T-010-19

Sentencia T-010/19

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Caso en que EPS niega cirugía a menor que padece enfermedad en su oreja derecha, argumentando que la misma tiene un objetivo estético y no funcional

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA EN TUTELA-Reglas y subreglas

Esta Corporación, mediante sentencia SU-377 de 2014, se ocupó de establecer algunas reglas en relación con la legitimación por activa, para lo cual preciso, en términos generales, que (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar "por si misma o por quien actué a su nombre"; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal

LEGITIMACION POR ACTIVA DEL MENOR-Cualquier persona está legitimada para solicitar amparo constitucional de sus derechos fundamentales

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Procedencia excepcional de la tutela cuando se ponen en riesgo derechos fundamentales

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

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SU ACCESO PREFERENTE AL SISTEMA DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

La Corte ha insistido en que la valoración de las particularidades del caso concreto, sigue siendo indispensable para determinar si el mecanismo previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, máxime si nos encontramos ante sujetos de especial protección constitucional como son los niños, escenario en el cual, se debe propender porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como eficacia, universalidad y solidaridad

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD COMO CONCEPTO INTEGRAL-Incluye no solo aspectos físicos sino

también psíquicos, emocionales y sociales

DERECHO A LA SALUD INTEGRAL DEL NIÑO-Jurisprudencia constitucional

Ha considerado la jurisprudencia que el principio de integralidad, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como sobrellevar su enfermedad

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios que se encuentran excluidos

SERVICIO DE TRANSPORTE COMO MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Ordena a EPS autorice cirugía de resección de tumor benigno en el lóbulo de la oreja derecha

Referencia: Expediente T- 6897156

Accionante: Sandra Liliana Villareal López actuando en representación de su menor hija Laura Daniela Abril Villareal.

Accionados: Nueva E.P.S.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., 22 de enero dos mil diecinueve (2019).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en primera instancia el 21 de mayo de 2018 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Curumaní (Cesar), el cual no fue impugnado, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la señora Sandra Liliana Villareal López en representación de su menor hija Laura Daniela Abril Villareal contra la Nueva E.P.S.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Ocho[1] de

la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. De los hechos y las pretensiones.

La señora Sandra Liliana Villareal López, actuando en representación de su menor hija, Laura Daniela Abril Villareal, instauró acción de tutela contra la NUEVA E.P.S, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la igualdad, y la integridad física. Lo anterior, por cuanto se negó a realizarle una intervención quirúrgica de "resección de tumor benigno en el lóbulo de la oreja derecha"[2] prescrita por el médico tratante[3], argumentando que la misma "tiene un objetivo estético y no funcional"[4]. La accionante sustenta su solicitud con base en los siguientes hechos:

1.1 Sostiene la actora que desde el mes de septiembre de 2013 se encuentra afiliada, en calidad de cotizante, a la NUEVA E.P.S. De allí que su hija Laura Daniela Abril Villareal figure como beneficiara dentro de la aludida entidad de salud[5].

1.2 Refiere la accionante que a su menor hija de 6 años de edad, se le detectó una lesión tumoral (fibroma) de 2cm de diámetro en la oreja derecha[6].

1.3 Señala la peticionaria, que como consecuencia de lo anterior, un profesional especialista – cirujano plástico- , adscrito a la entidad accionada indicó, mediante orden médica con fecha del 7 de septiembre de 2017, que el procedimiento a llevar a cabo para tratar la lesión que padece su hija consistía en la "recesión de tumor benigno área especial". Agrega que por tal motivo, el médico en mención prescribió los exámenes correspondientes a la menor para adelantar intervención quirúrgica.

1.4 Conforme lo anterior, aduce la tutelante que presentó ante la entidad demandada varios derechos de petición a través de los cuales solicitó que se "autorizara de manera urgente la cirugía de recesión de tumor benigno área especial"[7]. No obstante, la Nueva EPS no accedió a su requerimiento por considerar que "(…)la lesión descrita corresponde a un tumor benigno en el lóbulo, sin producir alteración orgánica o funcional que dificulte o altere el sentido de la audición (…)"[8] , por tanto concluyó que "(…) la intervención quirúrgica tiene objetivo estético y no funcional"[9] que no se encuentra incluida en el actual Plan de Beneficios (anteriormente POS)[10].

1.5 Agrega que, en razón de la negativa de la entidad demandada en realizar la intervención quirúrgica prescrita, su hija se ha visto sometida, en repetidas ocasiones, a tratos discriminatorios, siendo víctima de burlas y bromas de mal gusto. Todo esto, asegura ha ocasionado cambios desfavorables en el normal desarrollo de su vida personal, autoestima y relación con sus compañeros comoquiera que, en varias oportunidades, ha sido "(…) ridiculizada por su condición"[11].

1.6 Estima la tutelante que de no realizarse la intervención se desconocen los derechos y garantías a la salud, a la integridad física y a la vida en condiciones dignas de su menor hija, la cual, conforme con los principios constitucionales, es un sujeto de protección reforzada, cuyo interés prevalece respecto de los demás.

1.7 Por todo lo anterior, la peticionaria solicita que se le ordene a la entidad demandada autorizar de manera urgente la cirugía -"recesión de tumor benigno área especial"- requerida por la menor y, por consiguiente, el tratamiento integral que se derive de la misma. De igual modo, solicita que la Nueva E.P.S cubra todos los gastos de transporte, alojamiento, y alimentación de su hija y un acompañante al lugar donde vaya a llevarse a cabo el procedimiento quirúrgico. Añade que es madre cabeza de familia[12].

2. Contestación de acción de la tutela

2.1 Mediante auto del 7 de mayo de 2018, el Juzgado Promiscuo Municipal de Curumaní (Cesar) avocó el conocimiento de la presente acción constitucional y corrió traslado a la parte demandada para que en el término de tres (3) dias, contados a partir de la notificación de la mencionada providencia, se pronunciara respecto de los hechos expuestos en el escrito de tutela presentado por la señora Sandra Liliana Villareal López, en representación su menor hija.

2.2 Encontrándose dentro del término otorgado por el referido Despacho Judicial, la Nueva E.P.S solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela por considerar que la lesión que presenta la menor no produce alteración orgánica o funcional que afecte el sentido de la audición o comprometa la región cardiovascular, luego la intervención quirúrgica que se solicita tiene un objetivo estético y no funcional. De allí que la entidad de salud no haya vulnerado los derechos invocados por su madre.

2.3 En cuanto a los gastos de transporte, alimentación y alojamiento de la menor y un acompañante señaló que estos no son servicios que respondan a prestaciones reconocidas en el ámbito de la salud razón por la cual se encuentran expresamente excluidos del Plan de Beneficios que no son financiados por los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud. Sobre el particular, destacó que, conforme lo dispuesto por la propia jurisprudencia en la materia, este tipo de servicios no son susceptibles de reconocimiento vía acción de tutela. Pues "(…) en el marco del principio de solidaridad social, el primer llamado a cubrir dichos gastos es el afiliado y su familia, siempre que su capacidad económica así lo permita".

Al respecto, precisó que la menor registra como beneficiaria de su madre quien reporta un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. Sobre esa base, indicó que, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, solo es viable ordenar pagos de transporte y/o alojamiento cuando se demuestre que ni el paciente, ni sus familiares cercanos cuentan con los recursos económicos suficientes para cubrir los costos que se generen con ocasión de estos servicios.

3. Pruebas que obran en el expediente

· Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Sandra Liliana Villareal López[13].

· Copia de la historia clínica de la niña Laura Daniela Abril Villareal, suscrita por el médico tratante, el doctor José Alfredo Castro Daza – cirujano plástico, con fecha del 7 de septiembre de 2017[15].

· Copia de la orden médica expedida por el referido profesional donde se indica la patología de la menor, el procedimiento a seguir y los demás tratamientos[16].

· Copia de las órdenes médicas de los exámenes previos a la realización del procedimiento quirúrgico[17].

· Copia del derecho de petición con fecha del 7 de noviembre de 2017 presentado por la accionante ante la entidad demandada en la solicitó autorización urgente para "(…) cirugía de resección de tumor benigno área especial, y por consiguiente tratamiento integral"[18].

· Copia de la respuesta suministrada por la Nueva E.P.S al derecho de petición con fecha del 21 de noviembre de 2017[19].

4. Decisión judicial objeto de revisión

· Sentencia de única instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Curumaní (Cesar), mediante sentencia del 21 de mayo de 2018 resolvió negar el amparo invocado por considerar que dentro de los elementos probatorios que obran en el expediente y de la situación fáctica planteada, no se advierte que la no realización del procedimiento ordenado a la menor Laura Daniel Abril Villareal por el médico cirujano estético "afecte gravemente su salud o su vida digna"[20]. Adicionalmente, señaló que la accionante "(…) no acreditó prueba de la cual se logre inferir que no puede sufragar el costo del procedimiento (…)"[21]y los demás gastos que del mismo se deriven.

Por otra parte, estimó el despacho judicial que en el presente asunto tampoco se cumplió con el requisito de inmediatez previsto para que proceda la acción de amparo. Ello por cuanto el servicio solicitado a la Nueva E.P.S fue negado el 21 de noviembre de 2017, "(…) habiendo trascurrido a la fecha (06) meses, con lo que se desvirtúa la urgencia que se pretende en la presente acción"[22]. Esta decisión no fue objeto de impugnación.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y en virtud de la selección y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de esta Corporación, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional[23] es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

2.1 Empieza la Sala por recordar que en el presente asunto la actora considera que los derechos constitucionales fundamentales de su hija de (6) seis años de edad, a la igualdad,

a la integridad física y a la vida en condiciones dignas fueron desconocidos por la entidad accionada al abstenerse, esta última, de autorizar el procedimiento quirúrgico prescrito a la menor – "cirugía de resección de tumor benigno área especial"- para corregir una lesión tumoral que tiene en el lóbulo de su oreja derecha. Asegura la tutelante que la niña ha tenido que enfrentar de modo constante "burlas y bromas de mal gusto" afectando el normal desarrollo de su vida personal, su autoestima y relación con otros niños. Sostiene la demandante, que de no realizarse la operación se le niega a su hija "(…) la posibilidad de poder tener un vida digna en mejores condiciones en su ambiente socio- cultural, sin discriminaciones (…)"[24].

Así las cosas, solicita la accionante que se le ordene a la Nueva E.P.S autorizar de manera urgente la cirugía -"recesión de tumor benigno área especial"- requerida por la menor y, por consiguiente, el tratamiento integral, cubriendo los gastos de transporte, alojamiento, y alimentación de su hija y un acompañante al lugar donde vaya a llevarse a cabo el aludido procedimiento médico.

2.2 La entidad demandada sostiene que se trata de una cirugía estética excluida del POS (Actualmente Plan de Beneficios en Salud), cuya finalidad no compromete la funcionalidad del sentido de la audición de la menor. En cuanto a los gastos de transporte, alojamiento y alimentación solicitados, precisó que no se demostró que ni el paciente, ni sus familiares cercanos cuentan con los recursos económicos suficientes para cubrir los costos que generen estos servicios.

2.3 El Juez que conoció en única instancia de la acción de la referencia acogió los argumentos de la entidad demandada, agregando que, además, no se verificó el cumplimiento del requisito de inmediatez. Sobre esa base, resolvió negar el amparo invocado.

2.4 A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de la decisión adoptada en instancia y de las pruebas que obran en el expediente, la Sala deberá determinar si la Nueva E.P.S vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, a la integridad física y a la vida en condiciones dignas de la menor Laura Daniela Abril Villareal, al negarse a autorizar el procedimiento quirúrgico de "cirugía de resección de tumor benigno área especial" ordenado por su médico tratante, con fundamento en que el mismo es de carácter estético y no funcional.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá a los siguientes puntos: (i) Análisis de procedencia de la acción de tutela, (ii) el derecho fundamental a la salud y su protección vía acción de tutela – reiteración de jurisprudencia, (iii) el derecho a la salud y su conexidad con la dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes – reiteración de jurisprudencia, (iv) el principio de integralidad en la salud y, finalmente se resolverá (v) el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1 De la legitimación en la causa y la inmediatez

3.1.1 Sobre la legitimación de las partes

3.1.1.1 De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[25], cualquier persona es titular de la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o excepcionalmente, por un particular.

Respecto de lo anterior, esta Corporación, mediante Sentencia SU – 377 de 2014, se ocupó de establecer algunas reglas en relación con la legitimación por activa, para lo cual precisó, en términos generales, que (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar "por sí misma o por quien actúe a su nombre"; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal[26].

En complemento de lo anterior, la Corte, en reiterada jurisprudencia, se ha referido a las hipótesis bajo las cuales se puede instaurar la acción de tutela, a saber:

"(a) ejercicio directo, cuando quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (b) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (c) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; y finalmente, (d) por medio de agente oficioso"[27].

3.1.1.2 Ahora bien, cuando la acción de tutela se interpone en nombre de un menor, la Corte Constitucional ha considerado que cualquier persona está legitimada "para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño"[28].

En consideración de lo anterior, la Sala encuentra que en el caso objeto de revisión, la señora Sandra Liliana Villareal López actúa en defensa de los derechos fundamentales de su mejor hija, por tanto, está facultada para invocar la protección de los mismos, los cuales fueron presuntamente vulnerados con ocasión a la negativa de la Nueva E.P.S de adelantar "(…) cirugía de resección de tumor benigno área especial" a Laura Daniela Abril Villareal.

Así las cosas, se advierte, en el asunto sub lite, superado el presupuesto de procedencia de la acción de amparo relacionado con la legitimación en la causa por activa.

3.1.1.3 En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva de la acción de tutela que se revisa, la Sala verifica que se cumple igualmente este requisito por cuanto la entidad accionada se encuentra encargada de la prestación del servicio público de salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[29].

3.1.2 La inmediatez.

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la procedencia de

la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno, ello en procura del principio de seguridad jurídica y la preservación de la naturaleza propia del amparo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, esto no debe entenderse como una facultad para presentar la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 Superior la acción de tutela tiene por objeto la protección inmediata de los derechos invocados[30].

3.1.2.1. En relación con el caso sub examine, la Sala pudo establecer que el hecho generador de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la menor representada tuvo lugar el día en el que la entidad accionada le notificó a su madre, la decisión de no llevar a cabo la "(…) cirugía de resección de tumor benigno área especial", es decir, de acuerdo con lo señalado por la accionante y por la propia demandada el 21 de noviembre de 2017. De allí, que en el mes de mayo de 2018 la señora Sandra Liliana Villareal López acudiera al amparo constitucional para invocar de manera oportuna la protección de los derechos fundamentales de su hija, tiempo razonable, máxime si se tiene en cuenta que en el presente asunto se encuentran comprometidas las garantías fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, como lo es la niña Laura Daniela Abril Villareal de 6 años de edad.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la menor en mención permanece en el tiempo, manteniéndose con ello, una situación de vulnerabilidad continua y actual que hace imperativa la intervención del juez de tutela de manera urgente e inmediata.

Sobre la materia, la propia jurisprudencia ha precisado que "la acción de tutela tiene como objetivo la protección cierta y efectiva de derechos fundamentales que se encuentran amenazados, bien por acción o bien, por omisión de autoridad pública o particular cuando a ello hay lugar. Ese objetivo, no se agota con el simple paso del tiempo, sino que continua vigente mientras el bien o interés que se pretende tutelar pueda seguir siendo tutelado para evitar que se consume un daño antijurídico de forma irreparable"[31].

En ese orden, encuentra la Sala acreditado el cumplimiento del requisito de inmediatez.

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que "(…) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable."[32].

Sobre el particular, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 señala que ante la posible existencia de un mecanismo ordinario de defensa, la eficacia del mismo debe ser apreciada

en concreto “atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”[33].

Sobre esa base, la Corte, en numerosas ocasiones, ha precisado que la procedencia de la tutela se hace mucho más evidente cuando se advierte la posible vulneración de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta en razón de su edad, su condición económica, física o mental[34], motivo por el cual, esta Corporación le atribuye, la calidad de sujetos de especial protección constitucional a los menores de edad, las mujeres embarazadas, los adultos mayores, las personas con disminuciones físicas y psíquicas y las personas en situación de desplazamiento.

Mediante sentencia T-495 de 2010 la Corte señaló que también son sujetos de especial protección constitucional todos aquellos que por:

“(…) su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población”, por lo que “la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados”[35].

3.1.3.1. Respecto de la subsidiariedad, algunas Salas de Revisión de esta Corporación han considerado que , teniendo en cuenta que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el accionante deberá acudir primero ante la Superintendencia Nacional de Salud para que, de manera definitiva, se garantice, si fuere el caso, el suministro de los procedimientos, medicamentos e insumos no incluidos en el plan de beneficios que fueron solicitados[36].

Sin perjuicio de lo anterior, tomando en consideración que en el caso ahora sometido a revisión están de por medio los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional por su edad, la Sala considera que el procedimiento establecido en las leyes 1122 de 2007[37] y 1438 de 2011[38], que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver controversias entre las EPS y sus afiliados, carece de la reglamentación suficiente a la luz de la nueva Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 y por lo tanto, no puede considerarse un mecanismo de defensa judicial que resulte idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Sobre este aspecto, la Corte ha insistido en que la valoración de las particularidades del caso concreto, sigue siendo indispensable para determinar sí el mecanismo previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, máxime si nos encontramos ante sujetos de especial protección constitucional como son los niños, escenario en el cual, se debe propender porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita[39].

3.1.3.3. En este orden de ideas, la Sala encuentra configurado el requisito de subsidiariedad, y reconoce que la acción de tutela procede, en el caso objeto de revisión,

como mecanismo autónomo y definitivo para proteger los derechos fundamentales invocados, dada la necesidad prioritaria de garantizar los derechos de un menor, los cuales han sido aparentemente vulnerados por la entidad accionada.

Establecida la procedencia de la presente acción, la Sala continúa con el análisis de fondo del presente asunto.

4. Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que "la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud".

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación[40] y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015[41] le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares "(…) el trato a la persona conforme con su humana condición(…)"[42].

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015[43] fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que "la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano".

Sobre esa base, sostuvo la Corte en reciente sentencia T – 579 de 2017 [44] que "(…) el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influye sobre las condiciones de vida de cada persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible". De allí, que su protección trascienda y se vea reflejada sobre el ejercicio de

otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida. Precisó esta Corporación mediante el precitado fallo que "(…) el derecho a la salud además de tener unos elementos esenciales que lo estructuran, también encuentra sustento en principios igualmente contenidos en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, dentro de los que de manera especial sobresalen los de pro homine, universalidad, equidad, oportunidad, integralidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad, entre otros".

Con fundamento en lo anterior, ha resaltado la Corte que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía "pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente"[45].

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud con todos sus componente y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

5. La dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes como componente esencial del derecho a la salud – Reiteración de jurisprudencia

5.1 Como ya se dijo, el orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela. Este derecho, ha establecido la jurisprudencia, debe ser interpretado de forma amplia, de manera que su ejercicio solo no se predica cuando peligra la vida como mera existencia, sino que por el contrario, ha considerado la propia jurisprudencia que "(…) salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad"[46]. Resaltando que la misma es "es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas"[47][48].

Al respecto, en sentencia T – 562 de 2014 la Corte precisó que "(…) algunas enfermedades o padecimientos no solamente se originan en una disfunción física o funcional, sino que también se generan por presiones del medio social, que producen baja autoestima, aislamiento, inconformidad con la propia imagen, depresión, etc. Dichas presiones deben evitarse, para garantizar la faceta preventiva del derecho a la salud e impedir que se llegue a situaciones probablemente irreversibles, que impliquen altos costos económicos, sociales y emocionales".

5.2 Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política[49], en el cual se establecen como derechos fundamentales de estos sujetos "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social", precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de "asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el

ejercicio pleno de sus derechos". Precisa la misma disposición constitucional que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."

5.3 En el ámbito internacional los derechos fundamentales de los niños gozan igualmente de un amplio reconocimiento y de una especial protección. Por un lado, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece que "[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (…) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad". Todo esto reflejado en los mismos términos en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales los cuales prevén en su articulado disposiciones orientadas a salvaguardas de manera prioritaria los derechos de los menores.

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3.1[50] se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en "todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

5.4 Así las cosas, la protección que la Constitución Política y las normas internacionales le confieren a los niños es una manifestación de la necesidad social de garantizar las mejores condiciones para el desarrollo integral de estos sujetos, fomentando ambientes propicios para que pueden ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, ajenos a las presiones y a las agresiones y las burlas, capaces de tener una buena imagen de sí mismos que les permita trabar relaciones sanas con sus familiares y amigos. Así lo señaló la Corte en sentencia T – 307 de 2006[51] donde la Sala Séptima de Revisión conoció de una acción de tutela promovida por la madre de un menor de 7 años de edad que nació con un defecto en sus orejas -apéndices preauriculares[52]- razón por la cual el niño era constantemente objeto de burlas, afectando ello, su normal desarrollo espiritual, emocional y social.

En dicha oportunidad, la Corte tuteló el derecho fundamental del menor a la salud integral y a la dignidad humana recordando que la Constitución compromete de manera solidaria a la familia, a la sociedad y al Estado para que, de consuno, colaboren con la debida realización de los derechos fundamentales de los niños. Así, en lo que se refiere concretamente al desarrollo integral de los niños y niñas consideró esta Corporación que su materialización se proyecta "(…) en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural" haciendo especial hincapié en que "(…) el desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos"[53].

5.5 Bajo la misma línea se pronunció la Corte en sentencia T – 562 de 2014 donde, en un caso análogo al anteriormente reseñado, en el que se veían igualmente comprometidos los derechos fundamentales de un menor de 14 años que padecía de "orejas de pantalla de carácter bilateral", consideró que "(…) la protección al derecho a la salud no implica únicamente el cuidado de un estado de bienestar físico o funcional, incluye también

el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos permiten configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. Dicho en otras palabras, el derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta física o funcionalmente a la persona, sino cuando se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud".

5.6 En este orden, resulta evidente la importancia que la jurisprudencia de esta Corporación le ha conferido al carácter protector que asumen los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Ha sido clara la Corte en señalar que "(…) las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado confluyen para garantizar a los niños una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades". Al respecto, resaltó este Tribunal en sentencia C-507 de 2004[54] que "el Estado debe apoyar a la familia y a la sociedad en el desempeño de sus tareas. En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los menores, le corresponde al Estado hacerlo. Tal como lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, el Estado debe asegurar plenamente el derecho de los menores a un nivel de vida adecuado, incluidos el derecho a la vivienda, a la alimentación y al más alto nivel posible de salud".

En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el despliegue integral de la personalidad de un menor incluye el plano físico, psíquico, intelectual, emocional, espiritual y social. Sobre el particular, en la referida sentencia T – 307 de 2006 esta Corporación concluyó que "(….) un niño capaz de tener una imagen positiva de sí mismo se relacionará de mejor manera con su pares, con su padres y con la sociedad que lo rodea. Sabrá enfrentar los obstáculos que le vida le ponga y podrá superarlos"[55].

6. Principio de integralidad en salud.

6.1. De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como "la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley".

Dicho criterio fue posteriormente reiterado en la Ley 1122 de 2007[56] y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud[57], la cual en su artículo 8º dispuso que:

"los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados 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. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".

6.2 Al respecto, cabe señalar que en sentencia C-313 de 2014 mediante la cual se llevo a

cabo el control previo de constitucionalidad de la referida Ley Estatutaria de Salud, la Corte precisó que el principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. De allí, que la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que "está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor"[58].

En ese contexto, sostuvo este Tribunal en reciente sentencia T-171 de 2018[59] que el principio de integralidad que prevé la ley 1751 de 2015 opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. En ese sentido, destacó la Corte que el servicio "se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno".

6.3 En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el principio de integralidad, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad[60].

7. La procedencia de la acción de tutela para acceder al suministro de insumos, servicios y tecnologías expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud

7.1. Como bien se anotó, la Ley 1751 de 2015 desarrolló, entre otros, el principio de integralidad que había sido inicialmente reconocido por la Ley 100 de 1993 para la prestación del servicio de salud en el territorio nacional. Sin embargo, la referida ley estableció en su artículo 15 criterios de exclusión, que restringen la financiación de algunos servicios y tecnologías con recursos públicos en los siguientes términos:

"El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, 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.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

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 clínica;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;f) Que tengan que ser prestados en el exterior.(Subrayado fuera del texto original).

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente (…).

7.2 En desarrollo de lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social diseñó el nuevo Plan de Beneficios en Salud[61] PBS y mediante las Resoluciones 5267 y 5269 del 22 de diciembre de 2017 definió los servicios y tecnologías expresamente incluidos y excluidos del mismo, respectivamente.

En lo que corresponde a las exclusiones contempladas en las precitadas resoluciones, es preciso señalar que las mismas, no son de ninguna manera absolutas, en efecto, la jurisprudencia de la Corte, mediante sentencia C – 313 de 2014 (en donde como se advirtió se realizó la revisión previa de constitucionalidad del proyecto de ley Estatutaria de Salud) se refirió categóricamente a la posibilidad de inaplicar las disposiciones normativas que regulan la materia. Sobre este punto, precisó que cuando se trate de aquellos elementos expresamente excluidos del plan de beneficios, deben verificarse los criterios que han orientado a esta Corporación para resolver su aplicabilidad o inaplicabilidad. En palabras de la Corte:

"(…) 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 concurran 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.[62]".

En este sentido, mediante el precitado fallo de constitucionalidad, este Tribunal matizó las exclusiones previstas dentro del nuevo Plan de Beneficios en Salud, en tanto le atribuyó al juez constitucional la facultad de aplicar o inaplicar, en razón de los criterios desarrollados por la jurisprudencia, las normas que proscriben el suministro de determinado servicio o tecnología.

7.3. Adicionalmente, sobre el Plan de Beneficios en Salud cabe advertir que una de las resoluciones que se ocupó de reglamentar el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas explícitamente por el PBS (pero tampoco excluidas expresamente) reconoció algunos servicios o tecnologías complementarias que si bien no pertenecen propiamente al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo de este derecho, al promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad[63].

En consecuencia, el legislador estableció un procedimiento específico para su suministro. A saber:

"(…) Prescripciones de servicios o tecnologías complementarias. Cuando el profesional de la salud prescriba alguno de los servicios o tecnologías complementarias, deberá consultar en cada caso particular, la pertinencia de su utilización a la Junta de Profesionales de la Salud que se constituya de conformidad con lo establecido en el siguiente capítulo y atendiendo las reglas que se señalan a continuación: 1. La prescripción que realice el profesional de la salud de estos servicios o tecnologías, se hará únicamente a través del aplicativo de que trata este acto administrativo. 2. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud — IPS, una vez cuenten con el concepto de la Junta de Profesionales de la Salud, deberán registrar la decisión en dicho aplicativo, en el módulo dispuesto para tal fin. 3. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud — IPS que cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, la solicitud de concepto se realizará al interior de la misma. 4. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud — IPS que no cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, o por un profesional habilitado como prestador de servicios independiente, deberá dar aplicación a lo dispuesto en la presente resolución y la entidad encargada del afiliado solicitará el concepto de una Junta de Profesionales de la Salud de su red de prestadores.[64]"

De este modo, aquellos servicios y tecnologías complementarias podrán ser suministrados a los afiliados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y/ o las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), a través de la plataforma virtual denominada "MIPRES"[65] y estas a su vez, podrán realizar el recobro correspondiente de manera posterior a la prestación del servicio[66]. Esto último, en atención a si se encuentra en el régimen contributivo, donde el recobro se realizará directamente ante la EPS o ante la Entidad territorial a la que haya lugar, en el caso del régimen subsidiado[67].

7.5. En ese orden, ha sostenido la Corte que en el marco del amparo constitucional las

exclusiones previstas en el Plan de Beneficios en Salud no son una barrera inquebrantable, pues le corresponde al juez de tutela verificar, a partir de las particularidades del caso concreto, cuándo se reúnen los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia para aplicar o inaplicar una exclusión o cuándo, ante la existencia de un hecho notorio, surge la imperiosa necesidad de proteger el derecho a la salud y a la vida digna de quién está solicitando la prestación del servicio, insumo o procedimiento excluido[68].

8. El cubrimiento de los gastos de transporte y alojamiento por parte de las Entidades Prestadoras de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

Si bien es cierto el servicio de transporte no tiene la naturaleza de prestación médica, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal han considerado que en determinadas ocasiones dicha prestación guarda una estrecha relación con las garantías propias del derecho fundamental a la salud, razón por la cual surge la necesidad de disponer su prestación, pues, de no contar con el traslado para recibir lo requerido, se impide la materialización de este derecho.

8.1. En desarrollo del anterior planteamiento, la Resolución 5269 de 2017, "Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)" establece, en su artículo 120, que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre en ambulancia básica o medicalizada cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio. Así mismo, el artículo 121 de la misma Resolución se refiere al transporte ambulatorio del paciente a través de un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención descrita en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado.[69]

Sobre el particular, la Corte ha sostenido que en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución y, tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, le corresponde a la EPS cubrir el servicio. Ello, en procura de evitar los posibles perjuicios que se pueden llegar a generar como consecuencia de un obstáculo en el acceso al derecho fundamental a la salud.

Respecto de este tipo de situaciones, la jurisprudencia constitucional ha condicionado la obligación de transporte por parte de la EPS, al cumplimiento de los siguientes requisitos:

"que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario"[70](resaltado fuera del texto original).

8.2. Por otro lado, en lo que se refiere igualmente al tema del transporte, se pueden presentar casos en los que dada la gravedad de la patología del paciente o su edad avanzada surge la necesidad de que alguien lo acompañe a recibir el servicio. Para estos casos, la Corte ha encontrado que "si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de "atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas" (iii) ni

él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante[71].

8.3 En el mismo sentido, este Tribunal ha establecido que si "la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento"[72]. Concluyendo que tanto el transporte como los viáticos del paciente como los de su acompañante, cuando haya lugar al mismo, serán cubiertos por la prima adicional en áreas donde se reconozca este concepto; sin embargo, en los lugares en los que no se destine dicho rubro se pagarán con la UPC básica[73].

En conclusión, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el PBS, existen otras circunstancias en que, a pesar de encontrarse excluidos, el traslado del paciente y su alojamiento, y, en particulares circunstancias, el de su acompañante se torna de vital importancia para poder garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. Por este motivo, la Corte ha considerado que el juez de tutela debe analizar la situación en concreto y determinar si a partir de la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, se le debe imponer a la EPS la obligación de cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de eliminar las barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud[74].

9. Caso Concreto

9.1 Conforme ha sido expuesto, le corresponde a la Sala establecer si se vulneraron los derechos a la salud, a la igualdad, a la integridad física y a la vida en condiciones dignas de la menor Laura Daniela Abril Villareal, con ocasión de que la NUEVA EPS se ha negado a autorizarle la realización de la cirugía de "resección de tumor benigno área especial" por estimar que la misma tiene, únicamente, un fin estético.

9.2 Para efectos de darle solución al objeto de la litis, es preciso señalar que de los elementos de juicio allegados al proceso, la Sala encontró probados los siguientes hechos:

(i) La acción de tutela se promueve en favor de una menor de 6 años de edad que padece de una lesión tumoral (fibroma) de 2cm de diámetro en la oreja derecha.

(ii) La menor se encuentra afiliada en el régimen contributivo a la NUEVA EPS en calidad de beneficiaria de su madre cuya base de cotización es un salario mínimo legal mensual vigente.

(iii) Como consecuencia de su diagnóstico el médico tratante – cirujano plástico- , adscrito a la entidad accionada ordenó el 7 de septiembre de 2017 la "recesión de tumor benigno área especial".

(iv) Conforme a lo anterior, la madre de la menor le solicitó a la demandada autorizar el procedimiento antes señalado. Sin embargo dicho requerimiento fue negado por la accionada por considerar que "(…) la intervención quirúrgica tiene objetivo estético y no funcional"[75] que no se encuentra incluida en el actual Plan de Beneficios (anteriormente POS).

9.3 Ahora bien, para abordar el análisis que corresponde respecto del caso concreto cabe advertir que de la lectura de las Resoluciones 5267[76] y 5269[77] de 2017, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social se puede sostener que las prestaciones derivadas del servicio de salud, se dividen en tres grandes categorías: i) servicios y tecnologías que se encuentran incluidos expresamente en el PBS, ii) servicios y tecnologías que están taxativamente excluidos del PBS y iii) servicios y tecnologías que no se encuentran incluidos, pero que tampoco han sido excluidos del PBS.

9.4 Así, en lo que respecta específicamente al procedimiento quirúrgico de "resección de tumor benigno en el lóbulo de la oreja derecha" que le fue ordenado a la menor Laura Daniela Abril Villareal, precisa la Sala que el mismo no se encuentra expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). En todo caso, el artículo 15 de la ley Estatutaria en Salud que aquellos procedimientos 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", no serán financiados con los recursos públicos asignados a la salud. Argumento que, en efecto, puede concluirse es utilizado por la accionada para negar autorización del servicio solicitado.

9.5 Sin perjuicio de lo anterior, y tomando en consideración las circunstancias fácticas que dieron lugar a la acción de tutela , la Sala encuentra satisfechos los requisitos dispuestos por la jurisprudencia de esta Corporación mediante sentencia C – 313 de 2014 relativos a la posibilidad de inaplicar las normas que excluyen algún tipo de prestación médica. Máxime cuando es claro que, en esta oportunidad, el servicio médico invocado no se circunscribe a un asunto puramente estético sino que por el contrario, está dirigido a salvaguardar el derecho a la salud física y emocional en conexidad con la dignidad humana de una menor de 6 años, tal y como se explicará a continuación:

9.6 Para sustentar lo expuesto, empieza la Sala por reiterar que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional. Sus derechos son fundamentales y, por expreso mandato constitucional, estos prevalecen sobre los derechos de los demás.

En ese contexto, en tratándose del derecho a la salud de los menores, ha considerado la jurisprudencia de esta Corporación que el mismo no se reduce únicamente a aspectos funcionales, sino incluye también su bienestar psíquico, emocional y social. En aras de su protección, a la familia, a la sociedad y, en particular, al Estado, les compete llevar a cabo las acciones que corresponda para garantizarles a estos sujetos una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades.

9.7 De acuerdo con lo anterior, no es de recibo para la Sala que la EPS accionada fundamente la negativa de la prestación del servicio solicitado en el hecho de que la cirugía

requerida por la niña "tiene objetivo estético y no funcional"[78], decisión que, en armonía con lo previsto por el derecho internacional, la Constitución Nacional y la jurisprudencia en la materia, conlleva una clara y manifiesta vulneración del derecho a la salud en conexidad con la dignidad humana de la menor por cuanto la no realización del procedimiento quirúrgico prescrito se proyecta de modo negativo en su bienestar emocional y psicológico.

Tal y como lo expuso la accionante en su escrito de tutela, la lesión que padece su hija, ha sido la causa de que ésta se vea constantemente sometida a "burlas y bromas de mal gusto", afirmación que no ha sido controvertida por la demandada y que a consideración de esta Sala resulta razonable si se tiene en cuenta que un fibroma de 2cm de diámetro, protuberante, en el lóbulo de la oreja de una niña de 6 años de edad, puede despertar curiosidad en el medio con el que se encuentra constantemente relacionada, es decir niños y niñas de su edad, y por ende, ser motivo de ridiculización para la misma, quien como sostiene su madre, ha visto perturbado el normal desarrollo de su vida personal y especialmente su autoestima.

Sobre el particular, cabe hacer mención a lo dispuesto por la Corte en sentencia T-307 de 2006, donde, como ya se señaló en la parte considerativa de la presente sentencia, se abordó el caso de un menor que padecía de unas malformaciones congénitas benignas en sus orejas denominadas – apéndices preauriculares, los cuales, si bien no le generaban un daño funcional, sí le estaban afectando su salud psicológicamente comoquiera que era constantemente objeto de "mofas" por parte de los niños de su edad. En dicha oportunidad la Sala de Revisión tuteló el derecho a la dignidad humana del niño y, en consecuencia, le ordenó a la EPS accionada realizar el procedimiento quirúrgico prescrito a efectos de restablecer la salud integral del menor. Dentro de las razones que llevaron a adoptar la referida decisión se destaca, en palabras de la Corte, que "(…) gran parte de las enfermedades no se originan en una disfunción física o funcional sino son motivadas por presiones que provienen del medio ambiente social y producen estrés: sentimientos de abandono, baja autoestima, aislamiento, burlas, inconformidad con la propia imagen, depresión, agresividad. Estas presiones comienzan a manifestarse desde la infancia más temprana y a partir de ese mismo momento es preciso reaccionar. Solo de esa forma se garantiza la faceta preventiva del derecho a la salud. Con ello se evita, de modo simultáneo, llegar a situaciones irreversibles que implican altos costos económicos, sociales y emocionales"[79].

Bajo esa lectura integral del derecho a la Salud en los menores, consideró la Sala que "(…) no se puede negar que el medio que enfrentan los niños en su familia, en el barrio y en el colegio muchas veces se presenta bajo sus aspectos más hostiles. Cualquier detalle que sobresalga y se distinga de lo que es considerado "normal" tiende a calificarse de manera negativa y a reprocharse bien sea en forma de agresión directa o indirecta, de burlas y de mofas. Esto ocasiona el aislamiento de los niños y genera en ellos sensaciones de tristeza, impotencia, aislamiento, depresión y agresividad"[80].

9.8 En este orden de ideas, para el caso sub examine, insiste la Sala en la necesidad de partir de un concepto amplio e integral del derecho a salud en el sentido de que el mismo se extiende más allá de lo puramente funcional y orgánico, proyectándose en la dignidad

humana, especialmente cuando se está ante sujetos que por su situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad, como son los niños, niñas y adolescentes, deben ser especialmente protegidos por el Estado.

9.9 Tanto la entidad demandada como el juez de instancia estiman que en el presente caso se solicitaba la práctica de un procedimiento quirúrgico de orden estético, no funcional, no incluido en el Plan de Beneficios en Salud y que, en razón de ello, no se estaban desconociendo los derechos fundamentales de la menor. No obstante, de las consideraciones expuestas en precedencia es posible concluir que en el caso concreto la cirugía recomendada por el médico tratante a la niña Laura Daniela Abril Villareal se orienta justamente a proteger su dignidad humana, es decir, garantizar la salud integral de la misma quien se ha visto afectada en su aspecto psíquico y social. Desde ese punto de vista, no se puede calificar como estético el procedimiento que requiere la menor, pues según ha quedado establecido, la lesión visible que presenta la misma repercute de forma negativa su salud psíquica, razón por la cual se requiere con necesidad llevar a cabo la intervención médica ordenada.

9.10 Ahora bien, argumenta la entidad accionada, así como el juez de instancia que comoquiera que la accionante figura en calidad de cotizante en el Sistema de Seguridad Social en Salud no es posible acreditar su falta de capacidad económica para costear la cirugía que requiere su menor hija, así como tampoco, los gastos propios de la misma. Al respecto, encuentra la Sala que, de la pruebas allegadas al expediente, se pudo establecer que la base de cotización de la actora corresponde a un salario mínimo, hecho que permite concluir que, en razón de que la misma es madre cabeza de familia, los ingresos que percibe apenas le alcanzan para garantizar su mínimo vital, es decir, cubrir los gastos básicos del hogar. Luego Para la Sala es evidente la incapacidad económica de la madre de la menor para sufragar el costo de la operación de su hija, así como los gastos propios de la misma como cuidados posoperatorios, transporte y alojamiento, si hubiese lugar a los mismos).

Con fundamento en lo anterior, se revocará la decisión de instancia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Curumaní (Cesar) que negó el amparo promovida por la señora Sandra Liliana Villareal López en representación de su menor hija y, en su lugar, se protegerán los derechos fundamentales a la salud integral y la vida en condiciones dignas de la niña.

En consecuencia, se ordenará a la Nueva EPS CAJACOPI que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, inicie las gestiones necesarias para que le sea practicada a la menor Laura Daniela Abril Villareal la cirugía de “resección de tumor benigno en el lóbulo de la oreja derecha”, la cual deberá realizarse en un plazo máximo de dos (2) meses, garantizando los demás servicios que en razón a dicha intervención y de su patología requiera la misma para el restablecimiento integral de su salud física y psicológica, entiéndase estos últimos, como cuidados posoperatorios, transporte de la menor y la acompañante y alojamiento de las mismas en caso de llegar a requerirse.

En mérito de lo expuesto la Sala de Revisión

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR, por las razones consignadas en esta providencia, el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Curumaní (Cesar), de fecha 21 de mayo de 2018, despacho que conoció en única instancia la acción de tutela de la referencia, a través del cual consideró no tutelar los derechos fundamentales invocados y, en su lugar, conceder la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la igualdad, y la integridad física de la menor Laura Daniela Abril Villareal.

SEGUNDO. ORDENAR a la NUEVA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguiente, contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice la realización del procedimiento quirúrgico "resección de tumor benigno en el lóbulo de la oreja derecha" la cual deberá realizarse en un plazo máximo de dos (2) meses, garantizando los demás servicios que en razón a dicha intervención y de su patología requiera la menor Laura Daniela Abril Villareal para el restablecimiento integral de su salud física y psicológica, tales como cuidados posoperatorios, transporte de la menor y la acompañante y alojamiento de las mismas en caso de llegar a requerirse.

TERCERO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SU ACCESO PREFERENTE AL SISTEMA DE SALUD-Frente al mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud de forma general, la Corte debe ser enfática en señalar que el medio ordinario de defensa no

resulta idóneo ni eficaz, no con fundamento en las circunstancias de cada caso concreto sino por vacío en su regulación (aclaración de voto)

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-En caso que un servicio o medicamento no esté expresamente excluido del PBS, deberá entenderse como incluido en el mismo (aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte me permito expresar las razones que me llevan a aclarar el voto en la sentencia T- 010 del 22 de enero de 2019.

1. En la referida providencia la Corte estudió la acción de tutela interpuesta por Sandra Liliana Villareal López en representación de su hija Laura Daniela Abril Villareal contra la Nueva EPS, quien pretendía la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la integridad y la vida en condiciones dignas. Lo anterior, ante la negativa de la EPS accionada de realizar el procedimiento de "recesión del tumor benigno en área especial" en el lóbulo de la oreja derecha de la menor de edad.

Mediante sentencia T-010 de 2019, la Sala Séptima de Revisión amparó los derechos de la niña y ordenó a la EPS realizar el procedimiento quirúrgico. En la referida decisión se encontraron acreditados los requisitos de procedibilidad, puntualmente sobre la subsidiariedad se indicó que estaba cumplido, pues si bien la controversia en torno al acceso de servicios expresamente excluidos del PBS se puede resolver en principio ante la Superintendencia Nacional de Salud, en esta oportunidad no era un mecanismo idóneo, al tratarse de una menor de edad sujeto de especial protección constitucional.

Igualmente, sobre del fondo del asunto en el estudio del caso concreto resaltó que el procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante no está expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud. Sustentado en ello, entró a realizar el estudio para inaplicar el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y concluir por qué en el presente caso no se circunscribe a un asunto meramente estético.

2. Al respecto, estoy de acuerdo con la decisión adoptada en la sentencia T-010 de 2019, sin embargo, debo aclarar mi posición primero, frente a las afirmaciones contenidas en la parte considerativa relacionadas con el requisito de subsidiariedad y segundo, sobre el estudio realizado en el que se determinó que el procedimiento de recesión del tumor benigno de lóbulo de la oreja derecha si bien no está excluido del PBS debe asumirse como un procedimiento cosmético, y por lo tanto debe argumentarse la inaplicación de la exclusión para conceder el amparo.

Así, por un lado, aunque la sentencia se ajusta al precedente jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de tutela para la entrega de insumos, tecnologías, procedimientos y tratamientos no incluidos en el PBS, en ella se señaló: "Sobre el particular, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 señala que ante la posible existencia de un mecanismo ordinario de defensa, la eficacia del mismo debe ser apreciada en concreto atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante…la procedencia de la tutela se hace mucho más evidente cuando se advierte la posible vulneración de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta en razón de su edad, su condición económica, física o mental, motivo por el cual,

esta Corporación le atribuye, la calidad de sujetos de especial protección constitucional a los menores de edad…".

Entonces, aunque comparto la postura adoptada de no exigir a la accionante que acuda ante la Superintendencia de Salud al tratarse de la protección de los derechos fundamentales de su hija menor de edad, no estoy de acuerdo con que se presuma la idoneidad del mecanismo de forma general.

Lo anterior, por cuanto considero que el trámite contemplado en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado y modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, no es idóneo para la protección del derecho fundamental a la salud de los usuarios del sistema pues: i) no existe un término para proferir la decisión de segunda instancia, lo que deja en vilo y prolonga en el tiempo la protección del derecho, aunque este aspecto fue abordado en la sentencia, se reitera que no es la conclusión a la que se llega finalmente; ii) el procedimiento no establece el efecto de la impugnación, esto es, si es suspensivo o devolutivo; iii) no establece garantías para el cumplimiento de la decisión; y iv) la Superintendencia tiene competencia para conocer de las denegaciones de servicios, sin embargo, no dice qué sucede cuando la EPS no responde o lo hace parcialmente. En concordancia, la falta de idoneidad del mecanismo ante la Superintendencia ha sido puesta de presente recientemente por la Corte en la sentencia T-218 de 2018.

Siendo así, no puede suponerse que la eficacia de este mecanismo ordinario de defensa, solo debe ser apreciado en concreto. En otras palabras, a mi juicio, la Corte debe ser enfática en señalar que, a pesar de la existencia de ese mecanismo, el mismo no resulta idóneo y eficaz, no con fundamento en las circunstancias del caso concreto que vician su eficacia, sino por sus vacíos de regulación. Bajo ese entendido, ante la falta de idoneidad del mecanismo, la tutela, en esta clase de asuntos, no puede considerarse excepcional o estar sujeta solo a la inminencia del perjuicio irremediable.

Por otro lado, en el estudio de fondo se debe enfatizar en que la sentencia C-313 de 2014 aclaró que, ateniendo a un concepto inclusivo del servicio de salud, las exclusiones deben ser expresas y taxativas, e indicó que: "El mismo artículo 15 se ha establecido un régimen taxativo de exclusiones. Por ello, en aras del goce efectivo del derecho y, atendiendo que, salvo lo excluido, lo demás está cubierto…con ello, se preserva un mecanismo ajustado a la constitución".

En tal sentido, al no encontrarse el procedimiento de "recesión de tumor benigno área especial" dentro de la lista de exclusiones de la Resolución 5267 de 2017 entonces habrá de entenderse como un procedimiento incluido en el plan de beneficios en salud. En cuyo caso, la Sala no tendría que buscar la inaplicación del inciso 2 del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, por cuanto, tal y como lo explicó la Corte, "se trata de una norma para determinar la exclusión, no de una norma que define, sin más, la exclusión". Así, el plan de beneficios en salud está planteado de tal forma tal, que en el caso de que un servicio no se encuentre expresamente excluido, entonces deberá entenderse como incluido dentro del mismo.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] Sala de Selección Número Ocho, conformada por los magistrados Carlos Bernal Pulido y Alejandro Linares Cantillo. Auto del 16 de agosto de 2018, notificado el 3 de septiembre de 2018.

[2] Ver a folio 1 del cuaderno principal.

[3] Ver a folios 15-16 del cuaderno principal.

[4] Ver a folio 19 del cuaderno principal.

[5] Ibídem,

[6] Ver a folio 1 del cuaderno principal.

[7] Ver a folio 2 del cuaderno principal.

[8] Ibídem.

[9] Ibídem.

[10] Ver a foli0 del cuaderno principal.

[11] Ibídem.

[12] Ver a folio 3 del cuaderno principal.

[13] Ver a folio 12 del cuaderno principal.

[14] Ver a folio 13 del cuaderno principal.

[15] Ver a folio 14 del cuaderno principal.

[16] Ver a folio 15 del cuaderno principal.

[17] Ver a folio 16 del cuaderno principal.

[18] Ver a folios 17- 18 del cuaderno principal.

[19] Ver a folios 19-21 del cuaderno principal.

[20] Ver a folio 51 del cuaderno principal.

[21] Ibídem.

[22]Ibídem.

[23] La Sala Séptima de Revisión de Tutelas conformada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

[24] Ver a folio 4 del cuaderno principal.

[25]Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 "la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (…) También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud." (Negrilla fuera del texto original).

[26] Corte Constitucional, Sentencias T – 557 de 2016, T-083 de 2016, T-291 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

[27] Ver sentencias Sentencias T-308 de 2011 (M.P.Humberto Sierra Porto), T- 482 de 2013 (M.P.Alberto Rojas Ríos), T-841 de 2011 (M.P.Luis Ernesto Vargas Silva)- Reiteración de jurisprudencia.

[29]"Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

[30] Sobre la materia revisar la sentencia SU- 391 de 2016, (M.P Alejandro Linares Cantillo).

[31] Corte Constitucional, Sentencia T-590 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[32] Artículo 86 de la Constitución Política. Ver sobre el particular sentencia T-847 de 2014 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

[33] Corte Constitucional, sentencia T – 149 de 2013 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[34] Corte Constitucional, sobre la protección especial a los niños, las sentencias T-550 de 2001 y T-864 de 2000,(M. P. Alfredo Beltrán Sierra), T-510 de 2003 y T-397 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-943 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-265 de marzo 17 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, principios reiterados en las sentencias T-765 de octubre 10 de 2011 y T-681 de agosto 27 de 2012, ambas M. P. Nilson Pinilla Pinilla. , T-586 de 2014 ,M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T- 557 de2017, M.P Alberto Rojas Ríos.

[35] Corte Constitucional,, T- 736 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

[36] Corte Constitucional, ver entre otras, las Sentencias T-603 de 2015, T-098 y T-400 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-450 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[37] "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

[38] "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

[39] Corte Constitucional, Sentencia T-447 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa).

[40] Mediante sentencia T-760 de 2008, la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es autónomo "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". Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

[41] El artículo 1 de la ley en cita establece que: "La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección". Por su parte, el artículo 2 dispone: "El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado."

[42] Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[43] "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones".

[44] Corte Constitucional, sentencia T- 579 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).

[45] Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

[46] Ibídem.

[47] Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-1384 de 2000, T-365A de 2006, T- 361 de 2014, entre otras.

[48] Al respecto, la sentencia T-270 del 11 de abril de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, afirmó que el concepto de vida, no se encuentra limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte o a la vida biológica, sino que se consolida como un concepto amplio que preserva las condiciones vitales de manera digna y saludable

[49] Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-397 de 2004; T-943 de 2004; T-510 de 2003; T-864 de 2002; T-550 de 2001; T-765 de 2011 y T-610 de 2013

[50] Adoptada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

[51] M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

[52] Los apéndices preauriculares son malformaciones congénitas benignas, que resultan de la aparición de montículos auriculares accesorios.

[53] Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa).

[54] M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

[55] Corte Constitucional, sentencia T – 307 de 2006 (M.P Humberto Antonio Sierra Porto).

[56] "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

[57] Ley 1751 de 2015.

[58] Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Acápite 5.2.8.3

[59] M.P Cristina Pardo Schlesinger.

[60] Corte Constitucional sentencia T-171 de 2018 M.P Cristina Pardo Schlesinger.

[61] El Plan de Beneficios en Salud es el esquema de aseguramiento que define los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del sistema de salud para la prevención, paliación y atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas. Es actualizado anualmente con base en el principio de integralidad y su financiación se hace con recursos girados a cada Empresa Promotora de Salud (EPS) de los fondos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por cada persona afiliada; los montos varían según la edad y son denominados Unidad de Pago por Capitación (UPC).

[62] 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,

[63] Ministerio de Protección Social. Resolución 3951 de 2016. Artículo 3, numeral 8

[64] Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016 "Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios de Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones".

[65] Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016. "Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones". Artículo 5. Reporte de la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC será realizada por el

profesional de la salud, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS-EOC, a través del aplicativo que para tal efecto disponga este Ministerios, el cual operará mediante la plataforma tecnológica del Sistema Integral de Información de la Protección Social – SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica. (…).

[66] Ministerio de salud y Protección Social. Resolución 3951 de 2016. "Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones".

[67] Corte Constitucional Sentencia T- 558 de 2017 (M.P. Iván Humberto Escurecería Mayolo)

[68] Corte Constitucional, sentencia T- 597 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T – 178 de 2017 (M.P. Antonio José Lizarazu Ocampo).

[69] Resolución 5269 de 2017, ART. 120. —Transporte o traslados de pacientes. El plan de beneficios en salud con cargo a la UPC financia el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos

1. Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio pre hospitalario y de apoyo terapéutico en ambulancias 2. Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remisora. Igualmente para estos casos está financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contra referencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente. Asimismo, se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

ART. 121. —Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención descrita en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, 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.AR.—Las EPS o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial.

[70] Corte Constitucional sentencia T-154 de 2014 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez)

[71] Corte Constitucional sentencia T-154 de 2014 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-062 de 2017 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

[72] Corte Constitucional sentencias T-405 de 2017 (M.P Iván Humberto Escrucería Mayolo) T-309 de 2018 (M.P José Fernando Reyes Cuartas).

[73] Corte Constitucional ,

T-309 de 2018 (M.P José Fernando Reyes Cuartas).

[74] Corte Constitucional sentencia T- 062 de 2017 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[75] Ibídem.

[77] "Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"

[78] Ibídem.

[79] Corte Constitucional, sentencia T -307 de 2006, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

[80] Ibídem – Caso concreto.