T-4.682.892

José Aldemar Romero Duque

Año 2015

3

T-4.693.923

Manuel Enrique Herrera Morales

27 de mayo de 202011

4

T-4.705.053

Aristarco Romero García

20 de abril de 2015

5

T-4.708.213

Heraldo Antonio Rivillas Montoya

Mayo de 2016

6

T-4.782.455

Bertilda Inés Gutiérrez Borja

25 de marzo de 2017

7

T-4.783.590

Elcira Motta de Becerra

Año 2015

8

T-4.786.090

Edelmira Parada Ruiz

Año 2017

9

T-4.791.687

Olivia Reyes de Gadban

10

T-4.796.573

Herlinda Preciado Montaña

Año 2017

11

T-4.831.896

Josefina Gómez de López

Junio de 2019

12

T-4.847.464

María Celina Contreras Pérez

Año 2016

13

T-4.848.232

Joselin Puentes Rodríguez

Año 2015

14

T-4.852.755

María Jacinta Murillo Rodríguez

Año 2015

15

T-4.883.565

María Graciela Montoya Monsalve

Año 2018

16

T-4.886.606

Aliria Osorio de Camargo

Año 2016

17

T-4.893.416

Héctor Alonso Solarte

Año 2015

18

T-4.918.485

María Elisa Castro de Pedreros

19 de junio de 2018

19

T-4.925.320

Ana Cristina García

Año 2018

20

T-4.926.429

Flor Stella González de González

Año 2015

i. Verificación del estado actual de salud

1. La Corte consideró pertinente verificar el estado de salud de los usuarios, debido a que ha transcurrido un lapso considerable entre la interposición de las acciones de tutela y el momento de la decisión. Para ello, en virtud del principio de informalidad, de manera excepcional para el presente estudio y debido a las circunstancias particulares de los asuntos analizados, los despachos de los magistrados sustanciadores se comunicaron con los afiliados o sus familiares y consultaron si su estado de salud había cambiado y si recibían servicios y tecnologías en salud por parte de la EPS. La consulta permitió obtener la siguiente información.

a. Expediente T-4.683.196

1. Mediante comunicación telefónica del jueves veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020), se informó que Miguel Ángel Larrahondo Fory recibe pañales y crema anti escaras, así como medicina -p. ej., divalproato de sodio-. Para soportar la información, envió prescripciones médicas del veintiséis (26) de junio y del ocho (08) de septiembre de dos mil veinte (2020), donde se formulan el medicamento -divalproato de sodio-, pañales desechables Tena Slip talla M -cuatro (04) unidades diarias-, óxido de zinc crema 25% -dos (02) veces al día- y guantes desechables talla M.

b. Expediente T-4.791.082

1. Mediante comunicación telefónica del jueves veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020), se informó que Rodolfo Gelasio Sánchez Benavides recibe todos los servicios y tecnologías en salud requeridos para su tratamiento. Para soportar la información, envió prescripciones médicas del dieciséis (16) de marzo, dieciocho (18) de mayo, veintiuno (21) de julio, veintinueve (29) de septiembre y veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020), que formulan ciento veinte (120) pañales mensuales, valoración médica domiciliaria cada tres (03) meses, valoración inicial por terapia del lenguaje domiciliaria, valoración inicial por terapia ocupacional domiciliaria, doce (12) latas de Ensure en polvo para tres (03) meses, seis (06) frascos de crema Lubriderm cuatrocientos mililitros (400ml) para tres (03) meses, seis (06) paquetes de pañitos húmedos de cien (100) unidades para tres (03) meses, tres (03) cajas de cien (100) unidades de guantes de manejo para tres (03) meses y noventa (90) paquetes de gasas estériles no tejidas para tres (03) meses. Asimismo, entregó prescripción médica que solicita una cirugía para pie y tobillo, así como el plan de manejo del trece (13) de abril de dos mil veinte (2020), que reconoce el servicio complementario de transporte ambulatorio diferente a ambulancia, no incluido en el PBS.

c. Expediente T-4.832.661

1. Mediante comunicación telefónica del veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020), Efraín Loba informo que María Lucelis Loba Arango recibe todos los servicios y tecnologías en salud requeridos para su tratamiento.

d. Expediente T-4.835.720

1. En comunicación telefónica del veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020), se informó que Mercedes Ríos de Toro recibe los pañales y se remitió el plan de manejo del veintitrés (23) de abril de dos mil veinte (2020), que reconoce el suministro de seis (06) pañales desechables para adulto talla L diarios.

e. Expediente T-4.900.966

1. A través de comunicación telefónica del veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020), el hogar geriátrico “El ocaso de los años” informó que Gloria Gutiérrez de Oviedo recibe los servicios y tecnologías en salud, a excepción del servicio de enfermería.

f. Expediente T-4.901.031

1. Mediante comunicación telefónica del veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020), Rafael Enrique Mariño Jaimes informó que recibe los servicios y tecnologías en salud que corresponden a su tratamiento. Para ello, el usuario remitió registro fotográfico del colchón anti-escaras otorgado por la EPS, así como la prescripción médica del cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020), que ordena el suministro de trescientos sesenta (360) pañales Tena Slip talla M para tres (03) meses.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos en los respectivos procesos de tutela, conforme al artículo 241 numeral 9 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 56 del Acuerdo 02 de 2015.

B. Planteamiento del caso y problema jurídico

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional revisa treinta (30) casos, en los cuales usuarios de distintas EPS reclaman el suministro de insumos médicos –pañales, pañitos húmedos, cremas anti escaras, guantes quirúrgicos y sillas de ruedas– y la prestación de servicios médicos –enfermería veinticuatro (24) horas y transporte del lugar de residencia hasta el municipio donde se prestarían de las terapias o controles–, debido a padecimientos diagnosticados por los médicos tratantes.

1. Los accionantes, así como los agentes oficiosos, manifiestan que sus familiares carecen de recursos económicos para asumir los costos de los reseñados suministros o de los servicios de enfermería y transporte; asimismo, algunos agentes oficiosos sostienen que, debido a su edad y estado de salud, no pueden atender a sus familiares adecuadamente y, por ello, requieren del servicio de enfermería veinticuatro (24) horas.

1. Las EPS indicaron que han prestado los servicios y suministrado los insumos que prescribieron los médicos adscritos a sus redes para el tratamiento de los padecimientos de los usuarios. Sin embargo, explican que no pueden autorizar aquello que no esté previsto en el POS, según las disposiciones normativas y el principio de sostenibilidad del sistema. En ese sentido, las EPS solicitan que, en caso de que las tutelas sean falladas a favor de los usuarios, el juez de tutela ordene el recobro.

1. El Ministerio de Salud y Protección Social manifestó que el derecho a la salud comprende el derecho a toda persona a recibir tratamiento integral. Por ello, considera que, en principio, las personas deben recibir todos los insumos y servicios para llevar su situación en condiciones dignas. Sin embargo, la entidad manifiesta que, si el juez de tutela llegase a

amparar los derechos de los usuarios, aquel debería abstenerse de ordenar el recobro directo, pues las EPS cuentan con procedimientos administrativos para solicitarlo.

1. En consecuencia, el problema jurídico que debe resolver la Sala Plena de la Corte Constitucional consiste en determinar si los accionantes tienen derecho a que se ordenen servicios o tecnologías en salud tales como pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, sillas de ruedas, servicio de transporte intermunicipal, entre otros, con el objeto de proteger su derecho fundamental a la salud.

1. Para responder este problema, la Sala Plena abordará: a) los requisitos de procedencia de la acción de tutela; b) el derecho fundamental a la salud; c) la prestación de servicios y el suministro de tecnologías en salud antes de la LeS y después de esta; d) las reglas jurisprudenciales unificadas para el suministro de pañales, crema anti escaras, pañitos húmedos, silla de ruedas, transporte intermunicipal, servicio de enfermería, entre otros; y; e) finalmente la solución de los casos en concreto.

C. Procedencia de la acción de tutela

1. El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagra que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento sumario, por sí misma o por quién actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos se resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

i. Titularidad de la acción

1. El artículo 86 consagra que toda persona al ejercer la acción de tutela puede intervenir por

sí misma o por quien actúe en su lugar. La segunda alternativa propuesta fue desarrollada por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual consagra tres variables: a) el ejercicio de la acción de tutela a través de representante; b) mediante agencia oficiosa y; c) a través del Defensor del Pueblo y los personeros municipales –en concordancia con los artículos 46 y ss. del Decreto 2591 de 1991–. En el presente caso debe revisarse la agencia oficiosa.

1. El artículo 10 inciso 2 del Decreto 2591 de 1991 establece que se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de estos no esté en condiciones de promover su propia defensa¹³. La norma consagra que, cuando esto ocurra, debe manifestarse en la solicitud dicha agencia. La agencia oficiosa se fundamenta, según la jurisprudencia constitucional, en el principio de solidaridad¹⁴ y tiene como objetivo proteger a las personas por encima de los requisitos procesales¹⁵, en especial cuando aquellas se encuentran en una situación de vulnerabilidad, como lo son los niños y los adultos mayores¹⁶. Igualmente, la Corte Constitucional ha sostenido que la agencia oficiosa busca evitar que se sigan perpetrando actos o continúen las omisiones que vulneran los derechos fundamentales, debido a la falta de capacidad de la persona para defenderse por sí misma¹⁷.

1. Este Tribunal ha considerado que la agencia oficiosa supone tres requisitos. El primero de ellos consiste en la manifestación expresa de quien ejerce la agencia oficiosa, de actuar en defensa de derechos ajeno¹⁸ o, en otras palabras, de alguien más.

1. El segundo requisito consiste en que la persona no esté en condiciones de promover su propia defensa¹⁹. Esta situación puede determinarse a partir de las pruebas aportadas por el agente oficioso o por las circunstancias determinadas en los hechos de la acción de tutela²⁰.

1. El tercer requisito es la informalidad. Ello significa que no es necesario que exista una relación formal entre el agente oficioso y el agenciado²¹ y, por ello, no es necesario que

medie documento alguno, en el cual se delegue la interposición de la acción de tutela, como ocurre en la figura del poder.

i. Destinatario de la acción -legitimación por pasiva-

1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela procede por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; y la misma norma faculta al legislador para establecer los casos en los cuales la acción de tutela procederá contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

1. Estos enunciados los ha denominado la Corte Constitucional como legitimación por pasiva (o destinatarios de la acción). Ésta, a su vez, es definida como la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción de tutela y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada²².

1. En materia de salud, el artículo 42 numeral 2 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares cuando contra quien se hubiese hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud.

i. Subsidiariedad

1. El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagra que la acción de tutela procederá cuando el afectado no disponga de otro medio defensa judicial, salvo que aquélla

se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto ha sostenido la Corte Constitucional que si la Constitución Política no consagrara el carácter subsidiario de la acción de tutela, se vaciarían de contenido los mecanismos de defensa judicial dispuestos por el ordenamiento jurídico²³.

1. Lo anterior no significa, sin embargo, que la acción de tutela proceda única y exclusivamente cuando no existan otros recursos, o cuando éstos se hayan agotado. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el requisito de subsidiariedad debe revisarse caso por caso, a fin de comprobar que, a pesar de existir otro mecanismo de defensa, no se esté ante una de estas posibilidades²⁴: a) un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela procede excepcionalmente²⁵; b) que si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no sea idóneo o eficaz²⁶, y; c) que se trate de personas que requieren de especial protección constitucional, como niños, mujeres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, población desplazada, personas de tercera edad, entre otros²⁷.

1. En materia de salud, el legislador le asignó la función jurisdiccional a la Superintendencia de Salud, para que ésta dirima, entre otros, problemas relacionados con el suministro de medicamentos²⁸. El artículo 41 inciso 1 literal a) de la Ley 1122 de 2007 establece que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la cobertura de los servicios y tecnologías en salud incluidos en el POS, cuando su negativa por parte de las EPS o quien haga sus veces ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.

1. Esta función jurisdiccional se realizará a través de un procedimiento sumario y según los principios del proceso judicial (publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia)²⁹, el derecho fundamental al debido proceso, a la defensa y a la contradicción, conforme al artículo 41 inciso 2 de la Ley 1122 de 2007. Este proceso, a su vez, cuenta con unas características particulares.

1. La primera característica es la informalidad³⁰ y consiste, según el artículo 41 inciso 4 de la Ley 1122 de 2007, en que la demanda podrá ser presentada a través de memorial u otro escrito, sin que medie formalidad alguna o autenticación; asimismo, la informalidad implica que no se requerirá de apoderado judicial y que el proceso se adelantará con la menor formalidad posible.

1. La segunda característica es el carácter preferente y sumario³¹. La Superintendencia Nacional de Salud no está sometida a los términos consagrados en el Código General del Proceso. El artículo 41 inciso 5 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, establece que la entidad emitirá sentencia dentro de los veinte (20) días siguientes a la radicación de la demanda, cuando el objeto de esta sea la prestación de un servicio o tecnología incluido o excluido del Plan de Beneficios en Salud (en adelante PBS).

1. La tercera característica es la facultad de adoptar medidas cautelares³². El artículo 41 parágrafo 3 numeral 1 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, consagra que la Superintendencia Nacional de Salud podrá adoptar, como medida cautelar, medidas tendientes a proteger la salud del usuario.

1. Estas características le permiten a la Corte Constitucional sostener, en principio, que la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud se reviste de carácter principal³³. Esto quiere decir que la entidad conoce y falla en derecho de manera definitiva, como lo hace un juez³⁴.

1. El carácter principal, empero no significa que la acción de tutela sea desconocida; por el contrario, implica que debe estudiarse en cada caso si procede la acción jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con las siguientes reglas³⁵: a) exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas; b) los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial

protección constitucional³⁶; c) se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional, o; d) se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad.

1. La función jurisdiccional sería entonces un mecanismo idóneo y eficaz para proteger los derechos de las personas en materia de salud³⁷ en determinados casos. Esta postura la sostuvo la Corte en la sentencia SU-124 de 2018. En ella se indicó que el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud resultaba idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales de los usuarios³⁸; en consecuencia, la procedencia de la acción de tutela sería factible, solo cuando se requiera la protección urgente de los derechos fundamentales o concurren circunstancias particulares, que hagan imperativa la intervención del juez constitucional³⁹.

1. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconsiderado en sus Salas de Revisión este planteamiento, pues la reglamentación vigente experimenta algunas situaciones normativas relevantes y una situación estructural determinante, que conlleva a revisar el carácter idóneo y eficaz de la función jurisdiccional⁴⁰.

a. Situaciones normativas

1. Estas situaciones hacen referencia a posibles contenidos o vacíos normativos. La primera consiste en los términos para resolver el caso⁴¹. Mientras que la función jurisdiccional implica un término de veinte (20) días contados desde el momento de radicación de la demanda, la acción de tutela prevé un plazo de diez días para fallar en primera instancia, de acuerdo con el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991. Por otra parte, el legislador omitió reglamentar lo relativo a la interposición de recursos (o acceso a la segunda instancia)⁴². El

artículo 41 parágrafo 1 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estableció que las decisiones de la Superintendencia Nacional de Salud podrán ser apeladas. Estos recursos, a su vez, serán tramitados ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial-Sala Laboral. Sin embargo, la disposición normativa no consagró cuál es el término para responder dicha apelación, ni el efecto en que se concede el recurso⁴³.

1. Este vacío implica, de acuerdo con la Corte Constitucional, una indefinición en el tiempo que se demora una decisión y, por tanto, consecuencias negativas en la defensa de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud⁴⁴. Al respecto, la Corte también ha sostenido que este vacío puede ser corregido mediante una interpretación sistemática⁴⁵, si se aplica del carácter sumario de la función jurisdiccional⁴⁶. Para esta Corporación “[a] pesar de que el legislador no precisó el término (...) también puede predicarse la celeridad de la segunda instancia, dado el carácter prevalente y sumario que se le otorgó al mecanismo y la especialidad de los jueces, pues son conocedores del tipo de circunstancias y prerrogativas que envuelven estas controversias y de la necesidad de una decisión oportuna”⁴⁷.

1. La segunda situación hace referencia al objeto de la función jurisdiccional⁴⁸. La Corte Constitucional identificó que el recurso judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud sólo procede ante la negativa por parte de las EPS, mas no en aquellos casos en los cuales existe una omisión o un silencio⁴⁹. Tales circunstancias tampoco se advierten subsumidas en el literal e del artículo 6º de la Ley 1949 de 2019 que refiere a la existencia de un conflicto en el acceso a servicios no incluidos, de forma que no aplica para los expresamente excluidos y no hace mención al supuesto de silencio u omisión en la respuesta de la EPS; por tanto, existe un déficit de protección ante estos últimos casos.

1. La tercera situación se presenta ante la falta de determinación de un mecanismo que permita garantizar el cumplimiento de la decisión⁵⁰, omisión que nuevamente pone de presente un déficit de protección.

1. Finalmente, es preciso señalar otro aspecto que implica mayores exigencias en el mecanismo jurisdiccional de la Supersalud frente a la acción de tutela, y es aquel relacionado con la interposición a través de un agente oficioso. Lo anterior, toda vez que la agencia oficiosa en tutela solo se exige la manifestación expresa de quien la ejerce y que el agenciado no esté en condiciones de promover su propia defensa (f.j. 28 a 31); mientras que, ante la Superintendencia, el agente debe prestar caución y la ratificación, so pena de dar por terminada la actuación, conforme al artículo 57 del Código General del Proceso⁵¹.

b. Situación estructural

1. Adicionalmente, la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008 convocó a varias entidades y agentes responsables del sistema de salud a una audiencia pública, mediante auto A-668 de 2018. La audiencia tenía como finalidad evidenciar las problemáticas estructurales que presenta dicho sistema, así como encontrar soluciones sustanciales y definitivas para avanzar en la superación de los obstáculos para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud⁵².

1. La Superintendencia de Salud participó en esa audiencia pública celebrada el seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), e indicó que⁵³: a) para la entidad es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los diez (10) días que otorga como término la ley; b) existe un retraso entre dos (2) y tres (3) años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico –por ejemplo, reclamaciones por licencias de paternidad–; c) la Superintendencia de salud no cuenta en sus regionales con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se presentan fuera de Bogotá –en especial, carece de personal especializado suficiente en las superintendencias regionales y existe una fuerte

dependencia de la sede en el Distrito Capital-.

1. Recientemente, la Superintendencia indicó que sus regionales solo tienen alcance en 312 municipios y que entre agosto de 2019 y junio de 2020 emitió 2261 sentencias en ejercicio de la función jurisdiccional, sin embargo, no expuso el tiempo que le tomó proferir dichas decisiones; motivo por el cual no es posible colegir que se hayan superado las dificultades reconocidas en el 2018⁵⁴.

c. Alcance de la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud

1. Las situaciones normativas y la estructural le permitieron a la Corte Constitucional concluir que la Superintendencia de Salud tiene una capacidad limitada respecto a sus competencias jurisdiccionales. Por ello, mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos⁵⁵.

1. Debe tenerse en cuenta, además, que una vez superadas dichas dificultades, la acción jurisdiccional no desplaza totalmente a la acción de tutela. La Corte Constitucional ha sostenido que el agotamiento de la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud no constituye un requisito ineludible para satisfacer la subsidiariedad de la acción de tutela; por el contrario, el juez de tutela deberá verificar varios elementos⁵⁶: a) si la función jurisdiccional es idónea y eficaz⁵⁷; b) si el asunto versa sobre la negativa o la omisión en prestación de servicios y tecnologías en salud y; c) la posible afectación de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección, como los niños y los adultos mayores⁵⁸.

i. Inmediatez

1. El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia establece que las personas tendrán la acción de tutela para reclamar, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

1. Sobre la inmediatez ha sostenido la Corte Constitucional que, si bien no existe un término de caducidad para la interposición de la acción de tutela, ésta si debe hacerse en un tiempo razonable⁵⁹, de lo contrario se desnaturalizaría la función de protección urgente de la acción de tutela.

1. Por tiempo razonable se entiende, a su vez, que haya pasado un tiempo prudencial y adecuado⁶⁰, el cual debe ser estudiado por el juez según las circunstancias particulares del caso⁶¹. Sin embargo, este requisito no es exigible, según la jurisprudencia constitucional, cuando, además de estar ante una persona de especial protección constitucional, se verifique⁶²: a) que la vulneración es permanente en el tiempo y; b) que debido a la especial situación de la persona, se convierta en desproporcionado adjudicarle la carga de acudir ante un juez, como lo son los casos de personas en estado de indefensión, de interdicción, de abandono, de minoría de edad, de incapacidad física, entre otros.

i. Carencia actual de objeto

1. La jurisprudencia constitucional ha determinado como requisito de procedencia que no se configure la carencia actual de objeto, es decir, que el objeto de la acción de tutela se extinga y, por tanto, la acción de tutela pierda su razón de ser⁶³ o la sentencia a proferir

pierda toda fuerza⁶⁴. La carencia de objeto se da, a su vez, por tres posibles situaciones⁶⁵: a) el daño consumado; b) el hecho superado y; c) la situación sobreviniente. En el presente caso se enunciarán las reglas del hecho superado y de la situación sobreviniente.

a. Hecho superado

1. El hecho superado deriva del carácter inmediato de la acción de tutela -artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado en el artículo 24 inciso 1 del Decreto 2591 de 1991- y se entiende como la extinción de la finalidad de la acción de tutela por una variación en los hechos que dieron origen a la vulneración del derecho fundamental⁶⁶.

1. El hecho superado se configura, cuando durante el trámite de la acción de tutela -desde la interposición de la acción hasta antes del fallo- ocurre la alteración o variación⁶⁷ del patrón fáctico que la motiva⁶⁸. La variación consiste, por su parte, en que los hechos que dieron origen a la tutela queden definidos⁶⁹, es decir, que la vulneración o amenaza del derecho fundamental se extinga por cualquier causa⁷⁰ como, p. ej.: a) la cesación de la acción estatal que vulnera el derecho⁷¹; b) la realización de la acción que la autoridad había omitido o denegado⁷², o; c) la reparación del derecho⁷³. El efecto de la variación es la extinción de la finalidad de la acción de tutela, es decir, la pretensión contenida en la acción de tutela es satisfecha antes de que el juez emita fallo⁷⁴. Esto hace que la decisión que el juez pudiese adoptar respecto al caso concreto resulte inocua y, por tanto, que la acción de tutela pierda su razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial⁷⁵.

1. La Corte Constitucional ha indicado también que, ante una posible carencia actual de objeto, le corresponde al juez de tutela constatar que⁷⁶: a) lo pretendido en la acción de tutela se ha satisfecho por completo y; b) que la entidad demandada haya actuado voluntariamente.

b. Situación sobreviniente

1. La Corte Constitucional ha reconocido en los últimos años una tercera forma de carencia actual de objeto, denominada situación sobreviniente y que no encaja en el daño consumado o en el hecho superado⁷⁷. Ella se define como la ocurrencia de una situación, la cual no tiene origen en la conducta del accionado y hace que la protección solicitada no sea necesaria⁷⁸. Esta se puede dar, por ejemplo, cuando el accionante asume la carga que no le correspondía, pierde interés en el resultado de la litis, o es imposible que la pretensión se lleve a cabo⁷⁹. En materia de salud, la carencia actual de objeto puede darse cuando el usuario del Sistema General de Salud y de Seguridad Social fallece⁸⁰ y dicha situación no se debe al comportamiento del médico tratante, del hospital o de la EPS.

c. Deber de pronunciamiento del juez de tutela

1. La Corte Constitucional unificó su jurisprudencia en torno a la carencia actual de objeto, así como al deber de pronunciarse de fondo en los casos en donde ella se configura, mediante la sentencia SU-522 de 2019.

1. Para el presente caso, dicha sentencia indicó que no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo, cuando se configura un hecho superado o una situación sobreviniente. Sin embargo, en sede revisión o unificación ante la Corte Constitucional, se podrá emitir un pronunciamiento de fondo, cuando⁸¹: a) sea necesario llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan; b) deba advertirse la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; c) se requiera corregir las decisiones judiciales de instancia o; d) se deba avanzar en la comprensión de un derecho fundamental.

i. Verificación de los requisitos de procedencia

a. Carencia actual de objeto por situación sobreviniente

1. La Corte Constitucional considera que en los siguientes casos se configura una carencia actual de objeto, ya que los agenciados fallecieron durante el trámite de revisión de la acción de tutela debido a situaciones relacionadas con la enfermedad o su edad (supra f.j. 10). Asimismo, en los expedientes se verificó que las EPS accionadas prestaron los servicios médicos y suministraron los insumos médicos necesarios para el tratamiento de los usuarios que, si bien eran requeridos para que los usuarios pudieran afrontar los padecimientos en condiciones dignas, no eran determinantes para mantener las funciones vitales.

1. Los casos en los cuales se declarará carencia actual de objeto por fallecimiento de los usuarios son los siguientes:

Caso

Expediente

Nombre

01

T-4.682.705

Alcira Urueña de Maya

02

T-4.682.892

José Aldemar Romero Duque

03

T-4.693.923

Manuel Enrique Herrera Morales

04

T-4.705.053

Aristarco Romero García

05

T-4.708.213

Heraldo Antonio Rivillas Montoya

T-4.782.455

Bertilda Inés Gutiérrez Borja

07

T-4.783.590

Elcira Motta de Becerra

08

T-4.786.090

Edelmira Parada Ruiz

09

T-4.791.687

Oliva Reyes de Gadban

10

T-4.796.573

Herlinda Preciado Montaña

11

T-4.831.896

Josefina Gómez de López

12

T-4.847.464

María Celina Contreras Pérez

13

T-4.848.232

Joselin Puentes Rodríguez

14

T-4.852.755

15

T-4.883.565

María Graciela Montoya Monsalve

16

T-4.886.606

Aliria Osorio de Camargo

17

T-4.893.416

Héctor Alonso Solarte

18

T-4.918.485

María Elisa Castro de Pedreros

19

T-4.925.320

Ana Cristina García

20

T-4.926.429

Flor Stella González de González

b. Carencia por hecho superado

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional estableció contacto con algunos de los usuarios, quienes manifestaron que, entre la fecha de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo de unificación, las EPS autorizaron la prestación de servicios y el suministro de tecnologías en salud. Asimismo, la Corte Constitucional verificó que, en uno de

los casos, la EPS autorizó el suministro de los insumos médicos durante el trámite de tutela en las respectivas instancias. En ese sentido, la conducta que amenazaba el derecho fundamental a la salud de los usuarios desapareció. Los casos en los cuales se verificó la configuración de un hecho superado son los siguientes:

α. Expediente T-4.791.082

1. Como se indicó en la consideración 13, Rodolfo Gelasio Sánchez recibe todos los servicios y tecnologías en salud requeridos para su tratamiento. Para soportar la información, se envió prescripciones médicas del dieciséis (16) de marzo, dieciocho (18) de mayo, veintiuno (21) de julio, veintinueve (29) de septiembre y 28 de octubre de dos mil veinte, que formulan ciento veinte (120) pañales mensuales, valoración médica domiciliaria cada tres (03) meses, valoración inicial por terapia del lenguaje domiciliaria, valoración inicial por terapia ocupacional domiciliaria, doce (12) latas de Ensure en polvo para tres (03) meses, seis (06) frascos de crema Lubriderm cuatrocientos mililitros (400 ml) para tres (03) meses, seis (06) paquetes de pañitos húmedos de cien (100) unidades para tres (03) meses, tres (03) cajas de cien (100) unidades de guantes de manejo para tres (03) meses y noventa (90) paquetes de gasas estériles no tejidas para tres (03) meses. Asimismo, se entregó prescripción médica que solicita una cirugía para pie y tobillo, así como el plan de manejo del trece (13) de abril de dos mil veinte (2020), que reconoce el servicio complementario de transporte ambulatorio diferente a ambulancia, no incluido en el PBS.

1. La prestación y suministro de estos servicios y tecnologías en salud no se debe, a su vez, a la orden proferida por el juez de instancia⁸² ni a una orden proferida por esta Corporación durante la revisión del expediente. Por el contrario, obedece a la evolución del estado de salud del usuario, así como a las determinaciones del profesional en salud tratante.

1. Por tanto, se procederá a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

γ. Expediente T-4.831.732

1. Esther Lucía Guzmán Sierra afirma que la Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Armadas no le han suministrado a Juan Bautista Mercado González los ciento ochenta (180) pañales mensuales ni le ha prestado el servicio de enfermería especializada.

1. Sin embargo, en el expediente se verifica que el médico tratante le prescribió mediante fórmula médica el uso de ciento ochenta (180) pañales⁸³, los cuales fueron autorizados por la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Armadas⁸⁴. Asimismo, la entidad autorizó el suministro de medicamentos y la prestación del servicio de visitas domiciliarias periódicas.

1. Este suministro no se debe, a su vez, a una orden proferida por un juez de instancia ni a una medida provisional de la Corte Constitucional. En consecuencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional estima que se configuró un hecho superado respecto a la prestación del servicio de medicina domiciliaria y al suministro de pañales.

δ. Expediente T-4.832.661

1. Por ello, la Corte Constitucional considera que se configuró carencia actual de objeto por hecho superado y no procederá a hacer un estudio de fondo sobre este caso.

ε. Expediente T-4.835.720

1. Como se indicó en la consideración 15, Mercedes Ríos de Toro recibe los pañales. Para ello, el despacho del magistrado sustanciador recibió el plan de manejo del veintitrés (23) de abril de dos mil veinte, que reconoce el suministro de seis (06) pañales desechables para adulto talla L diarios.

1. Este suministro no se debe, a su vez, a una orden proferida por un juez de instancia⁸⁵ ni a una medida provisional de la Corte Constitucional. Por ello, esta Corporación entiende que se ha configurado la carencia actual de objeto por hecho superado.

ζ. Expediente T-4.900.966

1. Como se indicó en la consideración 16, Gloria Gutiérrez de Oviedo se encuentra en el hogar geriátrico “El ocaso de los años” y recibe los servicios y tecnologías en salud, a excepción del servicio de enfermería. De acuerdo con la información suministrada por el hogar, la EPS ha negado la prestación de este servicio, pues el hogar tiene como función la prestación del servicio y atención de quienes viven en él, en especial, de la prestación del servicio de enfermería.

1. El suministro de los servicios y tecnologías en salud requeridos por Gloria Gutiérrez de Oviedo, así como el estudio y negativa por parte de la EPS respecto al servicio de enfermería, no se han realizado en virtud de una decisión judicial⁸⁶ o de alguna medida provisional proferida por esta Corporación. Por tanto, se entiende que se ha configurado la carencia actual de objeto por hecho superado.

η. Expediente T-4.901.031

1. Como se indicó en la consideración 18, Rafael Enrique Mariño Jaimes informó que recibe los servicios y tecnologías en salud que corresponden a su tratamiento y aportó registro fotográfico del colchón anti-escaras otorgado por la EPS, así como prescripción médica del cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020), que ordena el suministro de trescientos sesenta (360) pañales Tena Slip talla M para tres (03) meses.

1. Este suministro no se debe, a su vez, a una orden proferida por un juez de instancia ni a una medida provisional de la Corte Constitucional. Por ello, esta Corporación considera que se configuró carencia actual de objeto por hecho superado y no procederá a hacer un estudio de fondo sobre este caso.

c. Verificación de los otros casos

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional procede a verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia en los demás casos.

aa. Expediente T-4.681.096

1. Juana Nelly Rodríguez interpuso la acción de tutela a nombre propio. Por ello, se entiende satisfecho el requisito de titularidad de la acción. El recurso de amparo cumple, a su vez, el requisito de destinatario de la acción, pues la EPS es, conforme al artículo 42 numeral 2 del Decreto 2591 de 1991, la encargada de la prestación del servicio público de salud.

1. La acción de tutela también acredita los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Por una parte, Juana Nelly Rodríguez es una persona adulto mayor, que se encuentra en un estado de salud precario y no cuenta con otro mecanismo para la defensa de su derecho fundamental a la salud, toda vez que en el fundamento jurídico 53, la Corte concluyó que la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud enfrenta vacíos normativos y problemas estructurales que le impiden ser considerado un mecanismo eficaz. Por otra parte, el suministro de insumos médicos es una prestación periódica y, en consecuencia, puede interponerla en cualquier momento.

1. En conclusión, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia y estudiará el fondo del asunto.

bb. Expediente T-4.683.196

1. Mariela Fori Paz manifestó que la acción de tutela la interpuso para proteger los derechos fundamentales de Miguel Ángel Larrahondo Fory; además la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que el agenciado no se encuentra en capacidad de defender sus derechos por sí mismo, debido a que padece de retraso psicomotor, síndrome convulsivo, sordera, déficit visual, entre otros. Por ello se entiende satisfecho el requisito de titularidad de la acción. El recurso de amparo satisface también el requisito de destinatario de la acción (legitimación por pasiva), pues Emssanar EPS es una entidad responsable del servicio público de salud, subsumible en el artículo 42 numeral 2 del Decreto 2591 de 1991.

1. La acción de tutela también cumple con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Por una parte, Miguel Ángel Larrahondo se encuentra en un estado de salud precario y no cuenta con otro mecanismo para la defensa de su derecho fundamental a la salud, toda vez que en el fundamento jurídico 53, la Corte concluyó que la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud enfrenta vacíos normativos y problemas estructurales

que le impiden ser considerado un mecanismo eficaz. Por otra parte, el suministro de insumos médicos es una prestación periódica y, en consecuencia, puede interponerla en cualquier momento.

1. En conclusión, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia y estudiará el fondo del asunto.

cc. Expediente T-4.852.012

1. María Esperanza Quintero Ruiz interpone acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de su hija, Isabella Aguirre Quintero –seis (06) años-. Por ello se entiende satisfecho el requisito de titularidad de la acción. El recurso de amparo satisface también el requisito de destinatario de la acción (legitimación por pasiva), pues Emssanar EPS es una entidad responsable del servicio público de salud, subsumible en el artículo 42 numeral 2 del Decreto 2591 de 1991.

1. La acción de tutela también cumple con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Por una parte, Isabella Aguirre Quintero es una menor de seis (6) años, que se encuentra en un estado de salud precario y no cuenta con otro mecanismo para la defensa de su derecho fundamental a la salud, toda vez que en el fundamento jurídico 53, la Corte concluyó que la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud enfrenta vacíos normativos y problemas estructurales que le impiden ser considerado un mecanismo eficaz. Por otra parte, el suministro de insumos y la prestación de servicios médicos es una prestación periódica y, en consecuencia, puede interponerla en cualquier momento.

1. En conclusión, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la acción de tutela

cumple con los requisitos de procedencia y estudiará el fondo del asunto.

dd. Expediente T-4.926.429

1. Alexandra Jazmín González González interpone acción de tutela contra Cafesalud, para que le sea amparado el derecho fundamental a la salud de su hija Wendy Tatiana Ramos González y, en consecuencia, se le suministre pañales y pañitos húmedos. La usuaria padece de retraso mental severo, epilepsia focal y esclerosis tuberosa.

1. Alexandra González es madre de Wendy Tatiana Ramos y, por ello, se entiende satisfecho el requisito de titularidad de la acción. Ahora bien, en este caso la accionada es Cafesalud, una EPS que se encuentra liquidada. Luego de revisar en el sistema BDUA-ADRES, se determinó que Wendy Tatiana Ramos Gonzáles se encuentra afiliada a Medimás EPS en el régimen subsidiado. La Corte considera que, de acuerdo con la sentencia T-673 de 2017, Cafesalud le cedió a Medimás EPS los activos, los pasivos, los contratos y los afiliados. Esta operación fue autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud el diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017). Esta cesión implica, a su vez y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación⁸⁷, efectos sustanciales y adjetivos, puesto que, en relación con estos últimos, genera la alteración de la parte y la asunción de la posición jurídica procesal del cedente en el estado en que se encuentre el proceso y la posibilidad de que los contratantes o beneficiarios cedidos puedan ejercer contra el cesionario las mismas acciones que tenía frente al cedente, siempre que no exista disposición legal o reglamentaria en contrario⁸⁸.

1. La acción de tutela también cumple con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Por una parte, Wendy Tatiana Ramos González es una persona que no puede valerse por sí misma, que se encuentra en un estado de salud precario y no cuenta con otro mecanismo para la defensa de su derecho fundamental a la salud, toda vez que en el fundamento

jurídico 53, la Corte concluyó que la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud enfrenta vacíos normativos y problemas estructurales que le impiden ser considerado un mecanismo eficaz. Por otra parte, el suministro de insumos y la prestación de servicios médicos es una prestación periódica y, en consecuencia, puede interponerla en cualquier momento.

1. En conclusión, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia y estudiará el fondo del asunto.

ee. Expediente T-4.930.312

1. Diana Marcela Madrigal Espinoza interpone acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de su hija, Valentina Martínez de Madrigal. Ella tiene diecinueve años y sufre, entre otras, parálisis cerebral severa. Por ello se entiende satisfecho el requisito de titularidad de la acción. El recurso de amparo satisface también el requisito de destinatario de la acción (legitimación por pasiva), pues Saludcoop EPS era la entidad a la que se encontraba afiliada y en consecuencia la responsable del servicio público de salud, subsumible en el artículo 42 numeral 2 del Decreto 2591 de 1991.

1. La acción de tutela también cumple con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Por una parte, Valentina Martínez de Madrigal es una persona que no puede valerse por sí misma, que se encuentra en un estado de salud precario y no cuenta con otro mecanismo para la defensa de su derecho fundamental a la salud, toda vez que en el fundamento jurídico 53, la Corte concluyó que la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud enfrenta vacíos normativos y problemas estructurales que le impiden ser considerado un mecanismo eficaz. Por otra parte, el suministro de insumos y la prestación de servicios médicos es una prestación periódica y, en consecuencia, puede interponerla en cualquier momento.

1. En conclusión, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia y estudiará el fondo del asunto.

D. Análisis material de la acción de tutela

1. El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia consagra que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

1. La salud, considerada en abstracto, comprende dos facetas generales⁸⁹: a) meta estatal y; b) derecho fundamental.

a. Meta estatal

1. La salud constituye una meta para el Estado Colombiano, conforme al artículo 2 en concordancia con el artículo 49 inciso 1 de la Constitución Política de Colombia. Ello significa que es un fin esencial para el Estado garantizar la salud de las personas y, para ello, aquel debe diseñar, ejecutar y vigilar las políticas públicas⁹⁰, así como los proyectos y las acciones concretas.

aa. Modelos de políticas

1. Las políticas públicas, a su vez, deben considerar distintos modelos relacionados con el cuidado y la prestación de servicios y tecnologías en salud. Estos modelos podrían dividirse en dos grandes grupos: a) la familiarización del cuidado; b) el régimen desfamiliarizador.

1. La familiarización del cuidado consiste en desplazar tareas estatales relacionadas con la salud a los particulares⁹¹. Para ello, el Estado asume algunas actividades básicas de cuidado y los financia a través de impuestos, mientras que las demás actividades las asumen las familias, principalmente, y las empresas⁹². Este modelo presume que en el núcleo familiar existen personas dispuestas a atender las necesidades de del familiar enfermo⁹³.

1. El régimen desfamiliarizador, por el contrario, reconoce que hay una derivación de los cuidados hacia las instituciones públicas y hacia el mercado⁹⁴. La forma en como éstas asumen las responsabilidades en torno al cuidado es diferente.

1. El Estado goza de un margen de apreciación para asumir uno u otro modelo. Sin embargo, su elección está condicionada a varios elementos. El primero de ellos consiste en reconocer que el cuidado es un elemento de la salud y, por tanto, no puede ser tratado como un mero asunto económico, sino como un elemento esencial del derecho fundamental. El segundo elemento consiste en que no se puede desconocer el goce de derechos fundamentales de quienes participan en las actividades de cuidado. Por ejemplo, el Estado no puede obligar a una persona a cuidar a un familiar suyo, si esto implica que debe renunciar a su proyecto de vida (dignidad humana y autodeterminación), al ejercicio de profesión u oficio, así como del trabajo, entre otros. El tercer elemento hace referencia a que el Estado no puede asumir ni distribuir cargas bajo el criterio del estereotipo; ello significa: a) que el legislador no puede consagrar normas que obliguen a las a mujeres a cuidar a sus familiares por el hecho de ser madres, hermanas, hijas o amas de casa, y; b) que las EPS no pueden negar la prestación de un servicio o tecnología –como el servicio de cuidador– con el argumento de que el usuario cuenta con el apoyo de su esposa, madre o hija. El cuarto elemento es la capacidad institucional. Esto significa que el Estado debe destinar recursos y vigilar su adecuado uso

por parte de los responsables.

bb. Modelo asumido por la Ley 1751 de 2015

1. El Congreso de la República reglamentó el derecho fundamental a la salud y la forma en que éste se garantiza mediante la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones (en adelante Ley estatutaria de salud-LeS). En ella, el legislador identificó cuáles elementos hacen parte al ámbito irreductible de protección⁹⁵ y cuáles son las reglas aplicables en materia de prestación de servicios y tecnologías en salud.

1. La LeS asume un modelo intermedio, en el cual se distribuyen cargas entre el Estado, las familias y otros agentes, pero, al mismo tiempo, prevé un incremento progresivo en las tareas asumidas por el primero. Al respecto, el Congreso de la República manifestó que, si bien la garantía del derecho a la salud se concreta en un plan de beneficios exigible, existirán casos en los cuales algunos servicios y tecnologías en salud no estarán incluidos en el plan. Por ello, se deberá incentivar la corresponsabilidad de los individuos y de las familias, por medio de su autocuidado⁹⁶; pero, al mismo tiempo, el Congreso de la República indicó que el plan de beneficios en salud debe tener en cuenta los principios constitucionales desarrollados por la jurisprudencia constitucional⁹⁷, entre ellos la progresividad de la cobertura universal⁹⁸.

1. Este modelo se concreta en algunas normas, entre ellas los literales g) y j) del artículo 6. El segundo literal consagra que el sistema de salud está basado en el mutuo apoyo entre las personas (modelo de familiarización), generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades; mientras que el primero establece que el Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de la capacidad instalada del sistema de

salud y el mejoramiento del talento humano (régimen desfamiliarizador), así como la reducción gradual de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

1. La LeS tiene, además, dos aspectos importantes, desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación. El primero consiste en la incorporación de principios relacionados con la salud, entre los cuales deben mencionarse la integralidad y la progresividad⁹⁹. El segundo aspecto consiste en que se remplace el plan obligatorio de salud por el plan de beneficios en salud, el cual se caracteriza, por un lado, en invertir el sistema de exclusión¹⁰⁰ -todo aquello que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por tanto, los usuarios del sistema tienen derecho a que se les suministre- y, por otro lado, en proteger a las personas que sufren enfermedades huérfanas, de acuerdo con el artículo parágrafo 3 de la LeS.

b. Derecho fundamental

1. La salud como derecho fundamental se discutió durante los primeros años de la vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991; sin embargo, este debate se superó jurisprudencialmente con la sentencia T-859 de 2003¹⁰¹ y posteriormente con la sentencia T-760 de 2008¹⁰², y normativamente con la LeS, que en el artículo 2 consagró que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo.

aa. Titularidad del derecho

1. El derecho a la salud es un derecho universal. Ello significa que toda persona, sin distinción alguna, tiene el derecho a acceder al servicio público de atención en salud. Sin embargo, el artículo 49 inciso 1 en concordancia con el artículo 13 inciso 3 de la Constitución Política de Colombia reconoce que ciertos grupos pueden gozar de una protección reforzada o ser titulares de ciertos contenidos concretos (escenarios constitucionales). Lo anterior fue

recogido por la Ley 1751 de 2015 que en parágrafo del artículo 6 señaló que a pesar de que los principios del derecho fundamental a la salud se deben interpretar de manera armónica y sin privilegiar uno frente a otro, ello no impide que se adopten acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional. Para el presente caso, son de relevancia los menores, los adultos mayores y personas en situación de discapacidad.

α. Niñas, niños y adolescentes

1. El artículo 44 inciso 1 de la Constitución Política de Colombia establece que la salud y la seguridad social, entre otros, son derechos fundamentales de los niños. El artículo 44 inciso 3 de la Constitución Política de Colombia consagró, además, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

1. La Corte Constitucional ha sostenido que los niños requieren de especial protección constitucional, debido a su condición de vulnerabilidad, susceptibilidad e indefensión¹⁰³. El carácter de especial protección significa, por un lado, que los derechos de los niños deben interpretarse junto con el principio de dignidad y, por otro lado, que éstos gozan de una protección prevalente cuando se presentan conflictos con otros intereses¹⁰⁴.

1. En materia de salud, la jurisprudencia constitucional ha integrado el derecho a la salud con el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual consagra que la salud comprende el disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación¹⁰⁵. Por ello, la Corte Constitucional ha ordenado reiteradamente a las EPS tomar las medidas tendientes a proteger y garantizar los derechos de esta población¹⁰⁶.

β. Adultos mayores

1. El artículo 49 inciso 1 de la Constitución Política de Colombia consagra que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

1. Los adultos mayores son sujetos de especial protección, debido a que se encuentran en una situación de desventaja¹⁰⁷ por la pérdida de sus capacidades causada por el paso de los años. Según la Corte Constitucional, los adultos mayores sufren del desgaste natural de su organismo y, con ello, del deterioro progresivo e irreversible de su salud, lo cual implica el padecimiento de diversas enfermedades propias de la vejez¹⁰⁸. Lo anterior requiere, en consecuencia, que se garantice a los adultos mayores la prestación de los servicios de la salud que requieran¹⁰⁹.

1. El carácter de especial protección implica, por una parte, que los derechos fundamentales de los adultos mayores deben interpretarse en concordancia con el principio de dignidad humana¹¹⁰ y con las observaciones generales No. 14 (párrafo 25) y 6 (párrafos 34 y 35) y, por otra parte, que la protección de dichos derechos es prevalente¹¹¹. En otras palabras, la defensa de los derechos fundamentales de los adultos mayores es de relevancia trascendental¹¹².

γ. Personas en situación de discapacidad

1. La Constitución Política impone al Estado el deber de proteger de manera especial a aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Asimismo, el artículo 47 le exige al Estado desarrollar

una “política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (...)”. Dichos contenidos constitucionales están llamados a integrar el concepto de salud que desarrolla el artículo 49 constitucional. Por su parte, la Ley 1618 de 2013¹¹³ describe que el derecho a la salud de las personas con discapacidad comprende el acceso a los procesos de habilitación y rehabilitación integral respetando sus necesidades y posibilidades específicas con el objetivo de lograr y mantener la máxima autonomía e independencia, en su capacidad física, mental y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Además, determina que el Ministerio de Salud y Protección Social debe asegurar que el Sistema General de Salud garantice la calidad y prestación oportuna de todos los servicios de salud, así como el suministro de todos los servicios y ayudas técnicas de alta y baja complejidad, necesarias para la habilitación y rehabilitación integral en salud de las personas con discapacidad¹¹⁴.

bb. Dimensiones

1. El derecho a la salud comprende una dimensión positiva y una negativa.

α. Dimensión negativa

1. El Estado colombiano debe abstenerse de emplear cualquier mecanismo que limite el acceso a garantías básicas para preservar la dignidad de una persona enferma y debe eliminar las barreras para que las personas con limitaciones patológicas para realizar sus necesidades fisiológicas de manera autónoma puedan acceder a los insumos y/o elementos para la salud indispensables para mitigar el efecto de tal fenómeno.

β. Dimensión positiva

1. El Estado debe también materializar su compromiso político mediante la adopción de políticas públicas que hagan realidad las disposiciones normativas de garantía, acceso y calidad en la prestación de servicios necesarios para garantizar el derecho a la salud, teniendo en cuenta que tal garantía ius fundamental no puede entenderse como contraposición a la enfermedad, sino también como cursos de acción que la prevengan.

cc. Contenido del derecho

1. La Corte Constitucional entendió en un primer momento la salud como el mantenimiento de la vida en general -simplemente como existencia biológica¹¹⁵- y la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas¹¹⁶. Por existencia en condiciones dignas se entiende que el ser humano debe contar con las condiciones necesarias para desarrollar sus facultades en la medida de lo posible¹¹⁷ y, en concreto, que tiene el derecho a llevar sus padecimientos de tal forma que no se afecte su calidad de vida¹¹⁸.

1. En ese sentido, la Corte Constitucional se apoyaba en instrumentos internacionales y definía la salud como el estado de completo bienestar -nivel adecuado de vida- físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades¹¹⁹.

1. La Corte modificó¹²⁰ esta definición y se apoyó en la Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este comité no se apoyó en la definición contenida en el preámbulo de la constitución de la Organización Mundial de la Salud, que hace referencia al bienestar físico, mental y social¹²¹; el comité empleó la expresión “más alto nivel posible de salud”. Sobre esto explicó que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo

a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano¹²².

1. Este concepto, a su vez, comprende distintos escenarios constitucionales, entre los cuales se encuentra la prestación y el suministro de servicios y tecnologías en salud.

i. Servicios y tecnologías en salud antes de la Ley 1751 de 2015

1. La prestación de servicios y tecnologías en salud se rigió, en un primer momento, por la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. El artículo 156 literal c) de la Ley 100 de 1993 consagró el POS, que se definía como el plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgico y medicamentos esenciales. Su finalidad era garantizar la protección integral de las familias, la maternidad y la enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías¹²³

1. En materia de suministro de servicios y tecnologías en salud, el POS se regía por un sistema de inclusión y exclusión expresa¹²⁴. Las actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos que se encontrasen expresamente reconocidos en la ley y en las normas complementarias o reglamentarias tenían financiación por el sistema de Unidad per Cápita¹²⁵; mientras que, si el servicio o tecnología se encontraba excluida, no podía prestarse y, en principio, correspondía al usuario o su familia sufragar su prestación o suministro.

1. Junto con las inclusiones y exclusiones explícitas, la jurisprudencia constitucional identificó una tercera categoría, a saber, los servicios y tecnologías en salud que no se encontraban en las normas legales y reglamentarias¹²⁶. La prestación o suministro de aquellas no constituía,

en principio, una obligación para las EPS.

1. Pese a esta distinción, la jurisprudencia constitucional fijó unas reglas para la prestación de servicios y el suministro de tecnologías en salud no incluidos y excluidos. El punto de partida fue el concepto de necesidad¹²⁷ -o la expresión que requiera-, que permite diferenciar entre los medicamentos y tratamientos expresamente incluidos, los expresamente excluidos y los no incluidos, y los que son necesarios para la salud, sin importar que se encuentren excluidos o no incluidos.

1. La Corte recalcó que la regulación guardó silencio sobre los medicamentos y tratamientos necesarios y que, después, el legislador indicó que, si el medicamento o tratamiento no se encontraba expresamente incluido, no podría suministrarse o prestarse¹²⁸.

1. Esto implicaba que, si una persona padecía una enfermedad cuyo medicamento o tratamiento se encontraba excluido o no se incluía expresamente en el POS, ella debía sufragarlo¹²⁹. Sin embargo, la jurisprudencia recordó que la necesidad implicaba revisar la capacidad económica del paciente o sus familiares, pues obligar a alguien que no tiene recursos a sufragar por su cuenta los costos de un medicamento, sería desconocer el Estado Social de Derecho, así como el derecho a acceder a los servicios en salud¹³⁰.

1. La jurisprudencia constitucional estableció entonces que tratamientos, medicamentos e insumos -entre otros- excluidos o que no se encontraban en el POS podían ser suministrados por vía de tutela, siempre y cuando se comprobase¹³¹: a) que la falta del medicamento o tratamiento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de estos altera condiciones de existencia digna; b) que el medicamento o tratamiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure en el POS; c) el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo del medicamento o del

tratamiento respectivo y , d) el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante.

1. Finalmente, se identificó una cuarta categoría que consistía en aquellos servicios y tecnologías en salud que no guardaban relación alguna con la salud. La Corte entendió que su exclusión no desconocía aspectos importantes de la salud o de la vida del interesado¹³² y, en consecuencia, las EPS no se encontraban obligadas a prestarlos.

i. Servicios y tecnologías en salud con la Ley 1751 de 2015

1. La Corte Constitucional constató en el 2008 que la interpretación y aplicación del modelo fijado por la Ley 100 de 1993 hacía engorroso o muy difícil el acceso a los servicios y tecnologías en salud. Por ello, esta Corporación dispuso que se diera cumplimiento al mandato contenido en el parágrafo 2 del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, sobre la actualización integral del POS, así como su actualización periódica¹³³; las cuales deberían atender los criterios establecidos en la sentencia T-760 de 2008¹³⁴.

1. El legislador abordó la problemática identificada por la Corte Constitucional¹³⁵ y promulgó la LeS. Esta ley se caracteriza por retomar la jurisprudencia constitucional y declarar el derecho a la salud como fundamental¹³⁶. El cuerpo normativo desarrolló, además, la dimensión positiva del derecho fundamental a través del sistema de salud y que lo definió en el artículo 4 LeS como el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.

1. La LeS modificó el POS y, a partir de ella, se denominó Plan de Beneficios en Salud. Éste se considera parte del ámbito irreductible del derecho fundamental a la salud¹³⁷ y se garantiza mediante la prestación de servicios y tecnologías en salud, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, conforme al artículo 15 inciso 1 de LeS.

1. El legislador abandonó el modelo de inclusiones expresas, inclusiones implícitas y exclusiones explícitas, y propuso un sistema de exclusiones explícitas, donde todo aquel servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido. Ello puede verificarse en el curso del proceso legislativo del proyecto de la LeS. En la ponencia ante el Senado, se indicó que la filosofía de la ley consiste en que “todos los bienes y servicios que en materia de salud requiera un individuo se encuentren cubiertos” a menos que se trate de aquellos que constituyen un límite al derecho fundamental a la salud¹³⁸, los cuales se encontrarán en una lista expresa de exclusiones¹³⁹. En sentido similar, la ponencia presentada y aprobada ante la Cámara de Representantes indicó que el derecho fundamental a la salud se garantiza por medio de un plan de salud implícito para todas las personas¹⁴⁰ y, en caso de que los servicios y tecnologías en salud “no cumplan con los criterios científicos o de necesidad, serán explícitamente excluidos por la autoridad competente, previo un procedimiento técnico científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente”¹⁴¹.

1. Este razonamiento se plasmó en el artículo 15 de la LeS, que puede considerarse estructurado en dos grandes partes. La primera, hace referencia a la garantía general del derecho a la salud mediante la prestación de servicios y tecnologías en salud (artículo 15 inciso 1o de la LeS); mientras que la segunda establece cómo se compone el conjunto de servicios y tecnologías en salud excluidos de financiación con recursos públicos de la salud (artículo 15 inciso 2 de la LeS), así como los parámetros para fijar la lista de exclusión (artículo 15 incisos 3 y 4 de la LeS) y las reglas particulares sobre la acción de tutela y las enfermedades prácticas (artículo 15 párrafos 1, 2 y 3 de la LeS).

1. Por cuestiones metodológicas, se enunciará, en primera instancia, el sistema de exclusión explícita y, en segunda, los servicios y tecnologías en salud incluidos.

a. Sistema de exclusión

1. El artículo 15 inciso 2 de la LeS consagra una restricción al derecho fundamental a la salud, pues establece que ciertos servicios y tecnologías no serán sufragados con los recursos públicos destinados a la salud¹⁴². La finalidad de esta restricción es garantizar la sostenibilidad del sistema, según el artículo 6 literal i LeS¹⁴³, es decir, velar por la destinación efectiva de los recursos del sistema general de seguridad social en salud a la satisfacción de los asuntos realmente prioritarios, sin desconocer el ámbito irreductible de protección -núcleo esencial- del derecho fundamental a la salud¹⁴⁴, ni el deber de garantizar el nivel más alto posible de atención integral en salud y de prever una ampliación progresiva en materia de prestación de servicios y tecnologías en salud¹⁴⁵.

1. La restricción es constitucional pues, si se interpreta esta disposición junto con el artículo 8 párrafo único LeS, se puede establecer que ella está condicionada al cumplimiento de los tres requisitos que se exponen a continuación.

1. El primero consiste en que las exclusiones deben corresponder a alguno de los criterios fijados por el legislador. El artículo 15 inciso 2 LeS -revisado y condicionado por la Corte Constitucional- consagra que los servicios y tecnologías no serán financiados, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes criterios¹⁴⁶: a) que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica¹⁴⁷; c) que no exista evidencia científica sobre

su efectividad clínica; d) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) que se encuentren en fase de experimentación y, f) que tengan que ser prestados en el exterior.

1. El segundo consiste en que los criterios deben concretarse en una lista de exclusiones. Para ello, el artículo 15 inciso 3 de la LeS establece que el Ministerio de Salud deberá excluir expresamente los servicios y tecnologías en salud que se adecuen a alguno de los criterios enunciados en la consideración anterior, mediante un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente¹⁴⁸. La Corte Constitucional aclaró, además, que la exclusión del servicio y tecnología debe ser plenamente determinada¹⁴⁹, es decir, no se pueden construir listas genéricas o ambiguas, pues ellas dejan un margen de discrecionalidad demasiado amplio a las entidades responsables de la autorización y la prestación o suministro de servicios y tecnologías en salud, que podría implicar un desconocimiento al derecho fundamental a la salud y al principio de integralidad¹⁵⁰.

1. Actualmente, los servicios y tecnologías en salud excluidos de financiación con recursos públicos de la salud se encuentran contenidas en Resolución 244 de 2019, que se mencionará posteriormente para analizar los servicios y tecnologías solicitados por los accionantes y agenciados.

i. Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas. Sobre este presupuesto, la Sala Plena encuentra necesario precisar que para su superación es necesario que exista una clara afectación a la salud y no basta con la sola afirmación sobre el deterioro de la dignidad humana. De tal forma, la afectación de la salud debe ser cualificada en los anteriores

términos, comoquiera que compromete la inaplicación de las restricciones avaladas por el mecanismo participativo bajo criterios técnicos y científicos y, por consiguiente, impacta la garantía de prestación a cargo del Estado y la correlativa financiación de los servicios que se requieren.

i. Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

i. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

i. Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

1. Ahora bien, sobre la inaplicación de las exclusiones, la Corte considera pertinente hacer algunas precisiones en torno al principio de solidaridad y al concepto de capacidad económica.

1. El artículo 49 inciso 6 de la Constitución Política de Colombia consagra que toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. Este enunciado normativo contiene el principio de solidaridad, el cual consiste, por una parte, en el deber de todo ciudadano de colaborar al sistema de salud mediante sus aportes¹⁵² y, por otro lado,

en el deber de toda persona de cuidar se sí misma, así como de ayudar en el cuidado de su familia. Este deber cobra mayor relevancia cuando se está ante personas de especial protección, como lo son los niños y los adultos mayores. El artículo 44 inciso 2 oración 2 de la Constitución Política de Colombia establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar y proteger su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos; mientras que el artículo 46 inciso 1 de la Constitución Política de Colombia consagra que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

1. Lo anterior se tradujo en el artículo 6 literal j) de la LeS, el cual consagra el principio de solidaridad en salud y lo define como el apoyo mutuo entre personas, generaciones, sectores económicos, regiones y comunidades. El apoyo mutuo entre personas y generaciones significa, a su vez, que los miembros de un núcleo familiar deben apoyar a sus niños y adultos mayores, para que éstos puedan gozar efectivamente sus derechos y, en el caso concreto, puedan sobrellevar un estado de salud en condiciones dignas¹⁵³.

1. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional que el vínculo familiar se encuentra unido por diferentes lazos de afecto y se espera que, de manera espontánea, sus miembros realicen actuaciones solidarias que contribuyan al desarrollo del tratamiento, colaboren en la asistencia a las consultas y terapias, supervisen el consumo de los medicamentos y favorezcan la estabilidad y bienestar del paciente¹⁵⁴. Esto no implica, sin embargo, que el principio de solidaridad exima a las entidades responsables del servicio público de salud, pues éstas tienen la obligación de prestar los servicios médicos asistenciales que sus afiliados requieren¹⁵⁵.

1. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la solidaridad de la familia encuentra límite en su capacidad económica y en los propios proyectos de vida de sus integrantes. La Corte Constitucional ha manifestado que la capacidad financiera no debe establecerse mediante un

indicador objetivo, en el cual se contrasten los ingresos de la persona o la familia con el costo del servicio requerido, pues los ingresos son, generalmente, la fuente para satisfacer sus necesidades básicas o, en otras palabras, para garantizar su mínimo vital¹⁵⁶.

1. Ahora bien, la Corte encuentra necesario precisar que para establecer si corresponde a la familia brindar el apoyo requerido paciente, debe tenerse en cuenta que la prueba de la capacidad económica no está sometida a un régimen de tarifa legal, sino a la sana crítica. Por tanto, será el juez quien determine, en cada caso en concreto, cuáles son las pruebas e indicios pertinentes para establecer si una persona o su familia carecen de recursos.

b. Servicios y tecnologías en salud incluidas

1. El artículo 15 inciso 1 de la LeS consagra la regla general de los servicios y tecnologías en salud incluidos en el PBS. La disposición jurídica dice que el derecho fundamental a la salud se garantizará a través de la prestación de servicios y tecnologías en salud. Éstos se estructuran sobre una concepción integral de salud, que incluye su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de las secuelas.

1. La Corte Constitucional ha sostenido que esta disposición debe leerse en concordancia con el artículo 8 LeS y con la Observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵⁷. El numeral 9 de la Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho de disfrute de toda gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud¹⁵⁸; mientras que el artículo 8 inciso 1 LeS consagra que los servicios y tecnologías en salud deben prestarse de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.

1. En ese sentido, la prestación y el suministro de servicios y tecnologías deberá guiarse por el principio de integralidad, entendido como un principio esencial de la seguridad social y que se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la salud, de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que se les otorgue una protección completa en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida o adecuarla a los estándares regulares¹⁵⁹.

1. El efecto de aplicar el principio de integralidad en el sistema de inclusión puede verse en algunos enunciados normativos. El primero de ellos es el artículo 8 inciso 2 de la LeS, que establece que, en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología en salud, se entenderá que éstos comprenden todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto a la necesidad en salud diagnosticada. La Corte Constitucional ha entendido que este efecto refleja también el principio pro homine¹⁶⁰. Esto significa que la duda sobre el alcance del servicio o tecnología puede desembocar en consecuencias graves para el usuario, pues se le brindaría una atención inadecuada¹⁶¹. Por ello es necesario que la duda se resuelva bajo el criterio de garantía efectiva de derechos, así como de evitar el daño sobre quien se prestará el servicio o suministrará la tecnología en salud¹⁶².

1. El segundo enunciado normativo es el artículo 15 inciso 4 de la LeS, que establece que la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, para ampliar progresivamente los beneficios en salud. Esta disposición tiene como objeto prever las posibles situaciones que afectan la salud y reforzar el principio de progresividad y el carácter democrático del servicio de salud, conforme con el artículo 49 inciso 3 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 6 literal g de la LeS. La Corte Constitucional ha sostenido al respecto, que la aplicación del principio de progresividad implica una cierta gradualidad, es decir, que el Estado se encuentra en la obligación de ampliar el nivel de realización del derecho a la salud, así como de abstenerse a tomar medidas que sean regresivas en torno a la prestación de servicios y suministro de tecnologías en salud¹⁶³.

1. Esta lectura se traduce en dos reglas generales, aceptadas de forma pacífica por la jurisprudencia constitucional y por la reglamentación: a) se entenderá que todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido taxativamente del PBS, está incluido y; b) el Gobierno Nacional tienen la obligación de actualizar y ampliar la cobertura en materia de atención en salud¹⁶⁴.

i. Acceso a los servicios y tecnologías en salud

a. Profesional en salud y la prescripción médica

1. Para acceder a los servicios y tecnologías en salud, el usuario debe acudir el profesional en salud tratante quien dará la prescripción médica. Se trata del médico u odontólogo que atiende al usuario en medicina general, en odontología general o en urgencias, según los artículos 10 y 11 de la Resolución 3512 de 2019. La prescripción es el acto del profesional tratante mediante el cual se ordena un servicio o tecnología o se remite al paciente a alguna especialidad médica. El artículo 39 de la Resolución 3512 de 2019 indica que la prescripción deberá emplear la denominación común internacional.

1. La normativa consagra que los servicios y tecnologías en salud deben ser prescritos (de acuerdo con unas reglas específicas) por el profesional de salud tratante.

1. Éste es una persona competente, enriquecida con educación continua e investigación y una evaluación oportuna, según el artículo 6 literal d) de la LeS. Los profesionales en salud gozan de autonomía para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes y no podrán ser presionados por otros actores, conforme al artículo 17 de la LeS.

1. La pregunta que surge es si el profesional en salud debe cumplir con algún requisito para poder prescribir los servicios o tecnologías en salud. Una lectura sistemática del artículo 11 de la Resolución 3512 de 2019 y del artículo 5 inciso 1 de la Resolución 1885 de 2018 ofrecería algunos elementos. La primera disposición jurídica indica que toda persona deberá adscribirse, según su elección, en alguna de las IPS de la red de prestadores conformada por la EPS o la entidad que haga sus veces, para que de esta manera se pueda beneficiar de todas las actividades de promoción de la salud, de atención ambulatoria, de prevención de riesgos y de recuperación de la salud. La segunda disposición establece que la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, será realizada por el profesional de la salud tratante, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS o EOC, a través de la herramienta tecnológica disponga el Ministerio de Salud, la que operará mediante la plataforma tecnológica SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica.

1. Lo anterior parece indicar que, en principio, el médico tratante es el profesional idóneo para definir el tratamiento, por contar con la capacitación adecuada, criterio científico y conocer la realidad clínica al paciente¹⁶⁵. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que, excepcionalmente, en los casos en los que no exista prescripción médica, el juez constitucional puede ordenar el suministro de un servicio o tecnología si la necesidad del mismo es notoria, de manera condicionada a un diagnóstico posterior que ratifique tal determinación.¹⁶⁶

b. Derecho al diagnóstico

1. El derecho al diagnóstico¹⁶⁷, como componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere¹⁶⁸. El derecho al diagnóstico se configura como un supuesto necesario para garantizar al paciente la consecución de los

siguientes objetivos: (i) establecer con precisión la patología que padece el paciente, (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud e (iii) iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente¹⁶⁹.

1. El diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: identificación, valoración y prescripción¹⁷⁰. La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso. Finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.

1. En atención a la importancia del concepto especializado en medicina, es menester que el juez de tutela, en los casos desprovistos de formula médica: i) ordene el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordene a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto. En este contexto, siendo el diagnóstico un componente esencial en la realización efectiva del derecho a la salud, la Sala considera que esta prerrogativa habría de protegerse en los casos concretos en los que sea aplicable, cuando se observe que se desconoce la práctica de todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente. Incluso, tal amparo debe otorgarse indistintamente de la urgencia de su práctica, es decir, no simplemente frente al riesgo inminente que pueda sufrir la vida del paciente, sino además frente a patologías que no la comprometan directamente.

E. Reglas jurisprudenciales en materia de suministro de pañales, pañitos húmedos, transporte y otros servicios de salud

1. Si bien, los pañales, los pañitos húmedos, las cremas anti-escaras, entre otros servicios y tecnologías objeto de la presente decisión, no curan las causas de la enfermedad, su falta de empleo en pacientes con patologías que limitan la capacidad de realizar sus necesidades fisiológicas autónomamente, puede causar Dermatitis Asociada a la Incontinencia (DAI), lesiones de la piel con pérdida progresiva de la misma (que generan un fuerte dolor), lesiones crónicas que conducen a infecciones cutáneas y que en casos extremos pueden llevar a la sepsis y hasta la muerte de no ser atendidas oportuna y adecuadamente, e infecciones urinarias, como lo expusieron las universidades intervinientes en el proceso, Andes, Nacional de Colombia, de la Sabana, del Bosque y de Antioquia en el presente trámite.

1. En esa medida, la Corte Constitucional procederá a establecer la naturaleza jurídica de los pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, sillas de ruedas de impulso manual, guantes, sondas, gastos de transporte y servicio de enfermería a la luz del plan de beneficios en salud, a fin de determinar si se encuentran incluidos o excluidos del mismo. De igual forma, se precisarán las reglas jurisprudenciales referidas a la autorización por vía de tutela y la necesidad de prescripción médica.

i. Pañales

1. Los pañales son entendidos por la jurisprudencia constitucional como insumos necesarios para personas que padecen especialísimas condiciones de salud y que, debido a su falta de locomoción y al hecho de depender totalmente de un tercero, no pueden realizar sus

necesidades fisiológicas en condiciones regulares¹⁷¹. La finalidad de los pañales es, a su vez, reducir la incomodidad e intranquilidad que les genera a las personas no poder controlar cuándo y dónde realizar sus necesidades¹⁷².

1. La Corte Constitucional ha reconocido además que, si bien los pañales no proporcionan un efecto sanador de las enfermedades de los pacientes, aquellos sí constituyen elementos indispensables para preservar el goce de una vida digna de quien lo requiere¹⁷³ y, por tanto, se circunscriben al elemento de bienestar desarrollado por la definición de salud.

1. Expuesto lo anterior, corresponde a la Sala Plena aclarar la cobertura de los pañales, determinando si se encuentran incluidos o excluidos del plan de beneficios en salud.

1. En efecto, algunos fallos de las salas de revisión han sostenido que los pañales se subsumen en la categoría de insumo de aseo y, por tanto, se ha interpretado que están excluidos del plan de beneficios en salud¹⁷⁴. Para ello, estas decisiones sostuvieron que la Resolución 5269 de 2017 excluía las toallas higiénicas, los pañitos húmedos, el papel higiénico y los insumos de aseo; de manera que, la expresión insumos de aseo debía interpretarse “en su sentido natural y obvio”, o sistemáticamente con el artículo 2 de la Decisión 706 de 2008 de la Comunidad Andina y con el código 3010 INVIMA, para sostener que los pañales son productos absorbentes de higiene personal.

1. Esta lectura, sin embargo, no tuvo en cuenta la caracterización del plan de beneficios en salud excluyente adoptado en la LeS. Esta Corporación reitera la premisa fijada en la sentencia C- 313 de 2014, según la cual la exclusión de servicios y tecnologías del plan de beneficios en salud debe hacerse de manera expresa, clara y determinada¹⁷⁵, a fin de evitar actuaciones arbitrarias por parte de los responsables de la prestación o suministro de dichos servicios y tecnologías, así como de procurar una protección integral de los usuarios del servicio de salud¹⁷⁶.

1. En tal sentido, al revisar los resultados del mecanismo técnico científico dirigido por el Ministerio de Salud para la configuración listado de exclusiones en cumplimiento del artículo 15 de la LeS, se evidencia que en la fase III (consulta pacientes) se concluyó que los pañales deberían costearse con financiación estatal¹⁷⁷; mientras que, en la fase IV (adopción y publicación de las decisiones), se determinó que los pañales se encontraban dentro de las catorce (14) tecnologías no excluidas para todas las enfermedades y, por tanto, “se opta por generar un protocolo para su prescripción que permita a las personas vulnerables acceder a este producto”¹⁷⁸.

1. En consecuencia, se advierte que el suministro de pañales debe establecerse de conformidad con el modelo de plan de beneficios excluyente adoptado en la Ley y cuya constitucionalidad fue declarada en la sentencia C-313 de 2014. De tal forma, analizado el listado de exclusiones vigente -Resolución 244 de 2019- la Sala Plena observa que en ningún aparte de dicha normativa se encuentra expresamente excluido el suministro de pañales, por tanto, debe indicarse que los pañales son tecnologías en salud incluidas implícitamente en el PBS. Esta interpretación está en armonía con el artículo 6 literal g) de la Ley 1751 de 2015 que establece el principio de progresividad del derecho a la salud, es decir, que el acceso a los servicios y tecnologías se amplía gradual y continuamente.

1. De tal forma, si existe prescripción médica de pañales y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente. Al respecto, este Tribunal ha reiterado que no es constitucionalmente admisible que se niegue cualquier tecnología en salud incluida en el plan de beneficios que sea formulada por el médico tratante bajo ninguna circunstancia. De hecho, para la Corte la negativa de servicios incluidos constituye una afrenta al derecho fundamental a la salud y al estado constitucional de derecho¹⁷⁹.

1. Excepcionalmente, puede ordenarse el suministro de esta tecnología por vía de tutela, sin

que medie prescripción médica, siempre y cuando se cumplan unos requisitos específicos¹⁸⁰. En ese sentido, el juez de tutela puede ordenar el suministro de pañales cuando, a partir de la historia clínica u otras pruebas se evidencie su necesidad dada la falta del control de esfínteres¹⁸¹, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona o de la imposibilidad que tiene ésta para moverse sin la ayuda de otra¹⁸². En todo caso esta determinación deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dada la importancia del criterio especializado del profesional de la salud (supra f.j. 166).

1. Ahora bien, ante la ausencia de prescripción médica y pruebas (p. ej. la historia clínica) que permitan evidenciar la necesidad de los insumos, esta Corporación considera que, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. Esto significa, que el juez constitucional podrá ordenar a la entidad promotora de salud que realice la valoración médica del paciente y determine la necesidad de autorizar pañales, cuando a partir de los hechos se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.

1. Por su parte, la Sala considera que, respecto de los pañales al ser tecnologías en salud incluidas en el PBS, no puede exigirse prueba de la capacidad económica como se había planteado en anteriores pronunciamientos de este Tribunal. La Corte aclara que la regla de incapacidad económica del paciente o su familia constituía uno de los requisitos jurisprudenciales para la autorización de los servicios no incluidos bajo la vigencia del antiguo POS, previo a la entrada en vigor de la LeS. Por consiguiente, bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no solo no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela, sino que además resulta contrario a dicha normativa.

i. Crema anti-escaras

1. Las cremas anti-escaras se entienden como insumos que actúan como medidas

preventivas de las úlceras por presión¹⁸³. Consisten en una mezcla emulsionada de agua y aceite, y se diferencia de la emulsión, que se entiende como una composición de dos fases líquidas que no llegan a mezclarse y que suele usarse en productos cosméticos¹⁸⁴; asimismo, la crema se diferencia de la loción, en la medida en que ésta contiene un porcentaje mayor de agua que de aceite.

1. El listado de exclusiones vigente -Resolución 244 de 2019- no consagra expresamente las cremas anti escaras. Los servicios y tecnologías más próximos en esas listas son la emulsión hidratante corporal (numeral 18) y la loción hidratante corporal (numeral 35). Esto implica resolver, a semejanza de los pañales, si es posible subsumir la crema anti-escara en las emulsiones corporales o en las lociones hidratantes.

1. La Corte Constitucional considera que, por una parte, las emulsiones y lociones no son asimilables a la crema y, por otra parte, se desconocerían las reglas fijadas de exclusión expresa contenidas en la C-313 de 2014. De acuerdo con esta Corporación, los servicios y tecnologías en salud que se excluyan del plan de beneficios en salud deben consagrarse de manera expresa, taxativa y determinable¹⁸⁵; de lo contrario se infringe el deber de otorgar el nivel más alto de salud posible¹⁸⁶. Por tanto, la Sala destaca que bajo la normativa vigente la crema anti-escaras no se encuentra excluida del plan de beneficios en salud y, por ende, hace parte del modelo de inclusión implícita según el mecanismo de financiación fijado en la normativa vigente.

1. De tal forma, si existe prescripción médica de cremas anti-escaras y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente. Sobre este punto, la Corte insiste en que debe garantizarse su entrega a los usuarios atendiendo a su condición de tecnología en salud incluida en el plan de beneficios.

1. Si la crema anti-escaras no se encuentra prescrita por el profesional de la salud, se podrá

acudir a la acción de tutela. En ésta se deberá verificar, que la crema es necesaria para el tratamiento de la persona de conformidad con la información que reposa en la historia clínica o en otras pruebas allegadas al trámite constitucional -hecho notorio-. En todo caso esta determinación deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dada la importancia del criterio especializado del profesional de la salud (supra f.j. 166).

1. Si no se cuenta con estas pruebas ni con la prescripción médica, se amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, es decir, se podrá ordenar a la empresa promotora de salud que realice la valoración médica y determine la necesidad de prescribirla, siempre que se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.

1. En línea con lo considerado frente a los pañales, para este insumo tampoco es exigible el requisito de incapacidad económica cuando se ordene por medio de una petición de amparo constitucional (supra f.j. 180).

i. Pañitos húmedos

1. El suministro de pañitos húmedos se encuentra excluido del plan de beneficios en salud, para toda enfermedad o condición asociada al servicio, de conformidad con la normatividad vigente -el numeral 57 del anexo de la Resolución 244 de 2019-.

1. Sin embargo, este suministro puede ser otorgado excepcionalmente a través la acción de tutela, para lo cual el juez debe constatar los requisitos establecidos en la sentencia C-313 de 2014 para la autorización de servicios excluidos del plan de beneficios en salud (supra f.j.

146).

1. En el caso que un servicio excluido analizado por el juez de tutela no cuente con prescripción médica, procedería el amparo del derecho a la salud en la faceta de diagnóstico, cuando se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.

i. Silla de ruedas de impulso manual

1. Las sillas de ruedas son consideradas como una ayuda técnica, es decir, como aquella tecnología que permite complementar o mejorar la capacidad fisiológica o física de un sistema u órgano afectado¹⁸⁷. La Corte Constitucional ha entendido que esta ayuda puede servir de apoyo en los problemas de desplazamiento causados por la enfermedad del paciente y permitiría un traslado adecuado de éste al sitio que requiera, incluso dentro de su hogar¹⁸⁸. La silla de ruedas permitiría, además, que la postración o la limitación de movilidad -bien por una afectación a su sistema o por el dolor que pueda sentir a desplazarse- a la que se ve sometido el paciente no haga indigna su existencia¹⁸⁹.

1. Las sillas de ruedas no se encuentran en el listado de exclusiones vigente -Resolución 244 de 2019-. Ello significa, que esta ayuda técnica se encuentra incluida en el plan de beneficios en salud.

1. En ese sentido, cuando se solicitan por medio de una acción de tutela y se aporta la correspondiente prescripción médica, deben ser autorizadas directamente por el funcionario judicial sin mayores requerimientos, comoquiera que hacen parte del catálogo de servicios cubiertos por el Estado a los cuales el usuario tiene derecho, de manera que la EPS no debe

anteponer ningún tipo de barrera para el acceso efectivo a dicha tecnología.

1. Si el operador judicial no puede llegar a dicha conclusión, se amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico y, en consecuencia, podrá ordenar a la empresa promotora de salud realizar la respectiva valoración médica, a fin de que se determine la necesidad del usuario, siempre que se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.

1. Aunado a lo expuesto, de acuerdo con lo señalado frente al suministro de pañales, para el acceso a esta tecnología en salud -silla de ruedas de impulso manual- tampoco es exigible el requisito de incapacidad económica cuando se ordene por medio de una petición de amparo constitucional (supra f.j. 180).

i. Guantes desechables

1. El listado de exclusiones vigente en la actualidad -Resolución 244 de 2019- no consagra expresamente los guantes desechables. Por tanto, la Sala destaca que bajo la normativa vigente tales insumos se encuentran incluidos en el plan de beneficios en salud.

1. De tal forma, si se solicita su suministro por medio de acción de tutela y se acompaña la correspondiente prescripción médica, se deben ordenar directamente. Sobre este punto, la Corte insiste en que debe garantizarse su entrega a los usuarios atendiendo a su condición de tecnologías en salud incluidas en el plan de beneficios.

1. Por su parte, cuando en la acción de tutela no se presente la orden del médico tratante, se puede disponer su suministro en los casos en los que se establezca que son necesarios para el paciente de conformidad con la información que reposa en la historia clínica o en otras pruebas allegadas al trámite constitucional -hecho notorio-. En todo caso esta determinación deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dada la importancia del criterio especializado del profesional de la salud (supra f.j. 166).

1. Si no se cuenta con estas pruebas ni con la prescripción médica, se amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, es decir, se podrá ordenar a la empresa promotora de salud que realice la valoración médica y determine la necesidad de prescribirlos, siempre que se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.

1. En línea con lo considerado frente a los pañales, para los guantes desechables tampoco es exigible el requisito de incapacidad económica cuando se ordene por medio de una petición de amparo constitucional (supra f.j. 180).

i. Sondas

1. El listado de exclusiones no consagra expresamente las sondas. Estos dispositivos médicos¹⁹⁰ se encuentran incluidos en el plan de beneficios en salud.

1. Por consiguiente, cuando el usuario cuenta con prescripción del médico tratante y solicita la entrega de este dispositivo mediante acción de tutela, se debe ordenar directamente. Sobre este punto, la Corte insiste en que debe garantizarse su dispensación a los usuarios

atendiendo a su condición de tecnologías en salud incluidas en el plan de beneficios.

1. Si no se cuenta con la fórmula médica, se amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, es decir, se podrá ordenar a la empresa promotora de salud que realice la valoración médica y determine la necesidad de prescribirla, siempre que se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.

1. Conforme a lo señalado frente a los pañales, para las sondas tampoco es exigible el requisito de incapacidad económica cuando se ordene por medio de una petición de amparo constitucional (supra f.j. 180).

i. Transporte intermunicipal

1. La Corte Constitucional ha sostenido que el transporte es un medio para acceder al servicio de salud y, aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones puede constituirse en una limitante para materializar su prestación¹⁹¹. En tal sentido, se trata de un medio de acceso a la atención en salud que, de no garantizarse, puede vulnerar los derechos fundamentales¹⁹² al desconocer la faceta de accesibilidad al sistema de salud reconocida en el literal c) del artículo 6º de la Ley Estatutaria de Salud¹⁹³.

1. Algunas salas de revisión han planteado que el suministro de los gastos de transporte se encuentra condicionado a que: i) se compruebe que, en caso de no prestarse el servicio, se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario (hecho notorio); ii) se verifique que el usuario y su familia carecen de recursos económicos para asumir el transporte¹⁹⁴.

1. Sin embargo, la Sala observa que el servicio de transporte intermunicipal para paciente ambulatorio se encuentra incluido en el plan de beneficios en salud vigente en la actualidad¹⁹⁵.

1. La Corte ha destacado que se presume que los lugares donde no se cancele prima por dispersión geográfica tienen la disponibilidad de infraestructura y servicios necesarios para la atención en salud integral que requiera todo usuario; por consiguiente, la EPS debe contar con una red de prestación de servicios completa. De tal manera, si un paciente es remitido a una IPS ubicada en un municipio diferente a su domicilio, el transporte deberá asumirse con cargo a la UPC general pagada a la entidad promotora de salud, so pena de constituirse en una barrera de acceso¹⁹⁶, que ha sido proscrita por la jurisprudencia constitucional¹⁹⁷.

1. Aunado a lo anterior, es preciso señalar que, de conformidad con la Ley 100 de 1993, las EPS tienen el deber de conformar su red de prestadores de servicios para asegurar que los afiliados acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional, así como definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los usuarios a las IPS con las cuales haya establecido convenio en el área de influencia¹⁹⁸.

1. Se aclara que este servicio no requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema que implica: i) la prescripción determinado servicio de salud por parte del médico tratante, ii) autorización por parte de la EPS, y iii) prestación efectiva de la tecnología en salud.

1. La prescripción de los servicios de salud se efectúa por el médico a cargo; sin embargo, hasta ese momento se desconoce el lugar donde se prestarán los mismos, ello se determina en un momento posterior cuando el usuario acude a solicitar la autorización del servicio y es allí donde la EPS, de conformidad con la red contratada, asigna una IPS que puede o no ubicarse en el lugar de domicilio del afiliado. Es en esta oportunidad donde se logra conocer

con certeza la identidad y lugar de ubicación del prestador y, por tanto, donde surge la obligación de autorizar el transporte

1. Exigir la prescripción médica del transporte implica someter al afiliado a que deba regresar a al médico tratante a que este le formule el transporte para acceder a la prestación ya autorizada por la EPS. Por ello, ni fáctica ni normativamente es viable que se condicione el suministro de los gastos de transporte a que cuente con orden médica, sino que debe ser obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización en domicilio diferente al del paciente.

1. Así las cosas, la Sala reitera que el suministro de los gastos de transporte intermunicipal para paciente ambulatorio se sujeta a las siguientes reglas¹⁹⁹:

- a. en las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro;
- b. en los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica;
- c. no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS, debido a que esto es financiado por el sistema;
- d. no requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema (prescripción, autorización y prestación). Es obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización del servicio en un municipio diferente al domicilio del paciente;
- e. estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS.

i. Servicio de enfermería

1. La Corte Constitucional ha precisado que el servicio de enfermería se refiere a una persona que apoya en la realización de algunos procedimientos, que solo podría brindar personal conocimientos calificados en salud²⁰⁰. En esos términos, será prescrito por el médico, quien deberá determinar, en cada caso, si es necesario el apoyo de un profesional de la salud para la atención y los cuidados especiales que se deben proporcionar al paciente²⁰¹.

1. El servicio de enfermería se encuentra en el plan de beneficios en salud y se rige por la modalidad de atención domiciliaria. Se define como la modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia²⁰². Este servicio se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida²⁰³, sin que en ningún caso sustituya el servicio de cuidador.

1. Si existe prescripción médica se debe ordenar directamente cuando fuere solicitado por vía de tutela; sin embargo, si no se acredita la existencia de una orden médica, el juez constitucional podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección.

F. Casos concretos

1. De conformidad con lo expuesto, la Corte estudiará la eventual amenaza al derecho

fundamental a la salud de los agenciados o accionantes y establecerá si procede el amparo de este derecho. En caso de amparar el derecho, la Sala advierte que las empresas promotoras de salud deberán tener en cuenta los lineamientos generales que el Ministerio de Salud emita en torno al prevención y mitigación del COVID-19.

i. Expediente T-4.681.096

1. Juana Nelly Rodríguez tiene setenta (70) años y le fue diagnosticado paraplejia espástica, dolor neuropático, secuelas shwnoma y dolor mixto crónico. Ella considera que, debido a sus padecimientos, requiere de silla de ruedas, servicio de enfermería veinticuatro (24) horas, pañales, pañitos húmedos y crema anti escaras. Salud Total EPS manifestó que no existe prescripción médica que ordene los servicios e insumos solicitados por la accionante. Asimismo, la EPS indicó que los servicios e insumos se encuentran excluidos del POS.

1. En el expediente puede verificarse que Juana Nelly Rodríguez tiene una pérdida de capacidad laboral del ochenta y cinco punto veinte por ciento (85.20%) y que le fue diagnosticado paraplejia espástica, dolor neuropático y secuelas de shwnoma T8204. En cuanto a las autorizaciones clínicas, a la paciente se le ha formulado baclofen²⁰⁵, pregabatin en cápsulas²⁰⁶, furosemida, metformina, entre otros²⁰⁷.

1. Esta Corporación identificó que para la época de la presentación de la acción de tutela –agosto de 2014-, el POS aplicable estaba contenido en la Resolución 5521 de 2013. Bajo tal normativa, la silla de ruedas (num. 6) y los pañales (num. 18) hacían parte de las exclusiones específicas contenidas en el artículo 130. Además, que los pañitos húmedos, la crema anti-escaras, el servicio de enfermería domiciliario y el de transporte, no estaban incluidos ni excluidos explícitamente en el POS, por lo que pertenecían a la categoría de no incluidos.

1. Ahora bien, teniendo en cuenta los cambios normativos expuestos en la parte motiva de esta providencia, corresponde a la Sala Plena verificar si los insumos y servicios solicitados se encuentran expresamente excluidos con ocasión de la Resolución 244 de 2019 o si se debe entender que están incluidos en el PBS en atención al modelo de inclusiones implícitas vigente a partir de la Ley 1751 de 2015.

Servicio o insumo

Estado

Silla de Ruedas

No está expresamente excluido - Incluido en el PBS

No está expresamente excluido - Incluido en el PBS

Pañitos Húmedos

Excluido num. 57, Resolución 244 de 2019

Crema anti escaras

No está expresamente excluido - Incluido en el PBS

Enfermería

Incluido en el PBS

1. Siendo claro lo anterior, corresponde a la Corte verificar si en el caso bajo examen, actualmente, se cumplen los requisitos para que se ordene su dispensación, esto es, si los servicios y tecnologías en salud incluidos en el PBS fueron prescritos por el médico tratante o en caso contrario si la necesidad es notoria, de tal forma que habilite al juez constitucional para definir su suministro. De igual forma, se debe analizar si respecto de los pañitos húmedos, se acreditan las cuatro condiciones determinadas en la C-313 de 2014 (supra f.j.

146), para la inaplicación de la exclusión en forma excepcional.

1. Revisadas las pruebas que obran en el expediente, no se pudo determinar que los pañitos húmedos solicitados hubieran sido prescritos por el médico tratante, motivo por el cual no será posible ordenar su suministro al incumplirse el cuarto requisito señalado por la jurisprudencia para autorizarlos por vía de tutela.

1. Respecto de los demás servicios y tecnologías solicitados -pañales, crema anti-escaras, silla de ruedas y servicio de enfermería- los cuales están incluidos en el PBS, es preciso señalar que tampoco obra orden médica y en la historia clínica recibida por esta Corporación, no se evidencia un hecho evidentemente incontrastable que permita inferir la necesidad, motivo por el cual tampoco será posible ordenar su dispensación.

1. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la historia clínica sí indica unos padecimientos que ameritan una revisión por parte del profesional de salud tratante. En consecuencia, la Corte Constitucional amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico. Se le ordenará a Salud Total EPS que remita a Juana Nelly Rodríguez al profesional tratante para que éste le realice un examen médico y determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que ella requiere. En esos términos, se dispondrá que el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el auto 061 de 2015, solo se hará efectivo una vez se haya efectuado la revisión médica ordenada en este fallo.

i. Expediente T-4.683.196

1. Miguel Ángel Larrahondo Fori tiene veinticinco (25) años y padece de pérdida de control de esfínteres, pérdida de movilidad, retraso psicomotor, síndrome convulsivo, sordera y déficit

visual. El médico tratante le prescribió el uso de noventa (90) pañales al mes. Mariela Fori Paz acude a Emssanar para que le autoricen el suministro de pañales, pañitos húmedos, crema anti-escaras, guantes quirúrgicos y sondas. Emssanar EPS negó la solicitud. Sostuvo, por una parte, que la prescripción médica es antigua y, por otra parte, que los pañitos, crema anti escaras y guantes no aparecen prescritos y se encuentran excluidos del POS.

1. Esta Corporación identificó que para la época de la presentación de la acción de tutela –junio de 2014-, el POS aplicable estaba contenido en la Resolución 5521 de 2013. Bajo tal normativa los pañales (num. 18) hacían parte de las exclusiones específicas contenidas en el artículo 130. Además, que los pañitos húmedos, la crema anti-escaras y los guantes quirúrgicos, no estaban incluidos ni excluidos explícitamente en el POS, por lo que pertenecían a la categoría de no incluidos.

1. Ahora bien, teniendo en cuenta los cambios normativos expuestos en la parte motiva de esta sentencia, corresponde a la Sala Plena verificar si los insumos y servicios solicitados se encuentran excluidos con ocasión de la Resolución 244 de 2019 o si se debe entender que están incluidos en el PBS en atención al modelo de inclusiones implícitas vigente a partir de la Ley 1751 de 2015.

Servicio o insumo

Estado

Pañales

No está expresamente excluido – Incluido en el PBS

Pañitos Húmedos

Excluido Num. 57, Resolución 244 de 2019

Crema anti-escaras

No está expresamente excluido – Incluido en el PBS

Guantes quirúrgicos

Incluido en el PBS

Sondas

1. Siendo claro lo anterior, corresponde a la Corte verificar si en el caso bajo examen, se cumplen los requisitos para que se ordene su dispensación. Para ello, se abordarán los servicios y tecnologías en salud incluidos en el PBS y posteriormente el insumo excluido de financiación con recursos públicos de la salud.

1. Lo primero que debe verificarse es si existe una prescripción del médico tratante. Revisadas las pruebas que obran en el expediente, se observa una formula médica para 90 pañales del 22 de octubre de 2013 suscrita por el profesional de la salud tratante.

1. En relación con la vigencia de la prescripción, con ocasión del tiempo transcurrido entre su expedición y la presentación de tutela, no debe perderse de vista, que i) los pañales se constituyen en un insumo de prestación periódica y ii) que el diagnóstico de agenciado permite concluir que la falta de control de esfínteres continuará en el tiempo. Prueba de ello es que, recientemente, en vigencia de una medida provisional proferida por esta Corporación, el médico tratante emitió una nueva orden aumentando la cantidad diaria a 4 unidades, lo que implica 120 pañales al mes (supra f.j. 12).

1. En consecuencia, respecto de los pañales, se accederá a la protección del derecho a la salud en su faceta prestacional y se ordenará Emssanar EPS el suministro de pañales en la

cantidad señalada en la última prescripción emitida por el médico tratante.

1. Sobre la crema anti-escaras y los guantes quirúrgicos no se observa una prescripción médica con anterioridad a la medida provisional; motivo por el cual, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales, para que proceda el amparo el juez constitucional debe determinar si la necesidad del servicio o tecnología es un hecho evidentemente incontestable. Luego de verificar la información que reposa en el expediente se debe concluir que ni de la historia clínica, ni en la información suministrada por Mariela Fori Paz, puede evidenciarse la necesidad de los servicios y tecnologías en salud requeridos, por lo cual no es posible ordenar su dispensación.

1. Frente a las sondas solicitadas, la Sala no advierte que se haya aportado fórmula médica que respalde tal petición, por lo cual no es posible disponer su suministro directo atendiendo a la especialidad de tales dispositivos médicos y la incertidumbre acerca del tipo de sonda que reclama el paciente.

1. Finalmente, para decidir sobre la entrega de los pañitos húmedos, por estar expresamente excluidos de financiación con recursos públicos de la salud, es necesario verificar el cumplimiento de los requisitos señalados en la sentencia C-313 de 2014 tal como se indicó en el f.j. 146. Sin embargo, revisadas las pruebas que obran en el expediente, no se pudo determinar que los pañitos húmedos solicitados hubieran sido prescritos por el médico tratante, motivo por el cual no será posible ordenar su suministro al incumplirse el cuarto requisito señalado por la jurisprudencia para autorizarlos por vía de tutela.

1. Sin embargo, la situación de salud expuesta al momento de presentar la acción de tutela y recientemente al indagar sobre el estado de salud del agenciado, le permiten a la Corte considerar, que debe ser el profesional en salud tratante quien determine si requiere la crema anti-escara, los guantes quirúrgicos y las sondas y los pañitos húmedos.

1. En consecuencia, la Corte levantará las medidas provisionales decretadas en el auto 063 de 2015 y amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico. Se le ordenará a la EPS que remita a Miguel Ángel Larrahondo al profesional tratante, para que éste le realice un examen médico y determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que requiere.

i. Expediente T-4.852.012

1. Isabella Aguirre Quintero tiene seis (6) años, vive en Tuluá, Valle del Cauca, y nació con retraso del desarrollo psicomotor moderado y catarata congénita. Debido a sus enfermedades, la menor debe acudir a controles con especialistas en neuropediatría y oftalmología pediátrica.

1. María Esperanza Quintero Ruiz, madre de la menor, manifestó que no puede llevar a su hija a los controles, ya que éstos se prestan en Cali y ella no cuenta con los recursos necesarios para poder desplazarse -semanal o mensualmente, según el control-. Además, expuso que tampoco puede sufragar pañales, pañitos húmedos y crema anti escaras; por ello acude a la acción de tutela para que Emssanar EPS autorice la prestación del servicio de transporte y el suministro de las tecnologías en salud. La EPS respondió que no existe prescripción médica o indicación en la historia clínica sobre la prescripción del servicio de transporte; en cuanto a los pañales, y afirmó que dichas tecnologías se encuentran excluidas del POS.

1. Esta Corporación identificó que para la época de la presentación de la acción de tutela - enero de 2015-, el POS aplicable estaba contenido en la Resolución 5521 de 2013. Bajo tal normativa los pañales (num. 18) hacían parte de las exclusiones específicas contenidas en el artículo 130. Además, que los pañitos húmedos y la crema anti-escaras, no estaban incluidos

ni excluidos explícitamente en el POS, por lo que pertenecían a la categoría de no incluidos.

1. Ahora bien, teniendo en cuenta los cambios normativos expuestos en la parte motiva de esta sentencia, corresponde a la Sala Plena verificar si los insumos y servicios solicitados se encuentran excluidos con ocasión de la Resolución 244 de 2019 o si se debe entender que están incluidos en el PBS en atención al modelo de inclusiones implícitas vigente a partir de la Ley 1751 de 2015.

Servicio o insumo

Estado

Pañales

No está expresamente excluido – Incluido en el PBS

Pañitos Húmedos

Excluido Num. 57, Resolución 244 de 2019

Crema anti escaras

No está expresamente excluido – Incluido en el PBS

1. Corresponde entonces analizar si actualmente, se cumplen los requisitos para que se ordene su dispensación, esto es, si los servicios y tecnologías en salud incluidos en el PBS fueron prescritos por el médico tratante o en caso contrario si la necesidad es notoria, de tal forma que habilite al juez constitucional para definir su suministro. De igual forma, se debe revisar si respecto de los pañitos húmedos, se acreditan las cuatro condiciones determinadas en la C-313 de 2014 para la inaplicación de la exclusión en forma excepcional.

1. Verificada la información que reposa en el expediente, no se pudo determinar la existencia de una prescripción médica respecto de los pañitos húmedos, motivo por el cual no será posible ordenar su suministro al incumplirse el cuarto requisito señalado por la jurisprudencia para autorizarlos por vía de tutela.

1. Respecto de los demás servicios y tecnologías solicitados -pañales y crema anti-escaras- los cuales están incluidos en el PBS, se debe indicar que tampoco obra orden médica, ya que la prescripción allegada se refiere al manejo de rehabilitación interna, así como una dieta CESA208. En la historia clínica recibida por esta Corporación, no se evidencia un hecho notorio que permita inferir la necesidad. Así las cosas, no será posible ordenar su dispensación.

1. Finalmente, la acción de tutela contiene una solicitud para que se ordene a la EPS la prestación de servicios y el suministro de todo aquello que sea formulado por el médico tratante. Al respecto, con fundamento en el principio de integralidad, y ante las dificultades administrativas que afrontan los usuarios del sistema al reclamar la prestación de servicios, este Tribunal ha ordenado a la EPS el tratamiento integral.

1. Para ello ha definido que debe verificarse el cumplimiento de dos condiciones: “(i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación²⁰⁹, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte²¹⁰; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente²¹¹”. Según la Corte “[l]a claridad que sobre el tratamiento

debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes²¹².”²¹³

1. Analizada la información allegada a la acción de tutela, los mencionados requisitos no logran superarse, ya que no se evidencia una conducta negligente por parte de la EPS, ni existe claridad del tratamiento a seguir. Por lo anterior, no se accederá al tratamiento integral solicitado.

1. Con todo, la hiporexia, el desarrollo de lenguaje bajo y el desarrollo psicomotor moderado ofrecen a la Corte indicio sobre la necesidad de un diagnóstico, que permita establecer cuál es el estado de salud de la paciente y los servicios y tecnologías en salud que ella requiere. En consecuencia, se amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico. Se le ordenará a la EPS que remita a Isabella Aguirre Quintero al profesional tratante, para que éste determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que ella requiere. Aunado a ello, se advertirá a la accionada que en caso de autorizar servicios de salud que deban prestarse en un municipio diferente al domicilio de la agenciada, deberá observar las reglas que fueron planteadas en la presente providencia sobre suministro de gastos de transporte.

i. Expediente T-4.926.429

1. Wendy Tatiana Ramos tiene veinticinco (25) años y padece retraso mental severo, epilepsia focal y esclerosis tuberosa. Su madre, Alexandra Jazmín González González, le solicitó a Cafesalud EPS, que le suministrase a su hija pañales y pañitos húmedos. La entidad se negó a suministrarlos.

1. La Corte identificó que para la época de la presentación de la acción de tutela – febrero de 2015-, el POS aplicable estaba contenido en la Resolución 5521 de 2013. Bajo tal normativa los pañales (num. 18) hacían parte de las exclusiones específicas contenidas en el artículo 130. Además, que los pañitos húmedos no estaban incluidos ni excluidos explícitamente en el POS, por lo que pertenecían a la categoría de no incluidos.

1. Con ocasión de los cambios normativos expuestos en la parte motiva de esta sentencia, corresponde a la Corte Constitucional verificar si los insumos solicitados se encuentran excluidos en virtud de la Resolución 244 de 2019 o si se debe entender que están incluidos en el PBS en atención al modelo de inclusiones implícitas vigente a partir de la Ley 1751 de 2015.

Servicio o insumo

Estado

Pañales

No está expresamente excluido – Incluido en el PBS

Pañitos Húmedos

Excluido num. 57, Resolución 244 de 2019

1. Corresponde entonces a esta Corporación verificar si actualmente, se cumplen los requisitos para que se ordene su dispensación, esto es, si el servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS fue prescrito por el médico tratante o en caso contrario si la necesidad es notoria, de tal forma que habilite al juez constitucional para definir su suministro. De igual forma, se debe analizar si respecto de los pañitos húmedos, se acreditan las cuatro condiciones determinadas en la C-313 de 2014 (supra f.j. 146), para la inaplicación de la exclusión en forma excepcional.

1. Revisadas las pruebas que obran en el expediente, no se pudo determinar que los pañitos húmedos solicitados hubieran sido prescritos por el médico tratante, motivo por el cual no será posible ordenar su suministro al incumplirse el cuarto requisito señalado por la jurisprudencia para autorizarlos por vía de tutela.

1. Respecto de los pañales, los cuales están incluidos en el PBS, es preciso señalar que tampoco obra orden médica y en su historia clínica se hace alusión a las enfermedades, se indica que fue remitida a neurología y que requiere de atención primaria²¹⁴, pero no se señala nada respecto de la necesidad del suministro de pañales; motivo por el cual tampoco será posible ordenar su dispensación.

1. Sin embargo, dadas las patologías expuestas en la acción de tutela -f.j. 251- y en la historia clínica, la Corte considera que debe ampararse el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico y ordenará a Medimas EPS -conforme lo anotado en el f.j. 94- que valore a Wendy Tatiana Ramos González y determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que requiere.

i. Expediente T-4.930.312

1. Valentina Martínez Madrigal tiene quince (15) años y padece parálisis cerebral espástica y contractura articular. El profesional en salud tratante solicitó citar a la junta de profesionales para que se autorizase entrenador de marcha y se evalúe la posibilidad de prótesis anillo sin fin posterior.

1. Diana Marcela Madrigal considera que su hija requiere de, aproximadamente, nueve (9)

pañales Tena Slim talla S diarios. La madre afirma, además, que es una persona de escasos recursos, desempleada y que no cuenta con los recursos necesarios para sufragar los gastos de los pañales diarios que requiere la menor. Por ello, interpuso acción de tutela contra Saludcoop EPS, para que fuese amparado el derecho a la salud de su hija y se le ordenase a la EPS el suministro de pañales.

1. Tal como se evidenció en los casos anteriores, para la época de la presentación de la acción de tutela – diciembre de 2014-, el POS aplicable estaba contenido en la Resolución 5521 de 2013. Bajo tal normativa los pañales (num. 18) hacían parte de las exclusiones específicas contenidas en el artículo 130.

1. Ahora bien, teniendo en cuenta los cambios normativos expuestos en la parte motiva de esta providencia, corresponde a la Sala Plena verificar si los insumos y servicios solicitados se encuentran expresamente excluidos con ocasión de la Resolución 244 de 2019 o si se debe entender que están incluidos en el PBS en atención al modelo de inclusiones implícitas vigente a partir de la Ley 1751 de 2015. Efectuada la verificación de la mencionada resolución se observa que los pañales no están expresamente excluidos, motivo por el cual hacen parte de las tecnologías en salud cubiertas por el PBS.

1. Estando claro lo anterior, corresponde al Corte determinar si actualmente, se cumplen los requisitos para que se ordene su dispensación, esto es, si los servicios y tecnologías en salud incluidos en el PBS fueron prescritos por el médico tratante o si la notoria necesidad habilita al juez constitucional para definir su suministro.

1. Revisada las pruebas allegadas, se observa que el médico tratante de la agenciada no le ha formulado los pañales, y que la información con la que se cuenta no es suficiente para entender superado el requisito de notoriedad de la necesidad, establecido por la jurisprudencia para que el juez de tutela orden su entrega.

1. Sin embargo, ante las patologías que padece la agenciada como parálisis cerebral espástica y otros antecedentes registrados en la historia clínica de la agenciada, -p. ej., hipoacusia sensorial y el uso de implante coclear, entre otras-, la Corte considera que debe ampararse el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico y ordenar a la EPS que remita a Valentina Martínez Madrigal al profesional tratante, para que éste le realice un examen médico y determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que ella requiere.

1. Así las cosas, en virtud de los principios de continuidad e integralidad en la atención²¹⁵, en el presente caso, si bien Valentina Martínez Madrigal se encontraba afiliada a la EPS Saludcoop al momento de presentación de la acción de tutela, lo cierto es que el suministro de pañales solicitado se constituye en una prestación periódica cuyo garantía de continuidad era obligación de la entidad a la cual se debió trasladar con posterioridad a la liquidación forzosa dispuesta por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 002414 de 2015. En consecuencia, las órdenes impartidas en la presente providencia se dirigirán a la Nueva EPS, entidad a la cual se encuentra vinculada la agenciada en la actualidad.

G. Síntesis

1. La Corte Constitucional conoció treinta (30) expedientes en los cuales se discutía la prestación de servicios y el suministro de tecnologías de salud que se encontraban excluidos del POS en virtud de la normatividad anterior a la Ley 1751 de 2015 -y disposiciones reglamentarias-, tales como pañales, pañitos húmedos, cremas anti escaras, silla de ruedas, enfermería veinticuatro (24) horas y transporte de su hogar al lugar de terapias. Los agentes oficiosos sostenían que los pacientes, así como sus familiares, eran personas de escasos recursos y, por ello, no podían sufragarlos por su cuenta. Asimismo, afirmaban que los servicios y tecnologías en salud garantizaban a los pacientes unas condiciones adecuadas

para llevar sus padecimientos.

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional planteó como problema jurídico de cara a resolver los asuntos concretos, si los accionantes tienen derecho a que se ordenen servicios o tecnologías en salud como pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, sillas de ruedas, servicio de transporte intermunicipal, entre otros, con el objeto de proteger su derecho fundamental a la salud.

1. Al analizar los requisitos de procedibilidad, la Corte encontró que si bien existe la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud para debatir asuntos relacionados con servicios y tecnologías en salud previstas o no en el PBS, este mecanismo presenta algunos vacíos, pese a las reformas normativas introducidas por la Ley 1949 de 2019, entre los que se enuncian que (i) no existe término para proferir la decisión de segunda instancia, lo que prolonga el tiempo para la protección del derecho; (ii) no se establece en qué efecto se concede la impugnación; (iii) sólo procede ante la negativa por parte de las EPS y no en aquellos casos en los cuales existe una omisión o un silencio, (iv) no determina garantías para el cumplimiento de la decisión, y (v) la ampliación de la agencia oficiosa es más rigurosa en el trámite ante la Superintendencia. De igual forma se abordó el problema estructural de dicho mecanismo, ocasionado por el incumplimiento del término que otorga la ley y el retraso de entre dos (2) y tres (3) años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad, así como la falta de capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se presentan fuera de Bogotá.

1. Lo anterior dio lugar a que la Sala Plena concluyera que mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos.

1. En cuanto a la carencia actual de objeto por acontecimiento de una situación sobreviniente, la Corte Constitucional reiteró que ésta se configura cuando ocurre un hecho ajeno a la parte accionada y, por tanto, no es posible hablar de la satisfacción del derecho (hecho superado) o de la consumación de un daño. Por ejemplo, existe una situación sobreviniente, cuando la persona fallece durante el trámite de tutela y la causa de ello no es la omisión por parte de la accionada.

1. Esta Corporación reiteró el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud conforme a la línea jurisprudencial fundada desde la sentencia T-859 de 2003 y posteriormente ratificada en la sentencia T-760 de 2008; así como en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015 (Ley estatutaria en salud - LeS). Estableció algunas diferencias entre el modelo de POS -previo a la Ley 1751 de 2015- y el PBS -posterior a la Ley 1751 de 2015- y cómo estos planes garantizan el derecho a la salud, en atención a lo señalado en la C-313 de 2014.

1. La Corte indicó que la prestación de servicios en salud se concreta en la Ley 1751 de 2015 que contempla un modelo de exclusión expresa reiterando lo señalado en la C-313 de 2014. Esto significa que el legislador abandonó la distinción entre servicios y tecnologías excluidos expresamente, incluidos expresamente e incluidos implícitamente, y optó por la siguiente regla todo aquel servicio y tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido en el PBS.

1. En tal sentido, se reiteraron las reglas contenidas en la sentencia C-313 de 2014 en relación con el modelo de exclusión explícita del plan de beneficios en salud -PBS-:

i. las exclusiones deben corresponder a los criterios previstos en el artículo 15 inciso 2 de la Ley 1751 de 2015;

i. la exclusión deberá ser expresa, clara y determinada, para ello el Ministerio de Salud o la autoridad competente deberá establecer cuáles son los servicios y tecnologías excluidos, mediante un procedimiento técnico científico público, colectivo, participativo y transparente; y

i. es posible que el juez de tutela excepcione la aplicación de la lista de exclusiones, siempre y cuando se cumplan las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia C-313 de 2014, a saber:

a. Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

a. Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

a. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

a. Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la

entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

1. Sobre la falta de capacidad económica, resaltó que no existe una tarifa legal para determinar la falta de capacidad económica y, por tanto, le corresponderá al juez establecer en cada caso cuáles pruebas permiten comprobarlo. En caso de no acreditarse un hecho notorio ni la falta de capacidad económica, el juez podrá ordenar la protección del diagnóstico.

1. También reiteró que el derecho al diagnóstico, como componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. Adicionalmente señaló que el diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: a) la etapa de identificación, que comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente; b) una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso y; c) finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.

1. La Sala consideró viable que, ante un indicio razonable de afectación a la salud, se ordene a la EPS respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un servicio o tecnología en salud es requerido, a fin de que eventualmente sea provisto.

1. Esta Corporación planteó las siguientes subreglas unificadas en relación con los servicios de salud objeto de la presente providencia:

Servicio

Subreglas

Pañales

- i. No están expresamente excluidos del PBS. Están incluidos en el PBS.
- ii. En aplicación de la C-313 de 2014, no se debe interpretar que podrían estar excluidos al subsumirlos en la categoría genérica de “insumos de aseo”.
- iii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela.
- iv. Si no existe orden médica:
 - a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, por la falta del control de esfínteres derivada de los padecimientos que aquejan al paciente o de la imposibilidad que tiene éste de moverse, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de los pañales condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante.
 - b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.
- i. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela.

Cremas

anti-escaras

- i. No está expresamente excluido del PBS. Está incluido en el PBS.
- ii. En aplicación de la C-313 de 2014, no se debe interpretar que podrían estar excluidas al

subsumirlas en la categoría de “lociones hidratantes” o “emulsiones corporales”.

iii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela.

iv. Si no existe orden médica:

a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de las cremas anti-escaras condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante.

b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.

i. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar cremas anti-escaras por vía de tutela.

i. Están expresamente excluidos del PBS.

i. Excepcionalmente pueden suministrarse por vía de tutela, si se acreditan los siguientes requisitos (reiterados en la C-313 de 2014):

a) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud grave, claro y vigente que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

b) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

c) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

d) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

i. En el caso que no cuente con prescripción médica, el juez de tutela puede ordenar el diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.

Sillas de ruedas de impulso manual

i. No están expresamente excluidas del PBS. Están incluidas en el PBS.

ii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela.

iii. Si no existe orden médica:

a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de las sillas de ruedas condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante.

b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.

i. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar sillas de ruedas por vía de tutela.

Transporte

intermunicipal

i) Está incluido en el PBS.

ii) Se reitera que los lugares donde no se cancele prima adicional por dispersión geográfica, se presume que tienen la disponibilidad de infraestructura y servicios necesarios para la atención en salud integral que requiera todo usuario; por consiguiente, la EPS debe contar con una red de prestación de servicios completa. De tal forma, si un paciente es remitido a una IPS ubicada en un municipio diferente a su domicilio, el transporte deberá asumirse con cargo a la UPC general pagada a la entidad promotora de salud, so pena de constituirse en una barrera de acceso que ha sido proscrita por la jurisprudencia constitucional e incumplir las obligaciones derivadas del art. 178 de la Ley 100 de 1993.

iii) No es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS.

iv) No requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema (prescripción, autorización y prestación). Es obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización del servicio en un municipio diferente al domicilio del paciente.

v) Estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS.

Servicio de enfermería

1. Está incluido en el PBS.
2. Se constituye en una modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria. El servicio se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y no sustituye el servicio de cuidador.
3. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela.
4. Si no existe orden médica, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional procedió a estudiar los casos en concreto, declarando carencia actual de objeto por situación sobreviniente en veinte expedientes y por hecho superado en seis asuntos. Frente a los demás casos sub examine analizó las pretensiones formuladas de conformidad con las subreglas planteadas anteriormente.

1. En los expedientes T-4.681.096, T-4.852.012, T-4.926.429 y T-4.930.312, al contrastar con las subreglas fijadas se determinó la ausencia de una prescripción médica y no se evidenció un hecho notorio que denotara la necesidad de las tecnologías solicitadas, por tanto se dispuso el amparo del derecho a la salud en su faceta de diagnóstico y se ordenó a las EPS que remitan a los pacientes al profesional tratante, para que éste les realice un examen médico y determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que requieren.

1. En el expediente T-4.683.196, se advirtió la existencia de una prescripción médica del año 2013, ratificada en septiembre de 2020, por lo que se otorgó el amparo directo ordenando la entrega de los pañales. Respecto de los demás servicios solicitados se ordenó el amparo en faceta de diagnóstico ante la ausencia de formula del profesional de la salud y la evidencia de un hecho notorio.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos decretada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Auto de marzo 17 de 2015, para adoptar una decisión definitiva en los procesos de la referencia.

SEGUNDO. En relación con el expediente T-4.681.096, REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el ocho (8) de septiembre de dos mil catorce (2014), por el Juzgado el Civil Municipal de Facatativá, en el proceso de acción de tutela promovido por Juana Nelly Rodríguez contra Salud Total E.P.S., que negó la tutela invocada. En su lugar CONCEDER el amparo de su derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico.

TERCERO. ORDENAR a Salud Total E.P.S. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, remita a Juana Nelly Rodríguez a su médico tratante, para que éste determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que la paciente requiere. DISPONER el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el auto 061 de 2015, una vez se haya efectuado la revisión médica ordenada en este numeral.

CUARTO. En relación con el expediente T-4.682.705, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali el veintidós (22) de agosto de dos mil catorce (2014), en el cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de Alcira Urueña de Maya y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

QUINTO. Respecto al expediente T-4.682.892, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Municipal de Caloto, Cauca, el veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014), en la cual se ampararon parcialmente los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de José Aldemar Romero Duque y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

SEXTO. En relación con el expediente T-4.683.196, REVOCAR la sentencia proferida el veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, en el proceso de acción de tutela promovido por Mariela Fori Páez en representación de Miguel Ángel Larrahondo Fori, contra EMSSANAR E.S.S., que negó la tutela invocada. En su lugar CONCEDER el amparo de su derecho fundamental a la salud en su faceta prestacional.

SÉPTIMO. LEVANTAR las medidas cautelares decretadas en el auto 063 de 2015 y ORDENAR a EMSSANAR EPS. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a Miguel Ángel Larrahondo Fori los pañales en la cantidad señalada en la última prescripción emitida por el médico tratante (120 unidades mensuales). Igualmente, frente a las demás pretensiones formuladas, se dispondrá que la EPS accionada remita a Miguel Ángel Larrahondo Fori a su médico tratante, para que éste determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que la paciente requiere.

OCTAVO. Respecto al expediente T.4.693.923, REVOCAR la sentencia proferida el veintiocho

(28) de agosto de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Cúcuta, en el proceso de acción de tutela promovido por Martín José Herrera Castro en representación de Manuel Enrique Herrera Morales, contra NUEVA E.P.S., que negó la tutela invocada. En su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

NOVENO. En relación con el expediente T-4.705.053, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, el diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), en la cual se ampararon los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de Aristarco Romero García y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

DÉCIMO. Respecto al expediente T-4.708.213, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, Risaralda, el once (11) de agosto de dos mil catorce (2014), en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de Heraldo Antonio Rivillas Montoya, y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

DÉCIMO PRIMERO. Respecto al expediente T-4.782.455, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Menor Cuantía y de Oralidad Barranquilla el veintiuno (21) de noviembre de dos mil catorce (2014), en la cual se negó el amparo de los derechos a la vida digna y a la salud de Bertilda Inés Gutiérrez Borja y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

DÉCIMO SEGUNDO. Respecto del expediente T-4.783.590, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá el nueve (09) de septiembre de dos mil catorce (2014), en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a salud de Elcira Motta de Becerra y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

DÉCIMO TERCERO. Respecto al expediente T-4.786.090, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sesenta y Tres Civil de Bogotá el veintinueve (29) de septiembre de dos mil catorce (2014), en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de Edelmira Parada Ruiz, y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

DÉCIMO CUARTO. Respecto al expediente T-4.791.082, REVOCAR la sentencia proferida el tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Doce Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, en el proceso de acción de tutela promovido por Sara Soledad Sánchez Benavides en representación de Rodolfo Gelasio Sánchez Benavides, contra Sanitas E.P.S., que negó la tutela invocada. En su lugar DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado.

DÉCIMO QUINTO. Respecto al expediente T-4.791.687, REVOCAR la sentencia proferida el treinta y uno (31) de octubre de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Doce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, en el proceso de acción de tutela promovido por la señora Suraya Gadban Reyes en representación de Oliva Reyes de Gadban, contra Sanitas E.P.S., que negó la tutela invocada. En su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

DÉCIMO SEXTO. Respecto al expediente T-4.796.573, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali el veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014), en la cual se declaró improcedente por subsidiariedad la acción de tutela interpuesta a favor Herlinda Preciado Montaña, y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

DÉCIMO SÉPTIMO. Respecto al expediente T-4.831.732, REVOCAR la sentencia proferida el dos (2) de marzo de dos mil quince (2015) por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que confirmó la decisión proferida el dieciséis (16) de enero de dos mil quince (2015) por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso de acción de tutela promovido por Ester Lucía Guzmán Sierra en representación de Juan Bautista Mercado González, contra el Ministerio de Defensa y la Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Armadas, que negó la tutela invocada. En su lugar DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado.

DÉCIMO OCTAVO. Respecto al expediente T-4.831.896, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de tierras de San Juan de Pasto el veintiocho (28) de enero de dos mil quince, en la cual se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta a favor de Josefina Gómez de López y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

DÉCIMO NOVENO. Respecto al expediente T-4.832.661, REVOCAR la sentencia proferida el tres (3) de febrero de dos mil quince (2015), por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Cali, en el proceso de acción de tutela promovido por Efraín Loba en representación de María Lucelis Loba Arango, contra Emssanar E.P.S., que negó la tutela invocada. En su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado.

VIGÉSIMO. En relación con el expediente T-4.835.720, REVOCAR la sentencia proferida el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil catorce, por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, en el proceso de acción de tutela promovido por Henry de Jesús Toro Ríos como agente oficioso de Mercedes Ríos de Toro contra Nueva EPS, que negó la tutela invocada. En su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

VIGÉSIMO PRIMERO. Respecto al expediente T-4.847.464, REVOCAR la sentencia proferida

por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cúcuta el nueve (09) de octubre de dos mil catorce (2014), en el cual se ampararon parcialmente los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de María Celina Contreras Pérez, y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

VIGÉSIMO SEGUNDO. En relación con el expediente T-4.484.232, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sesenta y Dos Civil Municipal de Bogotá el veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015), en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de Joselin Puentes Rodríguez y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

VIGÉSIMO TERCERO. Respecto al expediente T-4.852.012, REVOCAR la sentencia proferida el treinta (30) de enero de dos mil quince (2015), por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Tuluá, en el proceso de acción de tutela promovido por María Esperanza Quintero Ruiz, actuando en representación de su hija Isabella Aguirre Quintero, contra Emssanar E.P.S. En su lugar CONCEDER el amparo de su derecho fundamental a la salud en la faceta de diagnóstico.

VIGÉSIMO CUARTO. ORDENAR a la Emssanar EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, remita Isabella Aguirre Quintero a su médico tratante, para que éste determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que la paciente requiere.

VIGÉSIMO QUINTO. Respecto al expediente T-4.852.755, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías el treinta (30) de diciembre de dos mil catorce (2014), en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de María Jacinta Murillo Rodríguez y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

VIGÉSIMO SEXTO. En relación con el expediente T-4.883.565, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Riosucio, Caldas, el cuatro (04) de febrero de dos mil quince (2015), en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de María Graciela Montoya de Suárez y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Respecto al expediente T-4.886.606, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga el veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015), en la cual se amparó los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de Aliria Osorio de Camargo y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

VIGÉSIMO OCTAVO. Respecto al expediente T-4.893.416, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), en la cual se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por Jorge Alirio Fernández Solarte como agente oficioso de Héctor Alonso Solarte y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

VIGÉSIMO NOVENO. Respecto al expediente T-4.900.966, REVOCAR la sentencia proferida el veinte (20) de marzo de dos mil quince (2015), por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, que confirmó el fallo proferido el seis (6) de febrero de dos mil quince (2015), por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Ibagué, en el proceso de acción de tutela promovido por Nelson Germán Castro Gutiérrez actuando en representación de su madre Gloria Gutiérrez de Oviedo, contra Salud Total E.P.S., que negó la tutela invocada. En su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado.

TRIGÉSIMO. Respecto al expediente T-4.901.031, REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil, el veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015) Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Cúcuta, el cual negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de Rafael Enrique Mariño Jaimes, y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Respecto al expediente T-4.918.485, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá el dos (02) de marzo de dos mil quince (2015), en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de María Elisa Castro de Pedreros y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Respecto al expediente T-4.925.320, REVOCAR la sentencia proferida por el Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Tolima el veintinueve (29) de enero de dos mil quince, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, Tolima, el dieciocho (18) de noviembre de dos mil catorce, en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de Ana Cristina García y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

TRIGÉSIMO TERCERO. Respecto al expediente T-4.926.429, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá D. C. el cinco (05) de marzo de dos mil quince (2015), en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de Flor Stella González de González y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

TRIGÉSIMO CUARTO. Respecto al expediente Expediente T-4.926.429 REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá D. C. el cinco (05) de marzo de dos mil quince (2015), en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de Wendy Tatiana Ramos González y, en su lugar, AMPARAR el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico.

TRIGÉSIMO QUINTO. ORDENAR a Medimas EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, remita a Wendy Tatiana Ramos González a su médico tratante, para que éste determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que la paciente requiere.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. ORDENAR a Nueva EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, remita a Valentina Martínez Madrigal a su médico tratante, para que éste determine cuáles son los servicios y tecnologías en salud que la paciente requiere.

TRIGÉSIMO OCTAVO. LÍBRENSE las comunicaciones previstas por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

RICHARD RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (e.)

Aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA SU508/20

DERECHO A LA SALUD-Regla de acceso a servicios y tecnologías en salud que se requieren con necesidad, expresamente excluidos del Sistema de Salud (Aclaración de voto)

Primero, que la ausencia del servicio excluido debe amenazar o vulnerar de forma clara los derechos a la vida, a la salud o a la integridad física o psicológica de la persona. Segundo, que no exista otro servicio de salud que garantice la salud de la persona con un nivel de efectividad igual o superior al que alcanzaría el servicio excluido. Tercero, que la persona carezca de los recursos suficientes para sufragar el costo del servicio de salud excluido que requeriría. Y cuarto, que la solicitud del servicio de salud excluido expresamente del Sistema de Salud, tenga sustento en la evidencia científica y médica aplicada al caso específico (esto es, que haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la Entidad Prestadora de Salud a la que se solicita el suministro o, en su defecto, al Sistema).

SERVICIO O TECNOLOGIA EN SALUD-Alcance en el Plan de Beneficios en Salud (Aclaración de voto)

Con las expresiones 'servicio o tecnología en salud' se cubre cualquier servicio de salud, esto es, medicamentos, fármacos, cirugías, tratamientos, procedimientos o incluso complementos y suministro de ayudas como pañales o sillas de ruedas. Cualquier servicio de salud que no haya sido excluido expresamente del Sistema se ha de entender que es un 'servicio o tecnología en salud' incluido y al alcance de la práctica médica, que lo podrá ordenar cuando las personas lo requieran.

Referencia: Expedientes T-4681096, T-4682705, T-4682892, T-4683196, T-4693923, T-4705053, T-4708213, T-4782455, T-4783590, T-4786090, T-4791082, T-4791687, T-4796573, T-4831732, T-4831896, T-4832661, T-4835720, T-4847464, T-4848232, T-4852012, T-4852755, T-4883565, T-4886606, T-4893416, T-4900966, T-4901031, T-4918485, T-4925320, T-4926429, T-4930312 (AC).

Una decisión saludable

1. Acompaño y celebro la decisión de la Sala Plena adoptada en la Sentencia SU-508 de 2020,²¹⁶ pues representa el compromiso actual y firme de esta Corte con la garantía del goce efectivo del derecho fundamental a la salud de toda persona, en su dimensión de acceso a los servicios de salud que se requieran con necesidad. Se trata de una línea jurisprudencial establecida desde la década de los noventa del siglo pasado,²¹⁷ consolidada en el presente siglo²¹⁸ y reiterada en el proceso de revisión de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria en salud, antes de haber sido finalmente aprobada y sancionada por el Presidente de la República.

a. El derecho constitucional fundamental a acceder a los servicios de salud que se requieran, no excluidos expresamente

1. La Sentencia SU-508 de 2020 retoma la jurisprudencia constitucional en salud, la actualiza y defiende su vigencia. Partiendo de la Constitución, la jurisprudencia aplicable, y el avance y desarrollo que supuso la expedición de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015), se reconoce que toda persona tiene derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera y no estén excluidos del Sistema de Salud, por medio de un proceso transparente, participativo, deliberativo y fundado en la mejor evidencia.²¹⁹

1. La defensa de esta regla fundamentada en la Constitución, la Ley Estatutaria y el resto del ordenamiento aplicable es crucial, porque asegura al saber médico la capacidad de contemplar todos aquellos servicios de salud disponibles, al momento de establecer cuál es

el tratamiento que debe recibir una persona. No es razonable que un profesional de la medicina no pueda considerar un servicio de salud que puede garantizar el goce efectivo de los derechos a la vida, la integridad física y psicológica, la salud y, por supuesto, la dignidad de una persona. El ejercicio médico no puede estar sometido a obstáculos y barreras irrazonables, por ejemplo de carácter administrativo, que le impidan tomar las decisiones adecuadas para la salud, considerando la mejor evidencia y conocimiento científico aplicable a la individualidad biológica de cada quien.

1. Ahora bien, la Sala Plena de la Corte también reconoce que de manera claramente excepcional es posible garantizar el acceso a un servicio de salud que esté excluido del Sistema de Salud.²²⁰ Bajo el actual desarrollo constitucional y normativo, se enfrenta una situación distinta a la que existía antes de la expedición de la Ley Estatutaria y sus posteriores reformas legales y reglamentarias. Se entendía que, en principio, las personas sólo tenían acceso a los servicios de salud expresamente reconocidos en el plan de servicios (en aquel tiempo, el llamado ‘Plan Obligatorio de Salud’, POS). Todo servicio distinto a los expresamente reconocidos podía llegar a ser considerado, pero como un servicio no contemplado por no estar incluido. Ahora, como lo dicen las reglas aplicables y lo reconoce nuevamente la Corte Constitucional, el Sistema contempla todo servicio de salud que no esté expresamente excluido. Hoy existe un Plan de Beneficios en Salud (PBS) en el que se incluyen de manera expresa ciertos servicios y tecnologías de salud. Pero la regla es clara: el Sistema de Salud contempla todo servicio que no ha sido excluido expresamente.

b. De la regla de acceso a servicios no incluidos expresamente en un Plan a la regla de acceso a servicios de salud expresamente excluidos del Sistema

1. En la Sentencia SU-508 de 2020 se indicó que es posible conceder de forma excepcional el suministro de servicios de salud que han sido excluidos cuando sea claro que se requieren necesariamente, lo cual se establece de acuerdo con los siguientes cuatro presupuestos.²²¹ Primero, que la ausencia del servicio excluido debe amenazar o vulnerar de forma clara los

derechos a la vida, a la salud o a la integridad física o psicológica de la persona. Segundo, que no exista otro servicio de salud que garantice la salud de la persona con un nivel de efectividad igual o superior al que alcanzaría el servicio excluido. Tercero, que la persona carezca de los recursos suficientes para sufragar el costo del servicio de salud excluido que requeriría. Y cuarto, que la solicitud del servicio de salud excluido expresamente del Sistema de Salud, tenga sustento en la evidencia científica y médica aplicada al caso específico (esto es, que haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la Entidad Prestadora de Salud a la que se solicita el suministro o, en su defecto, al Sistema).²²²

1. Originalmente, la Corte había considerado criterios similares a los anteriores, pero para el contexto normativo y regulatorio anterior, esto es, aquel en el cual la negativa de la respectiva institución se fundamentaba “en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que [prohibían] la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado”,²²³ situación que no ocurre en la actualidad. Tales criterios fueron retomados por la Corte durante el análisis de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria del derecho a la salud, teniendo en cuenta que para entonces seguía vigente el POS y su regulación respectiva. De hecho, y valga precisar, la Corte sabía que su análisis no era sobre una norma legal vigente y aplicable, sino sobre una norma que hacía parte de un proyecto de ley aún no vigente. En efecto, la Sentencia C-313 de 2014 se dictó el 29 de mayo de ese año y la ley estatutaria entró en vigencia a partir de su publicación, el 16 de febrero del año siguiente, el 2015. Dijo la Sentencia C-313 de 2014 al respecto:

“Antes de proceder a la revisión pormenorizada de los literales en los cuales quedaron estipuladas las exclusiones, es oportuno recordar que esta Corporación ya ha establecido los presupuestos para inaplicar las normas que regulan la exclusión de procedimientos y medicamentos del plan obligatorio de salud POS. Desde la sentencia SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se fueron decantando tales criterios y particularmente en la sentencia T-237 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, [...]”²²⁴

1. En tal oportunidad la Corte Constitucional indicó expresamente que la aparición de la nueva ley estatutaria de forma alguna recortaba el derecho constitucional fundamental de toda persona a acceder a los servicios de salud que ‘requiera con necesidad’. Por tanto, consideró que la nueva ley debía ser entendida en esta clave constitucional, sin recorte alguno. Por eso, luego de haber dicho lo anteriormente citado, la Corte sostuvo lo siguiente:

“Como se puede apreciar, la providencia transcrita incorpora todos los elementos de lo que la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal Constitucional ha denominado, refiriéndose a las tecnologías o servicios en materia de salud, como ‘requerido con necesidad’. Si bien es cierto, en esta decisión, al estudiarse la constitucionalidad de preceptos como los contenidos en el literal e) del inciso 2º. del artículo 6 o, en el párrafo 1º del inciso 2 del artículo 10, la Corte aclaró que ‘requerido con necesidad’ no podía entenderse en el sentido acuñado por la jurisprudencia, igualmente, resulta cierto que al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como ‘requerido con necesidad’, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud, pero, también se advierte cuál es su lugar y, en cuales circunstancias opera.

La precisión inmediatamente referida resulta importante, pues, la expresión en comentario no tiene el mismo significado a lo largo del texto expedido por el legislador estatutario. En suma, al momento de resolverse la aplicabilidad o inaplicabilidad de alguna de las exclusiones, el intérprete correspondiente, habrá de atender lo considerado por la jurisprudencia en las numerosas decisiones de tutela en las cuales ha tenido oportunidad de proteger el derecho a la salud acorde con las exigencias indicadas en la providencia antes transcrita.”²²⁵

1. La Sentencia SU-508 de 2020 se adopta en un contexto normativo diferente, como ya se dijo. Ahora la ley estatutaria de salud no es un proyecto, es una ley que está en vigencia. Ya

no existe el POS y el nuevo plan explícito con que cuenta el Sistema, el PBS, claramente no limita las decisiones médicas, pues los profesionales de la salud sólo deben dejar de considerar aquellos servicios o tecnologías que expresamente fueron excluidos. Cuando no se haya tomado tal decisión de exclusión, es posible que el servicio en cuestión sí sea considerado.

1. A continuación, haré referencia a dos aspectos importantes a tener en cuenta en el momento de aplicar y considerar estos criterios.

c. Cuestiones puntuales sobre la regla

1. Me parece importante aclarar las siguientes dos cuestiones sobre la regla establecida por la Sala Plena, retomando la jurisprudencia, para garantizar el derecho a acceder excepcionalmente a servicio de salud excluidos del Sistema, cuando se requieran con necesidad, ante una clara y grave afectación del derecho a la salud.

1. Ahora bien, con las expresiones ‘servicio o tecnología en salud’ se cubre cualquier servicio de salud, esto es, medicamentos, fármacos, cirugías, tratamientos, procedimientos o incluso complementos y suministro de ayudas como pañales o sillas de ruedas. Cualquier servicio de salud que no haya sido excluido expresamente del Sistema se ha de entender que es un ‘servicio o tecnología en salud’ incluido y al alcance de la práctica médica, que lo podrá ordenar cuando las personas lo requieran.

1. Segundo, el juez de tutela debe constatar que en efecto sea necesario acceder al servicio de salud excluido. Se requiere un especial cuidado por parte de los profesionales de la salud,

para poder exceptuar la decisión expresa de dejar por fuera del Sistema de Salud la posibilidad de ofrecer un determinado servicio. Durante la vigencia del antiguo Plan Obligatorio de Salud (el POS), el sistema de considerar solamente lo incluido y el hecho de que el plan estaba desactualizado, llevaba a las personas que practican la medicina a tener que considerar frecuentemente servicios de salud que no habían sido contemplados expresamente. De hecho, las nuevas tecnologías, que protegían mejor la salud a menores costos, sólo podían ser consideradas excepcionalmente. La situación actual es distinta. Si un profesional de la salud debe contemplar un servicio que está excluido, debe ser porque no sirve ninguno de aquellos que no han sido dejados de lado, bien sea que se encuentre o no explícito en el PBS, esto es, el Plan de Beneficios en Salud.

1. Mientras que, en esta clase de casos, al juez de tutela le tocaba verificar si tutelaba el acceso a cualquier servicio no incluido expresamente en el plan, ahora sólo le correspondería hacerlo cuando expresamente, por un proceso deliberativo y participativo, se dejó por fuera. Por supuesto, no dar acceso a un servicio ordenado medicamente, simplemente por no estar incluido en el PBS, es una clara violación del derecho a la salud. Es un caso similar a lo que ocurría antes, cuando no se concedía un servicio de salud a pesar de estar en el plan de aquel entonces (en el POS). Hoy sólo está por fuera lo que está expresamente excluido.

1. En estos términos, uno de los requisitos que es necesario cumplir en sede de tutela, para poder excepcionar el suministro de una exclusión, consiste en que el juez constitucional debe verificar que dentro de la totalidad de servicios y tecnologías, se encuentren o no expresamente establecidas en el PBS, no haya ningún otro servicio o tecnología con la cual se pueda suplir con el mismo o mejor nivel de efectividad al que fue excluido expresa, participativamente y en deliberación.

1. Así pues, en estos términos, para celebrar esta saludable decisión, que protege y actualiza la jurisprudencia constitucional en materia de salud, dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO (e)

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

A LA SENTENCIA SU.508/20

DERECHO A LA SALUD Y AL DIAGNOSTICO-Improcedencia de ordenar suministro de servicios y tecnologías en salud cuando no existe prescripción médica (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SALUD Y AL DIAGNOSTICO-Suministro excepcional de servicios y tecnologías en salud cuando no existe prescripción médica, solo cuando esté demostrada la incapacidad económica del accionante (Aclaración de voto)

Expediente: T-4.681.096 AC

Magistrados ponentes:

ALBERTO ROJAS RÍOS

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Con el debido respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, presento aclaración de voto en relación con la sentencia de la referencia. Comparto los resolutivos de la providencia; sin embargo, considero necesario precisar el alcance de la regla fijada en la parte motiva en relación con la facultad del juez de tutela de ordenar el suministro de servicios y tecnologías en salud cuando no existe orden médica.

La mayoría de la Sala Plena concluyó que el juez de tutela debe ordenar el suministro de servicios y tecnologías en salud incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (en adelante, PBS) cuando, a pesar de no existir prescripción médica, la necesidad del accionante de acceder a dichos insumos es un hecho notorio. Asimismo, la Sala aclaró que en estos casos el juez no puede exigir la prueba de la incapacidad económica del accionante como requisito para ordenar el suministro. Esto, en atención a que los servicios y tecnologías incluidos en el PBS se financian con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante, SGSSS) y, por lo tanto, deben suministrarse a las personas que los requieran.

Discrepo de esta regla porque considero que (1) el juez de tutela no puede ordenar el suministro de servicios y tecnologías en salud cuando no existe prescripción médica. En este escenario, únicamente es procedente amparar el derecho al diagnóstico y ordenar el suministro transitorio. En cualquier caso, (2) el suministro transitorio solo puede ser ordenado si existe prueba de la incapacidad económica del accionante.

1. El juez de tutela no puede ordenar el suministro de servicios y tecnologías en salud cuando no existe prescripción médica. De un lado, el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015 dispone que el médico tratante es el competente para decidir sobre el diagnóstico, el tratamiento y los servicios y tecnologías en salud que un paciente necesita, con base en su criterio científico y en el conocimiento de las circunstancias de salud de la persona que tiene a su cargo. De esta forma, la jurisprudencia constitucional²²⁶ ha sostenido que, si un ciudadano requiere un insumo médico, está en la obligación de solicitar una cita con un profesional de la salud adscrito a la red de servicios de su EPS con el objeto de que sea este quien ordene el suministro. Encuentro que, en principio, la obligación de acudir al médico tratante no constituye una carga desproporcionada para las personas. Por lo tanto, si el accionante no ha cumplido con esta carga, el juez de tutela no puede ordenar el suministro directo de los servicios o tecnologías en salud solicitadas. De otro lado, la necesidad de un insumo médico no puede considerarse un hecho notorio para el juez de tutela, dado que carece de los conocimientos médicos para valorar la condición de salud del accionante y, correlativamente, para determinar si el paciente tiene la necesidad de acceder a un servicio o tecnología que permita tratar sus patologías. La historia clínica o las declaraciones del accionante –o de sus familiares– referidas a su estado de salud no tienen el mismo valor probatorio que la prescripción médica y tampoco permiten al juez de tutela inferir, con el grado de certeza requerido, la necesidad del insumo.

En estos términos, considero que el remedio judicial adecuado en aquellos casos en los que no existe orden médica, pero existen pruebas en el expediente que demuestran, con un alto grado de certeza, que el insumo respectivo es necesario para evitar una afectación del derecho a la salud del accionante, es (i) el amparo del derecho al diagnóstico y (ii) el suministro transitorio de los servicios o tecnologías en salud que se solicitan. Esta alternativa permite garantizar el derecho a la salud del accionante, porque el suministro de la tecnología en salud respectiva estará vigente tanto el médico tratante lo confirme. Al mismo tiempo, reconoce que la facultad de ordenar el suministro de los insumos médicos es del profesional de la salud porque, en caso de que este considere que el paciente no necesita el insumo, se suspenderá el suministro.

2. La prueba de la incapacidad económica del accionante es un requisito para que el juez de tutela pueda ordenar, excepcionalmente, el suministro transitorio de los servicios y tecnologías en salud incluidos en el PBS. Considero que, en todo caso, el juez de tutela no puede ordenar el suministro transitorio de los insumos solicitados cuando no existe prueba de la incapacidad económica del accionante. Esto es así por tres razones. Primero, en virtud del principio de solidaridad (art. 49 de la CP), el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 prescribe que toda persona tiene el deber constitucional de procurar el cuidado integral de su salud y de “contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago”. Segundo, el principio de igualdad y equidad en las cargas públicas exige que los recursos del SGSSS, que son escasos, sean destinados, de forma prioritaria, a las personas de bajos recursos que demuestren que los necesitan de manera urgente y que no tienen la capacidad de pago para adquirirlos²²⁷. Así, la valoración de la capacidad económica garantiza que los hogares más vulnerables económicamente no asuman una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares de mayores recursos²²⁸. Tercero, la valoración de la capacidad económica contribuye a proteger el principio de sostenibilidad financiera del SGSSS. Esto, porque garantiza que los recursos necesarios para la protección progresiva del derecho a la salud sean utilizados bajo criterios de eficiencia y racionalidad²²⁹, lo cual, a su vez, contribuye a alcanzar (a) la viabilidad del SGSSS, (b) su permanencia en el tiempo²³⁰, y (c) una mayor cobertura²³¹.

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (e)

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA SU508/20

LEY ESTATUTARIA DE SALUD-Subreglas para suministro de elementos excluidos expresamente del plan de beneficios en salud, desconocen el nuevo modelo de atención en salud y resultan innecesarias para solucionar casos concretos (Aclaración de voto)

Expediente: T-4.681.096 AC.

Magistrados sustanciadores:

Alberto Rojas Ríos y

José Fernando Reyes Cuartas

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, me permito aclarar mi voto al fallo de la referencia.

Si bien compartí la decisión adoptada en la mencionada sentencia en tanto se amparó el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico de los accionantes, aclaro mi voto pues a mi juicio las subreglas establecidas en la sentencia, especialmente aquellas relacionadas con el suministro de elementos excluidos expresamente del plan de beneficios en salud -PBS-, basadas en la reiteración de reglas previas a la expedición de la Ley Estatutaria de Salud – Ley 1751 de 2015, LeS-, no sólo desconocen el nuevo modelo de atención en salud adoptado en dicha ley, sino que resultaban innecesarias para la solución de los casos concretos.

Tales subreglas desconocen el cambio de paradigma de la nueva norma estatutaria y la prohibición de financiación con recursos del sistema de los elementos excluidos bajo el nuevo esquema de determinación, contenido en el artículo 15 de la ley, en los términos de la Sentencia C-313 de 2014.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

1 El Decreto 2519 de 2015 dispuso la liquidación de Caprecom EICE. El proceso de liquidación finalizó el 28 de enero de 2017.

2 La Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 002426 del 19 de julio de 2017, aprobó Plan de Reorganización Institucional presentado por Cafesalud, consistente en la creación, de una nueva entidad a saber, MEDIMAS EPS SAS identificada con NIT. 901.097.473-5. El artículo segundo del citado acto administrativo dispuso, además, la aprobación de cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios descritos en la solicitud, y la cesión total de los afiliados, así como la habilitación como Entidad Promotora de Salud de Cafesalud EPS, a la sociedad Medimás EPS S.A.S, en su calidad de beneficiaria del Plan de Reorganización propuesto. Posteriormente, a través de la Resolución 07171 de 2019 ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar Cafesalud EPS S.A.

3 La Superintendencia Nacional de Salud, a través de la Resolución 002414 de 2015, dispuso la liquidación de Saludcoop EPS Organismo Cooperativo.

4 Cfr. Nota al pie No. 1.

5 Cfr. Nota al pie No. 2.

6 Cfr. Nota al pie No. 3.

7 Los apellidos se muestran tal como se indican en los documentos de identificación.

8 Cuaderno 2, fl. 16 ss.

9 Cuaderno 2, fl. 43 ss.

10 Cuaderno 2, fl.12 ss.

12 Además, fue verificado el 26 de octubre de 2020 en la BDUA-ADRES.

13 C. Const., sentencia de tutela T-719 de 2015.

14 C. Const., sentencias de tutela T-594 de 2016, T-235 de 2018.

15 C. Const., sentencia de tutela T-594 de 2016.

16 C. Const., sentencias de tutela T-594 de 2016, T-235 de 2018.

17 C. Const., sentencia de tutela T-044 de 1996, reiterada en sentencia T-235 de 2018.

18 C. Const., sentencias de tutela T-200 de 2016, T-594 de 2016.

19 C. Const., sentencia de tutela T-594 de 2016.

20 C. Const., sentencias de tutela T-452 de 2001, T-372 de 2010, T-968 de 2014, T-014 de 2017,

21 C. Const., sentencia de tutela T-594 de 2016.

22 C. Const., sentencia de tutela T-1015 de 2006, T-180 de 2011, T-373 de 2015, T-594 de 2016, T-235 de 2018.

23 C. Const., sentencia de tutela T-594 de 2016.

24 C. Const., sentencia de tutela T-594 de 2016.

25 C. Const., sentencias de tutela T-1316 de 2001, T-702 de 2008, T-494 de 2010, T-232 de 2013, T-527 de 2015, T-235 de 2018.

26 C. Const., sentencia de tutela T-235 de 2018.

27 C. Const., sentencias de tutela T-373 de 2015, T-235 de 2018.

28 C. Const., sentencias de tutela T-719 de 2015, T-014 de 2017.

29 C. Const., sentencia de tutela T-171 de 2018.

30 C. Const., sentencia de tutela T-825 de 2012.

31 C. Const., sentencia de unificación SU-124 de 2018, consideración 22.

32 C. Const., sentencia de tutela T-825 de 2012.

33 C. Const., sentencia de unificación SU-124 de 2018.

34 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-119 de 2008, reiterada en sentencia SU-124 de 2018.

35 C. Const., sentencia de unificación SU-124 de 2018.

36 En relación con los sujetos de especial protección constitucional, el párrafo del artículo 6 de la LeS, dispuso que los principios del derecho fundamental a la salud “se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.”

37 C. Const., sentencia de tutela T-235 de 2018. Esta postura, sin embargo, es minoritaria en las Salas de Revisión de tutelas.

38 C. Const., sentencia de unificación SU-124 de 2018.

39 C. Const., sentencia de unificación SU-124 de 2018.

41 C. Const., sentencia de tutela T-206 de 2013, reiterada en sentencia T-014 de 2017.

42 C. Const., sentencia de tutela T-235 de 2018.

43 C. Const., sentencia de tutela T-218 de 2018, reiterada en las sentencias T-025, T-527 y T-528 de 2019, entre otras

44 C. Const., sentencia de tutela T-206 de 2013, reiterada en sentencia T-014 de 2017.

45 Véase C. Const., sentencia de tutela T-603 de 2015.

46 C. Const., sentencia de tutela T-603 de 2015.

47 C. Const., sentencia de tutela T-603 de 2015.

48 C. Const., sentencia de tutela T-234 de 2013.

49 C. Const., sentencia de tutela T-234 de 2013, reiterada en sentencia T-014 de 2017, T-218

de 2018, entre otras.

50 C. Const., sentencia de tutela T-218 de 2018, reiterada en las sentencias T-025, T-527 y T-528 de 2019, entre otras.

51 La Corte ha indicado que, si bien no existe una norma expresa respecto de la procedencia de la agencia oficiosa en el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud, en virtud del artículo 1º del Código General del Proceso resulta aplicable la agencia oficiosa procesal regulada en el artículo 57 ejusdem. Sobre el particular, adujo que si bien es cierto, “la agencia oficiosa en uno y otro caso tienen similitudes, también lo es que en el caso del CGP, aplicable al trámite jurisdiccional ante la SNS, es necesario prestar caución, ratificar la demanda, es factible o incluso necesario suspender el proceso, y en caso de faltar la ratificación del agenciado, resultaría obligatorio declarar terminado el proceso, condenando en costas al agente. Estas circunstancias implican una diferencia significativa que impacta la eficacia del mecanismo principal pues generan: || □ Una barrera para el acceso al mecanismo, dependiente del costo asociado a la caución, en cabeza del agente. Se exige obligatoriamente la ratificación de la acción por parte del agenciado. Esta carga, que es razonable en escenarios procesales distintos a los de protección urgente de los derechos fundamentales, impone un requisito adicional al de la tutela, que solamente pretende la ratificación cuando ella sea posible. || □ Para la obtención de la ratificación es una facultad del juez suspender el trámite hasta por 30 días, con el fin de llevar a cabo la notificación del agenciado como parte en el proceso. Esta circunstancia contradice los principios de celeridad y eficacia que deberían observarse para la protección de derechos fundamentales, a fin de lograr una protección inmediata. || □ El solo hecho de que la actuación no sea ratificada por el agenciado implica la obligación del juez o la autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, de terminar el proceso, sin haber restablecido el derecho presuntamente vulnerado. || □ En caso de que no se presente la ratificación, se condena al agente en costas y perjuicios causados al demandado. Esto también puede implicar un desincentivo para el agente oficioso, en perjuicio de la necesidad de protección del agenciado.” Cfr. C. Const., sentencia de tutela T-061 de 2019.

52 C. Const., auto de seguimiento A- 668 de 2018.

53 Véase C. Const., sentencia de tutela T-114 de 2019; T-423 de 2019.

54 “Informe de Gestión- Supersalud agosto 2019 a junio 2020”, consultado en <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/planeacion/InformesGestion/RC%20-%20Informe%20Rendici%C3%B3n%20de%20cuentas%202019-2020.pdf>

55 C. Const., sentencia de tutela T-114 de 2019, reiterada por la sentencia T-192 de 2019.

56 C. Const., sentencia de tutela T-014 de 2017.

57 C. Const., sentencias de tutela T-200 de 2016, T-171 de 2018.

58 C. Const., sentencia de tutela T-235 de 2018: “Cabe anotar que en los casos de salud y sobre todo cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional se deben analizar las circunstancias de cada caso y no es necesario agotar per se el mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud. Esto cuando se ha advertido en el caso concreto la urgencia de la protección y el riesgo que se cierne sobre los derechos, de modo que el mecanismo ordinario no resultaría idóneo y la tutela procedería como medio principal de protección”. Asimismo, C. Const., sentencia de tutela T-171 de 2018.

59 C. Const., sentencias de tutela T-730 de 2003, T-768 de 2006, T-610 de 2011, T-899 de 2014, T-291 de 2017, T-235 de 2018.

60 C. Const., sentencia de tutela T-171 de 2018. Asimismo, véase C. Const., sentencia de tutela T-423 de 2019.

61 C. Const., sentencia de tutela T-291 de 2017.

62 C. Const., sentencia de tutela T-345 de 2009, reiterada por la sentencia T-291 de 2017.

63 C. Const., sentencia de unificación SU-522 de 2019.

64 C. Const., sentencia T-662 de 2016.

65 C. Const., sentencia SU-522 de 2019

66 Véase C. Const., sentencia de tutela T-308 de 2003, reiterada por las sentencias T-309 de 2006 y T-170 de 2009. Asimismo, véase C. Const., sentencia T-495 de 2005, reiterada por la sentencia T-409 de 2015.

67 C. Const., sentencia de tutela T-170 de 2009, reiterada por la sentencia T-498 de 2012. Asimismo, C. Const., sentencia T-576 de 2012.

68 C. Const., sentencia de tutela T-495 de 2005, reiterada por la sentencia T-409 de 2015.

69 C. Const., sentencia de tutela T-515 de 1992, reiterada por la sentencia T-308 de 2003.

70 C. Const., sentencia de tutela T-309 de 2006, reiterada por la sentencia T-170 de 2009. Asimismo, C. Const., sentencia de tutela T-311 de 2012, reiterada por la sentencia T-235 de 2018.

71 C. Const., sentencia de tutela T-562 de 2012.

72 C. Const., sentencia de tutela T-409 de 2015.

73 C. Const., sentencia de tutela T-308 de 2006, reiterada por las sentencias T-309 de 2006 y T-170 de 2009.

75 C. Const., sentencia de tutela T-308 de 2003.

76 C. Const., sentencia de unificación SU-522 de 2019.

77 C. Const., sentencia de unificación SU-522 de 2019.

78 C. Const., sentencia de tutela T-, reiterada en sentencias T-038 de 2019.

79 C. Const., sentencias de tutela T-467 de 2018, T-310 de 2018.

80 Véase C. Const., sentencia de tutela T-106 de 2018.

81 C. Const., sentencia de unificación SU-522 de 2019.

82 De acuerdo al anexo 1 del proyecto, el Juzgado doce Penal con función de conocimiento de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela el tres (03) de septiembre de dos mil catorce (2014).

83 Cuaderno 1, f. 41.

84 Cuaderno 1, f. 67.

85 En el anexo 1 se indica que el Juzgado quinto penal del circuito especializado de Medellín negó el amparo mediante sentencia del treinta y uno (31) de diciembre de dos mil catorce (2014).

86 En el anexo 1 se indica que el Juzgado primero penal municipal con funciones de conocimiento de Ibagué declaró el seis (06) de febrero de dos mil quince (2015) improcedente la acción de tutela; esta decisión fue confirmada por el Juzgado segundo penal del circuito con funciones de conocimiento de Ibagué el veinte (20) de marzo de dos mil quince (2015).

87 C. Const., sentencia de tutela T-673 de 2017.

88 C. Const., sentencia de tutela T-673 de 2017.

89 C. Const., sentencias de tutela T-1060 de 2012, T-940 de 2014, T-200 de 2016, T-171 de 2018, T-235 de 2018.

90 Durán S., Smela, 2010, op. Cit., p. 211.

91 Aguirre, Rosario, Los cuidados familiares como problema público y objeto de políticas, en CEPAL, Reunión de expertos: Políticas de las familias, protección e inclusión sociales, Sala Medina, 2005, p. 3.

92 Aguirre, Rosario, 2005, op. Cit., p. 4.

93 Aguirre, Rosario, 2005, op. Cit., p. 4.

94 Aguirre, Rosario, 2005, op. Cit., p. 8.

95 Gaceta del Congreso 116/2013, p. 3.

96 Gaceta del Congreso 116/2013, p. 3.

97 Gaceta del Congreso 116/2013, p. 3.

98 C. Const., sentencia de tutela T-760 de 2008. Véase también, C. Const., sentencia de

tutela T-171 de 2018.

99 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014; sentencias de tutela T-171 de 2018, T-235 de 2018, T-471 de 2018.

100 C. Const., sentencia de tutela T-171 de 2018.

101 En esa oportunidad la Corte señaló que “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.”

102 “El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías” (...) “la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna;(...)”

103 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-507 de 2004 y sentencias de tutela T-760 de 2008, T-036 de 2013, T-610 de 2013, T-252 de 2017, T-468 de 2018 y T-471 de 2018, entre otras.

104 C. Const., sentencias de constitucionalidad C-041 de 1994 y sentencias de tutela T-931 de 2004, T-036 de 2013 y T-610 de 2013, reiteradas por la sentencia T-471 de 2018.

105 C. Const., Sentencias de tutela T-754 de 2015 y T-471 de 2018.

107 C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

108 C. Const., sentencias de tutela T-634 de 2008, T-014 de 2017.

109 C. Const., sentencia de tutela T-014 de 2017.

110 C. Const., sentencias de tutela T-610 de 2013 y T-416 de 2016, reiteradas por la sentencia de tutela T-471 de 2018.

111 C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

112 C. Const., sentencias de tutela T-760 de 2008 y T-519 de 2014, reiteradas por la sentencia de tutela T-471 de 2018. Asimismo, sentencia de tutela T-540 de 2002, reiterada en sentencia T-519 de 2014.

113 Cfr. C. Const. sentencia C-765 de 2012.

114 Ley 1618 de 2013, artículos 9 y 10.

115 C. Const., sentencia de tutela T-519 de 2014.

116 C. Const., sentencia de tutela T-617 de 2000.

117 C. Const., sentencia de tutela T-899 de 2002.

118 Véase C. Const., sentencias de tutela T-224 de 1997, T-235 de 2018.

119 C. Const., sentencia de tutela T-519 de 2014.

120 C. Const., sentencia de tutela T-760 de 2008 y C-313 de 2014.

121 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. 1), recuperado en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14.

122 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. 1), recuperado en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14.

123 C. Const., sentencia de unificación SU-819 de 1999, reiterada en sentencia T-615 de 2003.

124 Véase C. Const., sentencia de unificación SU-819 de 1999.

125 C. Const., sentencia de unificación SU-819 de 1999.

126 C. Const., sentencia de tutela T-760 de 2008. Asimismo, véase C. Const., sentencia de unificación 480 de 1997.

127 C. Const., sentencia de tutela T-760 de 2008: son servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal.

128 C. Const., sentencia de tutela T-760 de 2008.

129 C. Const., sentencia de tutela T-760 de 2008.

130 C. Const., sentencia de tutela T-760 de 2008.

131 C. Const., sentencias de tutela T-1032 de 2001, T-237 de 2003, T-615 de 2003, T-566 de 2006, T-760 de 2008; sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

132 C. Const., sentencia de tutela T-760 de 2008.

133 El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 estableció que la actualización del POS se efectuará anualmente; sin embargo, la Ley 1438 de 2011 amplió el periodo de actualización a 2 años.

134 C. Const., sentencia de tutela T-760 de 2008: “Décimo séptimo. – Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Para el cumplimiento de esta orden la Comisión deberá garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2.). En dicha revisión integral deberá: (i) definir con claridad cuáles son los servicios de salud que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de ley así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) establecer cuáles son los servicios que están excluidos así como aquellos que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (iii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, en aras de una mayor protección de los derechos, según las prioridades en materia de salud; y (iv) tener en cuenta, para las decisiones de incluir o excluir un servicio de salud, la sostenibilidad

del sistema de salud así como la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación. || En la definición de los contenidos del POS deberá respetarse el principio de integralidad en función de los servicios de salud ordenados y de la atención requerida para las patologías aseguradas. || Los nuevos planes de beneficios de acuerdo a lo señalado antes deberán adoptarse antes de febrero uno (1) de 2009. Antes de esa fecha los planes serán remitidos a la Corte Constitucional y serán comunicados a todas las entidades Promotoras de Salud para que sea aplicado por todos los Comités Técnico Científicos de las EPS. Este plazo podrá ampliarse si la Comisión de Regulación en Salud, CRES, expone razones imperiosas que le impidan cumplir con esta fecha, la cual, en ningún caso podrá ser superior a agosto 1 de 2009. || En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada el 1° de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el cual deberá garantizar también la participación directa de la comunidad médica y de los usuarios” y “Décimo octavo. – Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud la actualización de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley. La Comisión presentará un informe anual a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación indicando, para el respectivo período, (i) qué se incluyó, (ii) qué no se incluyó de lo solicitado por la comunidad médica y los usuarios, (iii) cuáles servicios fueron agregados o suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas sobre cada servicio o enfermedad, y (iv) la justificación de la decisión en cada caso, con las razones médicas, de salud pública y de sostenibilidad financiera. || En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada el 1° de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Cuando sea creada la Comisión de Regulación ésta deberá asumir el cumplimiento de esta orden y deberá informar a la Corte Constitucional el mecanismo adoptado para la transición entre ambas entidades.”

135 Gaceta del Congreso 116/2013, p. 2: “Con el paso de los años, los colombianos han identificado los inconvenientes de mayor relevancia en la operación del SGSSS:

a) En término de los servicios que los ciudadanos reciben, así:

1. Acceso inoportuno a los servicios en los diferentes niveles de complejidad (desde la promoción hasta la recuperación), siendo una muestra de ello, los tiempos que toman los

pacientes con enfermedades de alto costo en ser diagnosticados e iniciados sus tratamientos.

2. Problemas de Calidad en la prestación de los servicios (determinado este atributo virtuoso en función de idoneidad, tecnología y seguridad) que a la postre determine el nivel de satisfacción del usuario y el mejoramiento o deterioro de su estado de salud o enfermedad.

b) En término del uso de las herramientas disponibles:

1. La ineficiencia en el uso de los recursos, conociendo que Colombia tiene un gasto de salud comparativamente elevado frente a otros países de la región y del mundo, que deberían reflejarse en mejores indicadores de resultado en salud.

2. Debilidad en la articulación entre el rector del sistema y quien ejerce la función exclusiva del Estado en términos de la vigilancia y el control del SGSSS.

3. El énfasis histórico en el enfoque curativo antes que en el promocional y preventivo determinado en sus inicios por la norma y que con el paso del tiempo se ha perdido de vista, lo que se refleja en el deterioro de algunos indicadores trazadores de salud.

4. Ilíquidez y recientemente dudas sobre la sostenibilidad del SGSSS a causa de la reciente homologación del POS y la prima determinada en dicho proceso, coyuntura que ha sido el detonante de una crisis.

5. La explosión tecnológica ha elevado los costos en salud en todo el mundo por el aumento exagerado del lucro en las empresas de bienes y servicios relacionados con la atención médica. La industria farmacéutica y de tecnologías biomédicas son negocios transnacionales que ejercen presión sobre los sistemas de salud del mundo que exigen pactos sociales y políticos para su control y autorregulación”.

136 Gaceta del Congreso 116/2013, pp. 4s.

137 Gaceta del Congreso 116/2013, p. 3.

138 Gaceta del Congreso 300/2013, p. 20.

139 Gaceta del Congreso 300/2013, p. 21.

140 Gaceta del Congreso 306/2013, p. 2.

141 Gaceta del Congreso 306/2013, p. 2.

142 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

143 Sobre el principio de sostenibilidad del sistema, se recuerda que el art. 6 (lit. i.) de la LeS remite a las normas constitucionales sobre sostenibilidad fiscal. Al respecto, el párrafo del art. 334 de la Constitución establece: “Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.”

144 Véase, Gaceta del Congreso 306/2013, p. 6.

145 C. Const., sentencia de tutela T-235 de 2018.

146 La Corte Constitucional condicionó estos criterios y sostuvo que son constitucionales, “siempre y cuando no tenga lugar la aplicación de las reglas trazadas por esta Corporación para excepcionar esa restricción del acceso al servicio de salud y, en el caso concreto, no se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento”. C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

147 La Corte consideró que esta disposición debía leerse con dos precisiones. La primera consiste en que “[c]uando un médico tratante considera que cuenta con información técnica y científica para usar un medicamento, como se indicó, su opinión sólo podrá ser controvertida con base en información del mismo carácter. Sólo con base en información científica aplicada al caso concreto de la persona de que se trate, podría una entidad del Sistema de Salud obstaculizar el acceso al medicamento que le ordenó su médico tratante. Por tanto, los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando una persona los requiera, con base en la mejor evidencia científica disponible (...)”. C. Const., sentencia de tutela T-418 de 2011, reiterada en sentencia C-313 de 2014; mientras que la segunda indica que (i) toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios que requiera; (ii) el conocimiento científico, aplicado al caso concreto del paciente, son los criterios mínimos para establecer si un servicio de salud se

requiere; (iii) cuando el servicio de salud que se requiera es un medicamento, este deber ser ordenado de acuerdo con su principio activo, salvo casos excepcionales y (iv) los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando se requieran, con base en la mejor evidencia científica disponible”. C. Const., sentencia de tutela T-539 de 2013, reiterada en la sentencia C-313 de 2014.

148 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014: “El inciso 3º del artículo en estudio prescribe que los servicios y tecnologías que cumplan con tales criterios serán excluidos por la autoridad competente previo un procedimiento participativo. Además, establece el deber de contar con expertos y prohíbe el fraccionamiento de un servicio previamente cubierto. Para el Tribunal Constitucional, esta preceptiva resulta constitucional, pues, de un lado, es compatible con el postulado de la participación ya revisado en el artículo 12 del Proyecto y, de otro, resulta ajustado al principio de integralidad, avalado por esta Corporación al pronunciarse sobre el artículo 8 del Proyecto, dado que se proscribe el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto”.

149 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014: “Para la Corporación, el derecho fundamental a la salud tiene como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías y que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas, de lo contrario, se hace nugatoria la realización efectiva del mismo.”

151 C. Const., sentencia de unificación SU-480 de 1997, reiterada por las sentencias T-237 de 2003, T-760 de 2008 y C-313 de 2014.

152 C. Const., sentencia de tutela T-841 de 2012. Durán S., Smela, 2010, op. Cit., p. 211.

153 C. Const., sentencia de tutela T-507 de 2007.

154 C. Const., sentencia de tutela T-867 de 2008, reiterada en sentencia T-235 de 2018.

155 C. Const., sentencia de tutela T-235 de 2018.

156 C. Const., sentencia de tutela T-841 de 2012.

157 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-093 de 2018.

158 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. 1), recuperado en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14.

159 C. Const., sentencia de tutela T-586 de 2013, reiterada en la sentencia C-313 de 2014.

160 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

161 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

162 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

163 C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

164 Actualmente, los servicios y tecnologías en salud que se encuentran incluidos en el PBS se garantizan mediante dos mecanismos de protección; el de protección colectiva actualmente regulado en la Resolución 3512 de 2019 y el de protección individual, reglamentado mediante las resoluciones 1885 y 2438 de 2018.

165 C. Const., sentencia de tutela T-320 de 2009, reiterada en sentencia T-235 de 2018.

166 La sentencia T-196 de 2014 señaló que “Se debe verificar si el peticionario padece patologías que conlleven síntomas, efectos y tratamientos que configuren hechos notorios. Ante esa eventualidad, el operador judicial puede prescindir del soporte médico para dar aplicación a las reglas de la sana crítica, que lo conduzcan a una intelección apropiada de la realidad.”. Reiterado en T-056 de 2015, T-171 de 2016, T-014 de 2017 y T-178 de 2017, entre otras.

167 El derecho al diagnóstico, además de ser reconocido por la jurisprudencia como elemento integrante del derecho a la salud, también encuentra un reconocimiento normativo en los literales a), c) y d) del artículo 10 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

168 C. Const., sentencias de tutela T-100 de 2016, T-036 de 2017 y T-196 de 2018.

169 Ver, entre otras, C. Const., sentencia de tutela T-1041 de 2006.

170 C. Const., sentencia de tutela T-196 de 2018.

171 C. Const., sentencia de tutela T-752 de 2012.

172 C. Const., sentencia de tutela T-752 de 2012.

173 C. Const., sentencias de tutela, T-519 e 2014 y T-131 de 2015, reiteradas por la sentencia T-471 de 2018.

174 C. Const., sentencias de tutela T-249 de 2014, T-552 de 2017, T-215 de 2018, T-117 de 2019.

175 En la sentencia C-313-14, se estableció: “Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas.”

176 Consideración 173.

178

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/informe-adopcion-publicacion-decisiones.pdf>

179 La Corte ha destacado que “por disposición legal los servicios contenidos en el catálogo de beneficios se encuentran financiados por (...) [el] mecanismo establecido en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para costear exclusivamente esta clase de prestaciones. Como consecuencia, las entidades aseguradoras no pueden negarlas bajo ninguna circunstancia. || En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha

indicado que los conceptos comprendidos en el POS deben ser de obligatoria prestación en razón a que son ordenados por el galeno a cargo, quien realiza la valoración del historial clínico y las condiciones físicas o mentales de la persona para prescribir la tecnología en salud más eficaz e idónea para prevenir, diagnosticar, tratar, rehabilitar o paliar su enfermedad. Por ende, si la EPS o la EOC niega dicha prescripción está vulnerando el derecho fundamental a la salud del afiliado o beneficiario. || Este Tribunal concluye que una gran cantidad de usuarios del sistema deben acudir a la acción de amparo para reclamar las prestaciones que requieren, pese a estar cobijadas por el plan de beneficios correspondiente. Esto evidencia una actitud contraria al Estado constitucional de Derecho por la afrenta de los derechos de los usuarios del sistema de salud a manos de algunas EPS. (...) || Para la Corte se transgrede el derecho a la salud del paciente cuando se le obliga a acudir a la administración de justicia para hacer valer sus derechos constitucionales, máxime al estar en riesgo su salud, integridad personal y su propia vida. (...) En suma, no es constitucionalmente admisible que se niegue cualquier prestación incluida en el plan de beneficios que sea formulada por el médico tratante, debido a que se ponen en riesgo los derechos fundamentales de la persona, aunado a que el servicio ya fue costeadado por el sistema.” Cfr. C. Const. Auto 411 de 2015, reiterando sentencias de tutela T-971 de 2011 y T-918 de 2012, T-073 de 2013, T-160 de 2014, T-255 de 2015, entre otras.

180 Véase, p. ej., C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

181 C. Const., sentencia de tutela T-014 de 2017.

182 C. Const., sentencias de tutela T-790 de 2012, T-216 de 2014 y T-742 de 2017, reiteradas por la sentencia T-471 de 2017. Asimismo C. Const., sentencias de tutela T-940 de 2014, T-226 de 2015.

183 González-Consuegra, Renata V.; Cardona-Mazo, Diana M.; Murcia-Trujillo, Paola A.; Matiz-Vera, Gustavo, Prevalencia de úlceras por presión en Colombia: informe preliminar, en Rev. Fac. Med., Vol. 62, No. 3, 2014, p. 373.

184 Véase Bayer, Emulsión, pomada, ungüento, crema o gel. ¿Qué es mejor para la piel?, en Bayer: Science for a Better Life, en <https://salud.bayer.es/bayer-te-cuida/index.php/tipos-emulsiones-para-la-piel>.

185 C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 313 de 2014.

186 C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 313 de 2014.

187 Resolución 3512 de 2020, art. 60.

188 C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

189 C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

190 Cfr. Resolución 3512 de 2019, art. 8.

191 C. Const., sentencia de tutela T-760 de 2008, reiterada por la sentencia T-519 de 2014.

192 La Corte ha establecido que el servicio de transporte debe suministrarse en atención al principio de integralidad pues, si bien no es una prestación médica, “se trata de un medio que posibilita a los usuarios recibir los servicios de salud” y en esa medida “su ausencia puede llegar a afectar la materialización del derecho fundamental a la salud”. Cfr. Sentencias T-275 de 2020 y T-032 de 2018. También, ver sentencias T-760 de 2008, T-550 de 2009, T-352 de 2010, T-526 de 2011, T-464 de 2012 y T-148 de 2016.

193 Artículo 6º, Ley 1751 de 2015. “c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”.

194 Sentencias T-331 de 2016, T-707 de 2016, T-495 de 2017, T-032 de 2018 y T-069 de 2018.

195 En efecto, actualmente, el artículo 122 de la Resolución 3512 de 2019 dispone que el servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención contenida en el plan de beneficios en salud no disponible en el lugar de residencia del afiliado será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

196 Este Tribunal ha indicado que “es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del

servicio de transporte, cuando ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS. Esto dentro de la finalidad constitucional de que se remuevan las barreras y obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios de salud que requieren con necesidad.” Cfr. Sentencias T-149 de 2011, T-206 de 2013, T-487 de 2014, entre otras.

197 Sentencia T-259 de 2019. Concepto que había sido reiterado en sentencias T-206 de 2013, T-487 de 2014, T-405 de 2017, T-309 de 2018, entre otras.

198 Ley 100 de 1993, artículo 178, numerales 3 y 4.

199 Sentencias T-206 de 2013, T-487 de 2014, T-405 de 2017, T-309 de 2018, T-259 de 2019, entre otras.

200 C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

201 C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

202 Resolución 3512 de 2019, art. 8.

203 Ibídem, art. 26 y 66.

204 Cuaderno 1, f. 13.

205 Cuaderno 1, f. 12.

206 Cuaderno 1, f. 11.

207 Cuaderno 1, fl. 8ss.

208 En el escrito de tutela no se eleva solicitud respecto de su suministro.

209 “Cfr., Sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998, T-428 de 1998, T-057 de 2013, T-121 de 2015, T-673 de 2017. De conformidad con lo expuesto en la Sentencia T-057 de 2013, este tipo de negligencias se reprochan porque: ‘pueden implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar

y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente’.”

210 “Cfr., Sentencias T-224 de 1999, T-760 de 2008, T-520 de 2012, T-673 de 2017, T-405 de 2017, T-069 de 2018. Al respecto, la Sentencia T-224 de 1999, adujo que: ‘no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”. La Sentencia T-760 de 2008, por su parte, reconoció que “Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que requiere con necesidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”. (Subrayas agregadas). Así también, en un caso resuelto por esta Corporación a través de Sentencia T-520 de 2012, en el que se discutía si la no realización de una cirugía a un paciente con cáncer de esófago dada la falta de disponibilidad de cupos en la IPS vulneraba su derecho a la salud, este tribunal concluyó que “(...) La EPS accionada, entonces, no podía excusarse en la falta de disponibilidad para dejar de prestarle un servicio de salud requerido al accionante, ya que estaba en capacidad de utilizar todos sus recursos para procurar que le practicaran efectivamente el procedimiento médico ordenado, y no se enfrentaba a un problema de disponibilidad de servicios insuperable e imprevisible. Aceptar lo contrario supondría admitir que la demandada podía refugiarse en su propia negligencia para dejar de prestar un servicio de salud requerido, y desconocer que la función básica de las EPS es garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de sus afiliados”. Por la misma razón, en Sentencia T-673 de 2017, esta Corte afirmó que “el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud, deben facilitar su acceso en términos de continuidad, lo que implica que las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la

finalización optima de los tratamientos iniciados a los pacientes’.”

211 “Cfr., Sentencias T-057 de 2009, T-320 de 2013 y T-433 de 2014. También, sobre el particular afirmó este tribunal en la Sentencia T-607 de 2016, que ‘(...) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente’.”

212 “Cfr., Sentencias T-469 de 2014, T-702 de 2007 y T-727 de 2011”.

213 Sentencia T-081 de 2019.

214 Cuaderno 1, f. 13.

215 La Corte ha determinado que la continuidad en la prestación eficiente es una de las características de todo servicio público y, puntualmente, en materia de salud comporta que la dispensación sea ininterrumpida, constante y permanente dada la necesidad y la trascendencia de los derechos que compromete (cfr. T-234 de 2014). En esa medida, en la sentencia T-673 de 2017 se determinó que “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de tal forma que aquel no sea suspendido o retardado durante la recuperación o estabilización de paciente”. Al respecto, para este Tribunal la prestación del servicio de salud debe darse de forma continua y completa en consideración al principio de integralidad. Así las cosas, estos principios materializan la protección del acceso a los servicios de salud que se requieren por el paciente, de manera que se previene que cualquier circunstancia derivada de operaciones administrativas, jurídicas o financieras afecte la continuidad de la atención, hasta tanto se logre la recuperación o estabilidad del afiliado. Bajo ese entendido, concluyó que, si bien existen “situaciones excepcionales que les impiden a las EPS continuar con su operación, lo que genera escenarios de intervención estatal y de reorganización administrativa, bajo la supervisión y aprobación de la autoridad competente (...) aun en estos escenarios, debe garantizarse el principio de continuidad en la prestación del servicio”.

216 Sentencia SU-508 de 2020. Magistrados ponentes: Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas. A.V. Richard Ramírez Grisales (e), A.V. Alejandro Linares Cantillo, A.V. Diana

Fajardo Rivera. En este caso se estudió el acumulado de 30 acciones de tutela en las que solicitó el amparo del derecho fundamental a la salud frente al suministro de diferentes servicios y tecnologías en salud.

217 Al respecto ver, entre otras, las sentencias SU-480 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-819 de 1998. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

218 En la sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se recapitula la jurisprudencia constitucional desarrollada por esta Corte sobre el derecho fundamental a la salud y el acceso a servicios que se “requieran con necesidad”, y se imparte una serie de órdenes estructurales para corregir fallas del Sistema y asegurar las facetas de protección del derecho.

219 La Sentencia SU-508 de 2020 dice lo siguiente al respecto: “La LeS tiene, además, dos aspectos importantes, desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación. El primero consiste en la incorporación de principios relacionados con la salud, entre los cuales deben mencionarse la integralidad y la progresividad. El segundo aspecto consiste en que se reemplaza el plan obligatorio de salud por el plan de beneficios en salud, el cual se caracteriza, por un lado, en invertir el sistema de exclusión -todo aquello que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por tanto, los usuarios del sistema tienen derecho a que se les suministre- y, por otro lado, en proteger a las personas que sufren enfermedades huérfanas, de acuerdo con el artículo parágrafo 3 de la LeS.”

220 En el párrafo 146 de la SU-508 de 2020 se indicó: “La Corte Constitucional ha sostenido que es posible excepcionar la aplicación de las exclusiones, siempre y cuando operen las reglas que construyó esta Corporación, entre otras, en las sentencias SU-480 de 1997 y T-237 de 2003, y que se reiteraron en la sentencia C-313 de 2014 a saber (...).”

221 La sentencia explica los mencionados 4 presupuestos de la siguiente forma: “i) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas. Sobre este presupuesto, la Sala Plena encuentra necesario precisar que para su superación es necesario que exista una clara afectación a la salud y no basta con la sola afirmación sobre el deterioro de la dignidad

humana. De tal forma, la afectación de la salud debe ser cualificada en los anteriores términos, comoquiera que compromete la inaplicación de las restricciones avaladas por el mecanismo participativo bajo criterios técnicos y científicos y, por consiguiente, impacta la garantía de prestación a cargo del Estado y la correlativa financiación de los servicios que se requieren. ii) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario. iii) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores. iv) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”

223 Sentencia T-271 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

224 Sentencia C-313 de 2014 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, A.V. María Victoria Calle Correa, S.P.V. Mauricio González Cuervo, A.V. Luis Ernesto Vargas Silva, S.P.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, S.P.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, A.V. Alberto Rojas Ríos). La Sala Plena recordó que en la Sentencia T-237 de 2003, los criterios se habían sintetizado en los siguientes términos: “(...) el juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de dichos derechos (Art. 2º C.P.), está en la obligación de inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o fármaco correspondiente, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones: a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas. || b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario. || c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores. || d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del

afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”

225 Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. A.V. María Victoria Calle Correa, S.P.V. Mauricio González Cuervo. A.V. Luis Ernesto Vargas Silva, S.P.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, S.P.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, A.V. Alberto Rojas Ríos.

226 Ver las sentencias T-760 de 2008, T-435 de 2010, T-178 de 2011, T-872 de 2011, T-025 de 2013, T-345 de 2013, T-374 de 2013, T-686 de 2013, T-637 de 2017, T-742 de 2017, T-235 de 2018, T-061 de 2019, T-508 de 2019, entre otras.

227 Ley 1751 de 2015, artículo 6, inciso 2, sección c) “El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección”. Ibídem, sección i) “El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal”.

228 Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

229 Sentencia C-313 de 2014.

230 Sentencia C-252 de 2010.

231 Sentencia C-718 de 2010.