

T-057-13

Sentencia T-057/13

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección reforzada que se materializa en una prestación continua, permanente y eficiente

La Corte ha concluido que los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y que es por ello que el Estado tiene el deber de garantizarles una atención integral en salud. La protección del derecho a la salud de los adultos mayores se hace relevante en el entendido de que “es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”. Por todo lo anterior es que las obligaciones en materia de salud, derivadas del principio de solidaridad, deberán cobrar aún mayor fuerza cuando se trata de garantizar los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, como las personas de la tercera edad. Por otro lado, el derecho fundamental a la salud comprende, entre otros, el derecho que tiene toda persona en acceder a los servicios de salud que requiera de manera oportuna, efectiva y con calidad, teniendo en cuenta las condiciones y capacidades existentes.

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Principios de integralidad, continuidad y confianza legítima

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO Y DERECHO DE LA EPS A ESCOGER CON QUE IPS CONTRATAR

La Corte ha explicado que las EPS tienen la libertad de decidir con cuáles IPS celebran convenios o contratos, teniendo en cuenta para ello la clase de servicios que vayan a ofrecer, lo cual implica para los afiliados el derecho de escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) dentro de las ofrecidas por aquellas. Además, ha precisado que los afiliados deben acogerse a las IPS que sean remitidos para la atención de la salud, aunque prefieran otra carente de contrato, siempre y cuando en la IPS receptora se brinde una

prestación integral del servicio. Se concluye entonces que el derecho a la libre escogencia de institución prestadora de salud IPS, no es absoluto, ya que está limitado en los términos normativos, por la regulación aplicable; y en términos fácticos, por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes, esto es, por ejemplo, en el marco de los convenios suscritos por las EPS. Ahora, es importante reiterar que, aunque la negativa al traslado de una IPS por sí sola no genera la vulneración de derechos fundamentales, cuando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio o que a pesar de la adecuada calidad de su prestación por diferentes factores, como por ejemplo, su ubicación, pone en riesgo el estado de salud del paciente y ello causa el deterioro de su condición, el juez de tutela podría conceder el amparo.

**DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Vulneración por EPS al ordenar tratamiento de radioterapia en Bogotá, sin tener en cuenta que a la accionante le afecta la altura según concepto médico**

**DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS autorice tratamiento de radioterapia en una ciudad ubicada en zona con altitud recomendable para paciente y que se encuentre cerca al lugar de residencia y cubrir gastos de transporte y alojamiento**

**DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de medicamentos sin imponer nuevas barreras a enfermo de cáncer**

Referencia: expedientes T-3620860 y T-3623415 (acumulados)

Acción de tutela instaurada por Alejandra González Montoya en contra de HUMANA VIVIR EPSS y de Gildardo Martínez Barrientos en contra de HUMANA VIVIR EPSS.

Magistrado Ponente

ALEXEI JULIO ESTRADA

Bogotá D. C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Alexei Julio Estrada, quien la preside, 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, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

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

1.- T-3620860: En única instancia, por el Juzgado Primero (1) Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Yopal, Casanare, el doce (12) de julio de dos mil doce (2012), dentro del proceso de tutela de Alejandra González Montoya, actuando como agente oficiosa de su suegra, la señora Elvinia Garzón Vallejo, contra HUMANA VIVIR EPSS.

2. T-3623415: En única instancia, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Civil Municipal de Bogotá, el seis (6) de agosto de dos mil doce (2012), dentro del proceso de tutela de Gildardo Martínez Barrientos, contra HUMANA VIVIR EPSS.

### I. ANTECEDENTES

Mediante auto de fecha veintisiete (27) de septiembre de 2012, la Sala de Selección Número 9 seleccionó y acumuló los expedientes T-3620860 y T-3623415, por presentar unidad de materia, para que fueran decididos en una misma providencia.

#### 1. Expediente T-3620860

1.- La Sra. Elvinia Garzón Vallejo de 67 años de edad, padece desde hace 2 años de un cáncer de cerviz avanzado con antecedentes de hipertensión arterial, y como afiliada del régimen subsidiado en salud ha sido atendida por HUMANA VIVIR EPSS.

2.- La accionante como agente oficiosa de la Sra. Garzón, manifiesta que la misma fue remitida en el 2010 por HUMANA VIVIR EPSS a Bogotá, para realizarse diferentes exámenes médicos y durante su estadía su estado de salud empeoró y se deterioró debido a su hipertensión arterial.

3.- Indica que en el mes de junio de 2012 el estado de salud de su suegra se agravó, razón por la cual fue atendida en la IPS Fundavi de Yopal con autorización de HUMANA VIVIR EPSS, en donde se le ordenó tratamiento inmediato de quimioterapia en Yopal y radioterapia en Villavicencio, en virtud a que la paciente no puede trasladarse a Bogotá por su hipertensión arterial, cardiopatía e intolerancia a las alturas.

4.-Aduce que a pesar de todos esos antecedentes, HUMANA VIVIR EPSS no autorizó la radioterapia en Villavicencio sino en la IPS Cooperativa de Servicios Médicos en Cáncer, ubicada en Bogotá, bajo el argumento de carácter administrativo relativo a que dentro de su red, no tiene convenio en Villavicencio con ninguna IPS que preste ese servicio. Resalta además, que le consta que la demandada ha autorizado en Villavicencio este tratamiento para otros pacientes con el mismo diagnóstico.

#### Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

Afirma la accionante que los anteriores hechos causaron que su suegra se encuentre en un estado de indefensión y le están vulnerando sus derechos fundamentales a una vida digna, a la salud y a la seguridad social, como quiera que si se suspende o retrasa el tratamiento por la gravedad de su enfermedad con la orden de atención por parte de HUMANA VIVIR EPSS en Bogotá y no en Villavicencio, se somete su salud a un considerable riesgo que puede culminar con su muerte.

Igualmente, solicita que la accionada de manera inmediata autorice la prestación de los servicios de radioterapia a la Sra. Garzón, en una IPS de Villavicencio.

#### Respuesta de la demandada

Mediante el oficio de tutela No. 291 del 29 de junio de 2012[1], el Juzgado Primero (1) Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Yopal, le concedió a la demandada HUMANA VIVIR EPSS el término para ejercer el derecho a la defensa, pero la misma no se pronunció respecto de los derechos reclamados por la accionante en la presente acción de tutela.

#### Actuaciones procesales

#### Única Instancia

El 12 de julio de 2012, el Juzgado Primero (1) Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Yopal profirió sentencia de primera instancia denegando las pretensiones de la actora.

Estableció que la entidad accionada le ha prestado el servicio de salud a la paciente Elvinia Garzón Vallejo para el tratamiento de su enfermedad según lo prescrito por el médico tratante y ordenó la radioterapia en la ciudad de Bogotá en razón a que no tienen convenio en Villavicencio, por parte de "...una entidad especializada en servicios médicos en cáncer en la cual se garantiza su atención en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad..". [2]

#### Pruebas que obran en el expediente

1.- Copia de la cédula de ciudadanía de la Sra. Elvinia Garzón Vallejo. (Folio 8 del cuaderno 1)

3.- Copia de diagnósticos médicos de cáncer, de cardiopatía isquémica y de intolerancia a las alturas de la señora Elvinia Garzón Vallejo, así como de tratamientos para su enfermedad ordenados por médico tratante, con sugerencia que se realicen en Yopal y en Casanare por las condiciones de la paciente. (Folios 9 al 12 del cuaderno 1)

4- Copia autorización de servicios de salud por parte de HUMANA VIVIR EPSS, en la cual se ordena la prestación de la radioterapia a la señora Elvinia Garzón Vallejo, por parte de institución ubicada en Bogotá. (Folio 13 del cuaderno 1)

#### 2. Expediente T-3623415

1.- El Sr. Gildardo Martínez Barrientos, de 75 años de edad, se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud y es usuario de HUMANA VIVIR EPSS.

2.- Manifiesta que padece de leucemia linfocítica crónica y su tratamiento lo ha prestado el Instituto Nacional de Cancerología, entidad que le exige el pago de los procedimientos requeridos para poder continuar con su atención, lo cual no puede realizar porque carece de recursos.

3.- Igualmente, indica que necesita la autorización de HUMANA VIVIR EPSS, para el tratamiento integral, completo, permanente y oportuno de su enfermedad por parte del Instituto Nacional de Cancerología, sin tener que pagar cuotas moderadoras o copagos por tratarse de una enfermedad de alto costo.

4.- Afirma que a pesar de su delicado estado de salud y la necesidad de un tratamiento continuo, se suspendieron los servicios médicos a causa de la falta de autorización y de pago, por lo que su vida está en riesgo y su estado de salud es cada vez más grave.

#### Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

Afirma el accionante que de los anteriores hechos se desprende que han sido vulnerados sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana. Solicita que se ordene a HUMANA VIVIR EPSS la autorización de manera exclusiva en el Instituto Nacional de Cancerología, del tratamiento para el manejo de su enfermedad en forma integral, continua, permanente, con un cubrimiento total y sin cobro alguno por ser una enfermedad de alto costo.

#### Respuesta de la demandada

##### a. HUMANA VIVIR EPS

En la contestación de la acción de tutela, la demandada señaló que en el reporte presentado por su Coordinación Nacional de Autorizaciones como área encargada de emitir las órdenes para la prestación de los servicios, se informó que tras la revisión del aplicativo se encontraron respecto del actor negaciones o re direccionamientos del año 2011 para patología de linfoma no hodking y que no existen autorizaciones recientes para el manejo de la patología descrita en la tutela, razón por la cual debe radicar la solicitud de servicios para asignarle un prestador dentro de la red adscrita de la que no hace parte el Instituto Nacional de Cancerología.

Así mismo, relaciona un cuadro con todos los servicios que le ha prestado al tutelante, lo que demuestra el cumplimiento de lo solicitado el usuario así como de sus obligaciones contractuales y por ende no ha violado ni irrespetado su derecho a la salud, ni le ha negado accesibilidad a servicios que se encuentren dentro del POSS.

Sostuvo que en este caso no puede ordenarse un tratamiento integral que está por fuera del POSS, sin estar determinados los servicios que lo conforman ni existir una orden previa del médico tratante de la EPS, quien es el que decide o es el responsable del tratamiento, tal como lo prevé la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Igualmente indicó que los servicios que estén excluidos del POSS deben ser asumidos por el ente territorial respectivo, como es el tratamiento de la patología del accionante.

#### b. Instituto Nacional de Cancerología

Esta entidad fue vinculada al proceso por el Juzgado Treinta y Seis Civil Municipal de Bogotá y en la contestación de la acción de tutela adujo que actualmente no hace parte de la red de prestadores de servicios de la EPSS HUMANA VIVIR y por lo tanto no puede atender al accionante sin la existencia de un convenio vigente ni de las correspondientes autorizaciones, lo cual puede ser remediado por la EPSS si se lo solicita y se compromete a cancelar los servicios requeridos.

Indicó que en su calidad de IPS depende de la autorización de servicios o de tratamiento del paciente que emita la respectiva EPS, EPSS o entidad territorial, quienes son las responsables de la atención en salud de sus afiliados; y como entidad pública no puede exonerar a los usuarios de los costos médicos, pues constituye un detrimiento al patrimonio público y son la fuente de su sostenimiento, así como no le es posible relevarlos del pago de las cuotas moderadoras o copagos, lo cual es potestad de la EPS, EPSS o entidad territorial.

Afirmó que es a la respectiva EPSS del accionante a la que le corresponde asegurar la continuidad de su tratamiento en esa o en otra IPS y exonerarlo o no del pago de las cuotas moderadoras en que incurra.

#### Actuaciones procesales

##### Única Instancia

El 6 de agosto de 2012, el Juzgado Treinta y Seis Civil Municipal de Bogotá profirió sentencia denegando las pretensiones del actor.

Consideró que la solicitud del accionante se enfoca en la continuidad del tratamiento de su enfermedad exclusivamente en el Instituto Nacional de Cancerología, el cual no ha sido autorizado por HUMANA VIVIR EPSS como quiera que dicha institución no hace parte de su red de IPS ni se encuentra soportado en orden médica alguna, por lo que no se advierte que se le haya negado la prestación del servicio de salud y es ajeno a la responsabilidad de la EPS que el usuario no acepte IPS que esté dentro de su red.

Igualmente, determinó que el actor debe ser atendido por una IPS asignada por la demandada, la cual está obligada a prestarle todos los servicios que requiere su patología mediante un tratamiento integral, oportuno y eficaz, sin ser un impedimento para su realización los copagos a su cargo.

#### Pruebas que obran en el expediente

- 1.- Copia de la cédula de ciudadanía del Sr. Gildardo Martínez Barrientos. (Folio 15 y 29 del cuaderno 1)
- 2.- Copia de diagnóstico médico e historia clínica del tutelante. (Folios 16 al 18 del cuaderno 1)
- 3.- Copia del carné de afiliación a HUMANA VIVIR EPSS donde se registra al actor como usuario del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado. (Folio 19 y 33 del cuaderno 1)
- 4- Copia órdenes clínicas, tratamientos, exámenes de diagnóstico, fórmulas médicas y recibos de pago del accionante emitidos por el Instituto Nacional de Cancerología. (Folios 20 al 28, del 30 al 32 y del 34 al 42 del cuaderno 1)

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### Competencia

- 1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación de los casos, planteamiento del asunto objeto de revisión y problemas jurídicos

2.- En el primer caso objeto de revisión (expediente T-3620860), la Sra. Alejandra González Montoya, como agente oficioso de su suegra, Sra. Elvinia Garzón Vallejo, interpuso acción de tutela en contra de HUMANA VIVIR EPSS, solicitando la protección de sus derechos fundamentales, los cuales estima han sido vulnerados por la entidad al ordenarle a la misma el tratamiento de radioterapia para un cáncer que padece, en la ciudad de Bogotá y no en Villavicencio, a pesar de la sugerencia directa del médico tratante y los antecedentes médicos e intolerancia a las alturas de la misma, con el argumento que no cuenta en esa ciudad con una IPS adscrita a su red de prestadores.

3.- En el segundo caso objeto de revisión (expediente T-3623415), el Sr. Gildardo Martínez Barrientos, interpuso acción de tutela en contra de HUMANA VIVIR EPSS, solicitando la protección de sus derechos fundamentales, los cuales estima han sido vulnerados por la entidad a causa de la falta de autorización y pago del tratamiento que de su enfermedad catastrófica le ha prestado el Instituto Nacional de Cancerología, lo que originó su suspensión y falta de desarrollo en forma integral y permanente. Así mismo, por su precaria situación económica y padecer de una enfermedad de alto costo no puede sufragar costos extra.

4.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión deberá determinar: i) Si HUMANA VIVIR EPSS vulneró o no los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de la Sra. Elvinia Garzón Vallejo al ordenarle el tratamiento de radioterapia en la ciudad de Bogotá y no en Villavicencio, a pesar de la sugerencia directa del médico tratante y los antecedentes médicos e intolerancia a las alturas de la misma, con el argumento que no cuenta en esa ciudad con una IPS adscrita a su red de prestadores; y ii) Si HUMANA VIVIR EPSS vulneró los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana del Sr. Gildardo Martínez Barrientos por la falta de autorización y pago del tratamiento de su enfermedad en forma integral y permanente por parte del Instituto Nacional de Cancerología.

5.- A fin de resolver los casos, la Sala reiterará lo que la Corte Constitucional ha sostenido sobre: (i) el derecho fundamental a la salud, su protección constitucional respecto a las

personas de la tercera edad y el respeto de los principios de integralidad, oportunidad y continuidad en su acceso. Reiteración de Jurisprudencia; (ii) la facultad de las EPS para contratar su red de IPS y el principio de libre escogencia de IPS por parte de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud. Reiteración de Jurisprudencia; para finalmente proceder al (iii) análisis de los casos concretos.

#### Asunto Preliminar

6.- A continuación, la Sala analizará los casos de estas 2 personas de la tercera edad, quienes por su condición, la gravedad de su enfermedad y su delicado estado de salud son considerados por la jurisprudencia de este Tribunal como sujetos de especial protección constitucional, por lo que el derecho a la salud tiene el carácter de autónomo y prevalente, y por tal razón su protección puede ser exigida de forma directa por la vía de la acción de tutela como mecanismo expedito e inmediato para la protección de sus derechos fundamentales, en vez de tener que acudir al procedimiento sumario establecido por la Ley 1438 de 2011 para los casos de conflictos entre IPS, EPS y usuarios previstos en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

7.- También, esta Sala constató que en el caso de la Sra. Elvinia Garzón Vallejo (expediente T-3620860), se cumplen con las exigencias para la actuación mediante agente oficioso, establecidas por el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 y de la jurisprudencia constitucional, a saber: (i) que el titular del derecho se encuentre en imposibilidad para promover su propia defensa, y (ii) que quien actúa en calidad de agente oficioso, lo manifieste de forma expresa.

8.- Así, se concluye que en los casos objeto de estudio, la acción impetrada resulta procedente por tratarse de sujetos de especial protección constitucional y por encontrarse acreditados los requisitos de la agencia oficiosa.

i. - El derecho fundamental a la salud, su protección constitucional respecto a las personas de la tercera edad y el respeto de los principios de integralidad, oportunidad y continuidad en su acceso. Reiteración de Jurisprudencia

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y por otro en

un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación en observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación en un principio, entendió que el derecho a la salud no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que “se concretara en una garantía subjetiva”[3] es decir, cuando al ciudadano se le negaba el derecho a recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y sus normas complementarias o, cuando en aplicación de la tesis de la conexidad se evidenciaba que su no protección a través del mecanismo de tutela acarreaba a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal.[4]

Entonces, en su afán de proteger y garantizar los derechos constitucionales de todos los habitantes del territorio nacional, la jurisprudencia constitucional replanteó las subreglas mencionadas y precisó el alcance del derecho a la salud. Así, en Sentencia T-760 de 2008 se señaló:

“Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud.”[5]

Por consiguiente, esta Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental.

Bajo esta premisa, también ha sostenido que el derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho constitucional fundamental autónomo[6], en razón a que esta parte de la población ha sido considerada como sujeto de especial protección constitucional que merece una protección reforzada en todos los ámbitos, debido a su condición de debilidad manifiesta.[7] Esta calidad encuentra sustento en el artículo 46 de la Constitución Política conforme al cual existe un deber de brindar protección y asistencia a las personas de la tercera edad a cargo del Estado, la sociedad y la familia y una obligación exclusiva del

Estado de garantizarles los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario, en caso de indigencia[8]. Así como, en el artículo 13 de la Carta conforme al cual deberá protegerse de forma especial a quienes, por su condición física, se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.

Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles a las personas de la tercera edad la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante o en atención a las patologías diagnosticadas, siempre en respeto de los principios de integralidad, oportunidad y continuidad.[9]

En definitiva, a partir de los anteriores preceptos, la Corte ha concluido que los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y que es por ello que el Estado tiene el deber de garantizarles una atención integral en salud. La protección del derecho a la salud de los adultos mayores se hace relevante en el entendido de que “es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”[10]. Por todo lo anterior es que las obligaciones en materia de salud, derivadas del principio de solidaridad, deberán cobrar aún mayor fuerza cuando se trata de garantizar los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, como las personas de la tercera edad.[11]

Por otro lado, el derecho fundamental a la salud comprende, entre otros, el derecho que tiene toda persona en acceder a los servicios de salud que requiera de manera oportuna, efectiva y con calidad, teniendo en cuenta las condiciones y capacidades existentes.

Lo anterior, encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 48 de la C.N.[12] conforme al cual el servicio público obligatorio de la seguridad social, en el cual se comprende el servicio de salud, deberá ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en respeto de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y del artículo 49 Superior[13] que señala que le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así mismo, el numeral 3º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece que “El sistema

general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

Con fundamento en las anteriores disposiciones, es que esta instancia ha sostenido en reiteradas oportunidades que las empresas encargadas de la prestación de los servicios de salud deben garantizar su acceso en forma integral, oportuna y continua[14], y ha desarrollado toda una línea jurisprudencial para darle plena aplicación al principio de integralidad [15] y de esa manera garantizar plenamente el derecho fundamental a la salud de todos los ciudadanos. Por ello, toda persona tiene el derecho de acceder integralmente a todos los servicios de salud que requiera, es decir, la atención a la salud debe ser integral y comprender el cuidado, el suministro de medicamentos, las intervenciones quirúrgicas, tratamientos médicos, las prácticas de rehabilitación, la realización de exámenes de diagnóstico y seguimiento de la patología así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente[16].

Por ende, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que le imposibiliten el acceso integral a los servicios de salud que requiere con necesidad, lo que está ligado a: i) la obligación de los prestadores del servicio de conservar las condiciones de seguridad médica científicas para la atención de sus pacientes, lo que a su vez guardan estrecha relación con la debida protección del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas; y ii) la obligación de garantizarles el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud.

Lo anterior no implica un suministro indeterminado e irrestricto de cualquier procedimiento o insumo médico que el interesado considere que necesita, pues es el médico tratante quien establece cuales son los servicios necesarios e idóneos para el tratamiento de la patología de cada paciente. En este sentido, la jurisprudencia constitucional considera que es el médico tratante que se encuentre adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, el competente para establecer con base en criterios científicos y en su conocimiento del paciente, cuándo este requiere de los mismos; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.

Sin embargo, existen casos en los que para la prestación de servicios médicos se cuenta con un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, pero que es un profesional reconocido y que hace parte del Sistema de Salud, por lo que la EPS debe estudiar o analizar dicho concepto y aprobarlo o no, con base en razones científicas según la patología y evaluación médica interna del paciente, y si el mismo no se desvirtúa, atender y cumplir entonces lo que éste manda.

En este sentido, este Tribunal estima pertinente citar la sentencia T-760 de 2008 en la que se reconocen algunas hipótesis en las cuales “las órdenes médicas provenientes de un facultativo particular, no adscrito a la EPS del reclamante, pueden llegar a tener valor”. Sostuvo la Corte en esa oportunidad:

“(..) el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso en concreto.”

También debe reiterarse con relación a este requisito que esta Corporación ha señalado como característica esencial de la prestación del servicio a la salud que a los usuarios del Sistema de Seguridad Social se les debe garantizar su derecho al diagnóstico oportuno. En efecto, este Tribunal ha indicado que el derecho al diagnóstico incluye no sólo el derecho a ser examinado y recibir una calificación de una enfermedad, sino el derecho a que el médico tratante prescriba el procedimiento o medicamento que considere idóneo para su tratamiento.[17]

En definitiva, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañada de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela, la cual bajo ningún supuesto puede recaer sobre cosas futuras ni abstractas.

Así, la sentencia T-398 de 2008 dispuso acertadamente que las órdenes indeterminadas de los/las jueces/zas de tutela dirigidas a prestar atención integral a un paciente respecto del

cual (i) no existe claridad médica sobre su patología o condición de salud, o del cual (ii) no se conocen las prestaciones que requiere para mejorar su estado de salud, pueden resultar problemáticas a la hora de pretender su cumplimiento y no se compadecen de los recursos del Estado.

Ahora bien, como se anotó anteriormente dentro de la esfera de aplicación del principio de integralidad, ocupa un lugar importante el suministro de los medicamentos e insumos y la autorización de los servicios de salud al paciente.

En esta medida, es importante indicar que lo anterior no es absoluto y en principio está limitado a que el usuario asuma los costos que conlleven aquellos servicios, medicamentos, insumos, tratamientos excluidos del plan obligatorio de beneficios correspondiente. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional establece:

“El régimen de limitaciones y exclusiones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla. Armonizando esta consideración con el deber subsidiario del Estado en la provisión de lo pertinente para la satisfacción de las necesidades de los individuos, se hace manifiesta la conclusión de que los individuos son los primeros convocados a proveerse aquellos servicios médicos que se encuentran excluidos de la cobertura del POS y que, sólo en aquellos casos en que carezcan de recursos económicos suficientes para tal fin, procede la intervención del Estado para garantizar la efectiva concreción del derecho a la salud, proporcionando los servicios no cubiertos por el POS, con cargo a recursos públicos”[18].

Sin embargo, estas limitaciones deben operar bajo unos parámetros en donde se cumplan los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia. Es por ello, que es posible que algunos servicios excluidos del plan de beneficios obligatorio sean concedidos so pretexto de su requerimiento y necesidad para el logro de la salud del paciente, siempre que se logre acreditar el lleno de los requisitos previstos para la autorización de un procedimiento excluido del POS. Así las cosas, para inaplicar las normas del POS el juez de tutela deberá verificar:

“1.-Que la ausencia del fármaco o servicio 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.

3.-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.

4.-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.”[19]

De lo anterior, se desprende que existen casos en los que el paciente solicita el suministro de tratamientos o medicamentos excluidos del POS con el argumento de carecer de recursos económicos para asumir su costo. En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-550 de 2011 determina que esta manifestación del usuario “es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar lo contrario[20]”.

Igualmente, en la sentencia T- 662 de 2008 se estableció respecto de la falta de recursos económicos alegada por el paciente: “(i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción judicial de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política”.

Por lo tanto, se concluye que se obstaculiza e irrespeta el derecho de una persona de acceder a los servicios de salud, cuando la entidad encargada de garantizar su prestación le exige que asuma su costo a pesar que la misma no cuenta con la capacidad económica para cancelarlo, caso en el cual es la EPS quien debe cumplir su responsabilidad de suministrarlo en forma integral.

Con todo, para precisar el cumplimiento de los requisitos antes señalados, corresponde al juez de tutela examinar las circunstancias fácticas que revelan cada caso en concreto, y de acuerdo con el examen al que llegue, deberá estimar si la negativa de la entidad a

suministrar un tratamiento, medicamento o servicio excluido de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental que tenga relación directa con ellos.

Por otro lado, la jurisprudencia ha señalado en virtud del principio de oportunidad, que cuando un servicio de salud no es prestado prontamente a una persona que lo necesita, deberá entenderse que se vulnera su derecho a la salud por cuanto “se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, [lo que implica] una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.”[21]

Entonces, es importante precisar que cuando la entidad responsable no garantiza oportunamente la prestación del servicio, amenaza gravemente el derecho fundamental a la salud del paciente. Sobre esta hipótesis la Corte ha dispuesto que la prestación de los servicios debe ser oportuna, eficiente y de calidad a fin de garantizar la efectiva e integral prestación del servicio y respetar el derecho a la salud del usuario.[22]

Por ejemplo, en la sentencia T-826 de 2007 esta Corporación estableció que “se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante.”

Igualmente, este Tribunal ha concluido que en numerosas ocasiones son las negligencias administrativas y/o médicas de las EPS las que impiden el acceso oportuno a los servicios de salud. Bajo este supuesto, la sentencia T-705 de 1999 señaló:

“La negligencia de las entidades encargadas de prestar los servicios de salud, bien sea que se presenten en el campo científico, ya en el administrativo, no pueden constituirse en argumento de ellas mismas para negar la protección efectiva a sus pacientes – afiliados o beneficiarios – (...).”

Así mismo, la sentencia T-227 de 2001 reiteró que los pacientes que requieran tratamientos o exámenes médicos no pueden ver prolongada indefinidamente su atención por la falta de eficiencia de los prestadores del servicio, pues “quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto u omisión alguna que pueda comprometer la continuidad y eficiencia del servicio y, en consecuencia, comprometa o pueda llegar a agravar la patología de los

beneficiarios."

En definitiva, acerca del deber de las EPS de garantizar un acceso oportuno a los servicios de salud, la Corte Constitucional ha sostenido de forma reiterada[23] que el simple retardo injustificado en el suministro de medicamentos o insumos médicos, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, puede 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.

De otra parte, dentro de los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se encuentra también el de continuidad en la atención médica, el cual hace referencia a la prestación eficiente del servicio de salud que ya se haya iniciado a un paciente, sin que el mismo sea interrumpido o suspendido de manera imprevista e injustificada por razones administrativas o presupuestales[24].

Bajo este punto de vista, la Corte ha considerado que "La garantía de continuidad en la prestación del servicio es parte, por consiguiente, de los elementos definitorios del derecho constitucional fundamental a la salud que no puede ser desconocido sin que con esta actitud se incurra en una grave vulneración del derecho a la salud y de otros derechos que se conectan directamente con él, como son el derecho a la vida en condiciones de dignidad y de calidad y a la integridad física y psíquica. Por consiguiente, no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del [sic] derechos constitucionales fundamentales"[25]

Cabe resaltar que este principio de continuidad responde a un principio superior, el de confianza legítima que ha sido entendido como esa garantía conforme a la cual "los usuarios esperan que los servicios de salud que se les han comenzado a prestar no sean suspendidos de manera abrupta o repentina, sin justificación admisible desde el punto de vista jurídico"[26]. Así mismo, debe recordarse que el principio de continuidad está también relacionado con el principio de eficiencia, conforme al cual la prestación de los servicios de

salud deberá ofrecerse de manera tal, que “no ponga a las beneficiarias y a los beneficiarios del servicio ante trámites burocráticos innecesarios o superfluos encaminados a obstruir el acceso a la salud, sean estos trámites de orden normativo o administrativo.”

Es así como, ratificando el contenido jurisprudencial del principio a la continuidad y con el fin de asegurar el cumplimiento de las EPS en la prestación de los servicios de salud, se han establecido unos criterios que ya han sido mencionados en varias sentencias de esta Corporación:

“A partir del fundamento jurídico que identifica el principio de continuidad, la jurisprudencia constitucional ha definido el alcance del derecho ciudadano a no ser víctima de interrupciones injustificadas en la prestación de los servicios de salud, fijando los criterios que obligan a las entidades promotoras y prestadoras de salud (E.P.S, A.R.S., I.P.S) a garantizar y asegurar su continuidad. Sobre esa base, ha sostenido la Corte (I) que las prestaciones en salud, como servicio público obligatorio y esencial, tiene que ofrecerse de manera eficaz, regular, permanente y de calidad; (II) que las entidades prestadoras del servicio deben ser diligentes en las labores que les corresponde desarrollar, y deben abstenerse de realizar actuaciones ajenas a sus funciones y de omitir el cumplimiento de obligaciones que conlleven la interrupción injustificada de los servicios o tratamientos; (III) que los usuarios del sistema de salud no pueden ser expuestos a engorrosos e interminables trámites internos y burocráticos que puedan comprometer la permanencia del servicio; y (IV) que los conflictos de tipo contractual o administrativo que se presenten con otras entidades o al interior de la propia empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad, permanencia y finalización óptima de los servicios y procedimientos médicos ordenados.”[27]

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional establece el derecho a que a toda persona “se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado y que el mismo no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente, así como es” responsabilidad de las entidades promotoras de salud no suspender los tratamientos médicos iniciados de manera injustificada, por razones administrativas o presupuestarias, porque no es admisible constitucionalmente interrumpir o abstenerse de prestar un tratamiento médico una vez éste se haya prescrito y comenzado a suministrarse, pues se incurría en el desconocimiento del principio confianza

legitima".[28] (Subrayado fuera de texto).

ii.- La facultad de las EPS para contratar su red de IPS y el principio de libre escogencia de IPS por parte de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud. Reiteración de Jurisprudencia.

En distintas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre el principio de la libre escogencia de Institución Prestadora de los Servicios de Salud previsto en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, el cual es señalado como uno de los postulados rectores del Sistema de Seguridad Social en esta área y que establece:

Por su parte, el artículo 156 de la mencionada norma, al hacer referencia a las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud señala en su literal g) lo siguiente:

"g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas." (Resaltado fuera de texto).

Finalmente, el artículo 159 de la misma señala entre las garantías a los afiliados la siguiente:

"3. La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley."

De esta manera, queda consagrado el principio de la libre escogencia como una característica del Sistema General de Seguridad Social y una garantía para los usuarios del mismo. Al respecto, la sentencia T-436 de 2004 indicó que la libre escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS- es un elemento que goza de una amplia connotación al indicar:

"Así, es claro, que la libertad de escogencia es una garantía que goza de una triple connotación, pues es a la vez, principio rector del SGSSS, característica del mismo y un

derecho para el afiliado, lo que configura correlativamente un mandato y deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud. Es por ello, que ante conductas que vulneren los principios de libre escogencia y no discriminación por selección adversa, la Ley 100 de 1993 previó la imposición de las sanciones contempladas en el artículo 230 de la misma Ley[14]."

Ahora, es importante señalar que este derecho a la libre escogencia, como cualquier otro derecho que se garantiza en el estado democrático de derecho, no es absoluto, de allí que la legislación y la jurisprudencia establezcan limitantes al mismo.

Es así como, la Corte Constitucional en sentencia T-010 de 2004 señaló que la libertad de escogencia está circunscrita a las condiciones de oferta y de servicio, mientras que la sentencia T- 247 de 2005 indicó que:

"el afiliado puede escoger la Institución Prestadora del Servicio de Salud dentro de las opciones ofrecidas por la respectiva EPS, esto es, las IPS con que exista contrato o convenio vigente. En efecto, el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 establece que las entidades promotoras de salud tienen entre sus funciones "Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia." (Subrayado por fuera del texto)."

La Corte ha explicado que las EPS tienen la libertad de decidir con cuáles IPS celebran convenios o contratos, teniendo en cuenta para ello la clase de servicios que vayan a ofrecer, lo cual implica para los afiliados el derecho de escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) dentro de las ofrecidas por aquellas. Además, ha precisado que los afiliados deben acogerse a las IPS que sean remitidos para la atención de la salud, aunque prefieran otra carente de contrato, siempre y cuando en la IPS receptora se brinde una prestación integral del servicio. Al respecto en la Sentencia T-238 de 2003, la Sala Segunda de Revisión dijo:

"Las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a

los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones a donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución. En todos estos procesos están en juego los criterios que operan tanto en el afiliado al momento de contratar con determinada EPS, o de cambiar de EPS, por no estar de acuerdo con las instituciones de salud donde aquella tiene convenios". (Subrayado fuera del texto)."

De igual forma, en sentencia T-614 de 2003, la Corte consideró, que "las Entidades Promotoras de Salud están en libertad de contratar con las entidades que crean convenientes y que estén en capacidad de prestar los servicios requeridos por los usuarios, y no con las preferidas por éstos."

Se concluye entonces que el derecho a la libre escogencia de institución prestadora de salud IPS, no es absoluto, ya que está limitado en los términos normativos, por la regulación aplicable; y en términos fácticos, por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes, esto es, por ejemplo, en el marco de los convenios suscritos por las EPS.

Ahora, es importante reiterar que, aunque la negativa al traslado de una IPS por sí sola no genera la vulneración de derechos fundamentales, cuando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio o que a pesar de la adecuada calidad de su prestación por diferentes factores, como por ejemplo, su ubicación, pone en riesgo el estado de salud del paciente y ello causa el deterioro de su condición, el juez de tutela podría conceder el amparo.

Bajo este panorama, resulta oportuno resaltar que según lo establecido por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud puede "conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez...: d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para poder efectuar lo anterior, la Ley 1438 de 2011 que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, previó para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, un procedimiento preferente y sumario para los

usuarios, que conforma una instancia o instrumento para la defensa de sus intereses a la que en principio deben acudir.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-756 de 2012, establece:

"Así, se puede concluir que en los casos en que, como en el sub examine, se presente un conflicto relacionado con el derecho a la libre escogencia consagrado en el numeral 3.12 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2000. Tal como se expuso en los párrafos anteriores, la competencia de la Superintendencia en esta materia es de carácter principal y prevalente.

Ahora bien, es pertinente aclarar que el juez constitucional, antes de declarar la improcedencia de la acción de tutela debido a la inobservancia del principio de subsidiariedad, en relación con las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, debe tener en cuenta: (i) la eficacia que dicho procedimiento pueda desplegar en el caso concreto, pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos judiciales distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo para lograr la efectiva protección del derecho, o si, dada la necesidad urgente de la protección, la acción de tutela esté llamada a proceder como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (ii) debe verificar si la Superintendencia tiene la competencia para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales de la persona o si por el contrario dicha protección sólo es posible a través del ejercicio de las facultades del juez constitucional, ya que -por ejemplo- puede darse el caso que alguna de las pretensiones del actor desborde la misma o que la actuación de la entidad accionada vulnere o amenace algún derecho distinto al derecho a la salud".

Bajo estas consideraciones, le corresponde al juez de tutela analizar cada caso en concreto con el fin de verificar si se cumple o no con el principio de subsidiariedad propio de la acción de tutela, que se está frente a un estado de debilidad manifiesta o que no se cuenta con un medio de defensa lo suficientemente ágil para la protección de los derechos fundamentales.

Tras las anteriores consideraciones, procede esta Sala a estudiar cada uno de los casos en

concreto.

### iii.- Análisis de los casos concretos

#### 1. Expediente T-3620860 (Alejandra González Montoya como agente oficiosa de la Sra. Elvinia Garzón Vallejo)

La Sra. Alejandra González Montoya, como agente oficiosa de su suegra, Sra. Elvinia Garzón Vallejo, interpuso acción de tutela en contra de HUMANA VIVIR EPSS, solicitando la protección de sus derechos fundamentales, los cuales estima han sido vulnerados por la entidad al ordenarle a la misma el tratamiento de radioterapia para un cáncer que padece, en la ciudad de Bogotá y no en Villavicencio, a pesar de la sugerencia directa del médico tratante y los antecedentes médicos e intolerancia a las alturas de la misma, con el argumento que no cuenta en esa ciudad con una IPS adscrita a su red de prestadores.

Así mismo, adjuntó como pruebas tanto los diagnósticos de cardiopatía isquémica e intolerancia a las alturas de la Sra. Garzón Vallejo así como la sugerencia de realizar el tratamiento en Villavicencio, expedidos por su médico tratante que ha manejado su enfermedad, está adscrito a la EPS demandada y quien estableció "LA PACIENTE TIENE CARDIOPATÍA ISQUÉMICA Y CURSA CON INTOLERANCIA A LAS ALTURAS, POR LO CUAL LO IDEAL ES RECIBIR LA RADIOTERAPIA EN VILLAVIVENCIO Y LA QUIMIOTERAPIA EN YOPAL" [29]. Por su parte, HUMANA VIVIR EPSS guardó silencio y no contestó la acción de tutela.

A partir de los hechos de la tutela, se advierte que efectivamente la Sra. Garzón Vallejo ha sido atendida por la demandada en el manejo de su grave enfermedad, la cual le aprobó y autorizó la realización de diferentes tratamientos, el suministro de medicamentos y la prestación de servicios ordenados por su médico tratante, de acuerdo a lo requerido para esta patología.

Así mismo, la negativa de la EPSS demandada para negar la prestación del servicio en la ciudad de Villavicencio e insistir en Bogotá, se fundamenta en que en la primera ciudad no cuenta con una IPS perteneciente a su red de prestadores de servicios y en Bogotá autorizó una IPS especializada en el tratamiento de esta enfermedad que ofrece servicios de calidad.

En este sentido, legal y jurisprudencialmente se le ha reconocido a los usuarios para su atención en salud, el derecho a la libertad de selección entre las EPS e IPS en consideración a la autonomía que tienen para escoger el cuidado que mejor consideren, pero también se ha establecido que este no es un derecho absoluto ni ilimitado, como quiera que se circumscriba a las opciones que ofrezca su respectiva EPS, quien a su vez tiene el derecho de contratar su red de IPS.

Sin embargo, este amplio margen de acción conferido a las EPS de contratar a sus prestadores de servicios de salud, a su vez está ligado al cumplimiento de ciertos deberes que constitucionalmente le han asignado, a saber: i) que conforme una red con la suficiente amplitud y variedad para que los usuarios cuenten con múltiples opciones de elección, ii) que sean IPS idóneas y de calidad, iii) que informen continuamente a los usuarios sobre las IPS con que cuentan, y iv) que siempre garanticen una prestación del servicio en forma integral, oportuna, continua y de buena calidad.

Entonces, si bien de estricta manera la demandada no le ha negado ningún servicio de salud a la Sra. Garzón Vallejo, se advierte que sí ha condicionado la prestación del mismo a un traslado a una ciudad que por su ubicación y con base en el diagnóstico de su médico tratante, pone en grave riesgo la débil salud de esta y que imposibilita la efectiva realización del tratamiento necesario requerido, el cual también fue ordenado por su médico tratante quien con base en su conocimiento de la paciente, advirtió la necesidad que por sus antecedentes fuera efectuado en la ciudad de Villavicencio.

Ahora bien, como se indicó con anterioridad como parte esencial del derecho a la salud, el acceso a los servicios debe darse sin barreras y de manera integral, continua y oportuna, razón por la cual toda persona tiene el derecho de acceder a los que requiera con necesidad, es decir, que sean ordenados por el médico tratante quien es el indicado para ejercer una valoración científica y objetiva de lo que el paciente demande. Por lo tanto, cualquier obstáculo que impida la prestación del servicio en dichas condiciones, configura un irrespeto y menoscabo en su acceso.

Igualmente, este tipo de barrera que se presenta en el caso que nos ocupa conlleva un desconocimiento de los principios de integralidad, oportunidad y continuidad en la prestación del servicio a la Sra. Garzón Vallejo, como quiera que por las circunstancias de su

salud que imposibilitan su traslado a una ciudad de altura como Bogotá este tratamiento de radioterapia no se le ha podido realizar y el servicio que le venía siendo prestado para el manejo de su enfermedad, se interrumpió, fraccionó y no fue desarrollado en el momento en que se requería, lo que puede generar un considerable deterioro, una amenaza grave a su delicado estado de salud o una prolongación de su sufrimiento, sobretodo que se trata de una persona de la tercera edad, que padece de una enfermedad catastrófica, que no cuenta con suficientes recursos económicos y como tal es sujeto de especial protección constitucional.

Entonces, la orden de la EPSS sobre la atención de la Sra. Garzón Vallejo en la ciudad de Bogotá, obstaculizó e imposibilitó su acceso integral, continuo y adecuado al tratamiento requerido, que se reitera, cuenta con el respaldo y valoración profesional de su médico tratante, quien está adscrito a la misma.

Por otro lado, se insiste que a pesar del procedimiento que para la solución de conflictos entre IPS y usuarios establece la Ley 1438 de 2011, se advierte que en este caso es viable acudir a este especial mecanismo constitucional por cuanto la Sra. Garzón Vallejo se encuentra en un estado de debilidad manifiesta y requiere de una herramienta expedita e inmediata para la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, como quiera que está en riesgo no sólo su salud sino su afectación en el desarrollo de su vida en condiciones dignas, siendo indispensable la efectiva realización del tratamiento autorizado.

Por las razones expuestas, y teniendo en cuenta que se trata de un sujeto de especial protección constitucional que padece de una enfermedad catastrófica y se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, esta Sala ordenará a HUMANA VIVIR EPSS que de manera inmediata ordene la realización del tratamiento de radioterapia de la Sra. Garzón Vallejo según las indicaciones determinadas por su médico tratante, en una IPS ubicada si no en la ciudad de Villavicencio o en Yopal, en una ciudad de condiciones geográficas similares a las mismas, que no esté ubicada en una zona de altura y que se encuentre cerca de lugar de residencia de la Sra. Garzón Vallejo, o en caso contrario y con base al amplio lineamiento jurisprudencial existente[30], asuma los gastos de traslado y estadía de la misma con un acompañante.

Ahora bien, en caso que la EPSS no cuente dentro de su red de prestadores con una IPS ubicada geográficamente en una altitud recomendable según la prescripción médica para la Sra. Garzón Vallejo, deberá suscribir el convenio o convenios necesarios para garantizar a la misma la efectiva, inmediata e integral prestación del mencionado tratamiento.

Finalmente, HUMANA VIVIR EPSS debe velar por que se trate de una IPS especializada que reúna iguales o superiores condiciones y estándares de calidad como la IPS que le había autorizado a la Sra. Garzón Vallejo en la ciudad de Bogotá.

## 2. Expediente T-3623415 (Gildardo Martínez Barrientos)

El Sr. Gildardo Martínez Barrientos, interpuso acción de tutela en contra de HUMANA VIVIR EPSS, solicitando la protección de sus derechos fundamentales, los cuales estima han sido vulnerados por la entidad a causa de la falta de autorización y pago del tratamiento que de su enfermedad catastrófica le ha prestado el Instituto Nacional de Cancerología, lo que originó su suspensión y falta de desarrollo en forma integral y permanente.

Igualmente, adjuntó como material probatorio copia de todos los servicios, diagnósticos, exámenes, órdenes médicas y facturas de cobro expedidas por el Instituto Nacional de Cancerología, como se relacionó en la parte de los antecedentes de esta providencia.

Por su parte, HUMANA VIVIR EPSS respondió que no existen autorizaciones recientes para el manejo de la patología descrita en la tutela, razón por la cual el actor debe radicar la solicitud de servicios para asignarle un prestador dentro de la red adscrita de la que no hace parte el Instituto Nacional de Cancerología. Así mismo, relacionó un cuadro con todos los servicios que le ha prestado al tutelante, que demuestra el cumplimiento de sus obligaciones respecto del mismo y manifestó que en este caso no puede ordenarse un tratamiento integral que está por fuera del POSS, sin estar determinados los servicios que lo conforman ni existir una orden previa del médico tratante de la EPS, quien es el que decide o es el responsable del tratamiento.

Como se mencionó en los fundamentos de esta providencia, toda persona tiene derecho de acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, de manera integral, continua y oportuna. En tal sentido, se reitera que es el médico tratante que se encuentre adscrito a la entidad encargada de la prestación del servicio, el competente y responsable de ordenar

estos servicios de salud que se requieren, por ser quien conoce al paciente y decidir con base en una valoración científica y objetiva.

Lo anterior, está estrechamente ligado al derecho al diagnóstico como parte esencial del derecho fundamental a la salud, mediante el cual toda persona no sólo tiene derecho a ser examinado y establecer si padece o no de una enfermedad, sino a obtener por parte del médico tratante, la autorización efectiva del tratamiento, medicamentos, insumos o procedimientos médicos idóneos para el manejo de la misma.

Sin embargo tal y como se consideró anteriormente, existen casos en que se presenta un concepto de un médico externo que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, pero que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud; razón por la cual, dicha calificación no puede ser descartada de plano si no que la respectiva entidad debe analizarla internamente y definir con criterios científicos si la acepta o no, y en caso afirmativo, entrar a ofrecerle al paciente el desarrollo de los servicios ordenados o iniciar el tratamiento estimado por el médico tratante adscrito.

Entonces, el usuario puede acudir a otros médicos pero su concepto no obliga a la EPS a autorizar lo que éste prescribió, sino la misma está obligada a: i) valorar de manera objetiva y científica el concepto de dicho médico y ii) remitir a la persona a un médico adscrito a la misma, si el análisis efectuado difiere de dicho concepto.

Corolario a lo anterior, toda persona tiene derecho a que se le garantice la continuidad del servicio de salud una vez éste haya sido iniciado por parte de la respectiva entidad prestadora y no puede ser suspendido e interrumpido súbitamente por la misma, quien no puede frenar o abstenerse de prestar un tratamiento médico que haya prescrito y comenzado a suministrarse.

En este orden de ideas y como se indicó en la parte considerativa, con fundamento en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 los usuarios tienen el derecho a la libertad de escogencia de EPS e IPS para el cuidado de su salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta y servicios. Por lo que, no es un derecho absoluto y se encuentra limitado a las opciones que ofrezca la respectiva EPS dentro de su red de IPS, para lo cual

entre otras obligaciones, debe celebrar convenios con varias IPS idóneas y que presten servicios de calidad con el fin de que la persona tenga capacidad de elección y debe permanentemente publicitar el listado de su oferta de servicios.

Entonces, es deber del usuario escoger dentro del marco de opciones que ofrezca la respectiva EPS y así mismo deben acogerse a las IPS que sean remitidos para la atención de la salud, aunque prefieran otra carente de contrato, siempre y cuando en la IPS receptora se brinde una prestación integral del servicio.

Con base en lo expuesto y aplicando estos planteamientos al caso objeto de estudio, la Sala observa que el Sr. Martínez Barrientos acudió de manera independiente a tratarse su enfermedad catastrófica en el Instituto Nacional de Cancerología, y optó por obtener la autorización de los tratamientos y servicios ordenados que le venían siendo prestados ante su EPSS HUMANA VIVIR, cuando los mismos son suspendidos por la primera institución a causa de su falta de pago.

Así mismo, se advierte que la demandada lo insta a que existiendo un concepto de un médico tratante que no le es adscrito y de ciertos tratamientos y servicios ordenados, presente su solicitud ante la misma para que se estudien y le sean autorizados, indicándole que no se pueden realizar en el Instituto Nacional de Cancerología como quiera que no está dentro de su red de IPS, pero le da la opción de otra institución especializada en el manejo de esta enfermedad.

Por lo anterior, esta Sala considera que en este caso: i) no hay una violación al derecho al diagnóstico, como quiera que el actor en su calidad de afiliado a la demandada, no inició ante la misma el respectivo proceso para la calificación y manejo de su enfermedad; ii) no hay desconocimiento del principio de continuidad del servicio médico, como quiera que el mismo nunca fue iniciado ni prescrito por HUMANA VIVIR EPSS, iii) el actor cuenta con un diagnóstico, órdenes y tratamientos expedidos por un médico externo, los cuales presentó ante la accionada sólo para la aprobación de los servicios allí ordenados sin que mediara el respectivo análisis, iv) la entidad demandada no desconoce sus solicitudes, sino que le da la opción de tratarse y prestar los mismos servicios en otra IPS que pertenece a su red; y v) no se le está vulnerando al actor usuario su derecho a la libre escogencia de IPS, el cual no se le ha limitado o desconocido según las reglas jurisprudenciales, ya que se reitera que la

demandada con base en sus condiciones de oferta le está garantizando la prestación del servicio en una IPS adscrita especializada en su enfermedad, otra cosa distinta es que la misma no es la que el accionante quiere o prefiere.

Además, esta Sala estima pertinente ordenarle a HUMANA VIVIR EPSS, la realización de una evaluación interna en la que con criterios científicos y objetivos estudie el diagnóstico, órdenes, medicamentos y tratamientos ordenados por el médico externo adscrito al Instituto Nacional de Cancerología, que permita establecer, finalmente, los servicios requeridos por el actor y asegurar su inmediata y permanente prestación en una IPS de su red, que cuente con los mismos o mejores estándares de calidad, eficiencia, efectividad y oportunidad que el mencionado Instituto.

Por otro lado, esta Sala considera pertinente pronunciarse respecto a las manifestaciones realizadas por el Sr. Martínez Barrientos en su escrito de tutela relacionadas con "...no cuento con los recursos para seguir el tratamiento, el cual es urgente, mi estado de salud cada día es más delicado..."[31], y que por esta precaria situación económica no puede asumir el costo de aquellos servicios de salud que no estén cubiertos para el manejo de su enfermedad, que es de alto costo.

A juicio de la Sala con fundamento en las consideraciones de esta providencia, cuando un usuario requiere un servicio de salud con necesidad ordenado por el médico tratante, que no se encuentra incluido dentro del POSS y afirma que carece de recursos para asumir su costo, será responsabilidad de la EPSS garantizar su prestación inmediata y completa en aras del obligatorio cumplimiento del principio de integralidad en el acceso a los servicios de salud y con el fin máximo de obtener la recuperación de la salud del paciente y garantizar el goce efectivo de su derecho a la salud.

Por lo tanto, ninguna persona puede ser excluida del acceso a los servicios de salud, incluso de aquellos que no se encuentran en el plan obligatorio de salud y no se le puede condicionar su prestación al pago de sumas de dinero cuando no cuenta con la capacidad económica para hacerlo, caso en el cual se configuraría un obstáculo o barrera para su obtención y en un irrespeto al derecho constitucional de acceso integral y sin discriminación a la salud.

En este caso, se presenta una manifestación hecha por el tutelante respecto de su carencia

de recursos económicos para poder asumir aquellos servicios no incluidos en el POSS tendientes al efectivo tratamiento de su enfermedad.

Es por esto y como quiera que esta persona es un especial sujeto de protección constitucional por ser de la tercera edad y sufre de una enfermedad catastrófica, que esta Sala aplica la presunción de buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución y con base en el principio de integralidad en el acceso a los servicios de salud, le ordenará a HUMANA VIVIR EPSS la autorización y suministro de manera oportuna, completa y permanente, de todos los tratamientos, medicamentos, exámenes, insumos, procedimientos que el Sr. Martínez Barrientos requiera para el efectivo manejo de su enfermedad, sin cobro alguno.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

En relación con el expediente T-3620860 de Alejandra González Montoya como agente oficiosa de la Sra. Elvinia Garzón Vallejo en contra de HUMANA VIVIR EPSS:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 12 de julio de 2012, por el Juzgado Primero (1) Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Yopal, en la cual se denegaron las pretensiones de la actora. En consecuencia, CONCEDER el amparo reclamado por la Sra. Alejandra González Montoya como agente oficiosa de la Sra. Elvinia Garzón Vallejo y en esa medida tutelar sus derechos a la salud y vida digna.

Segundo.- ORDENAR a HUMANA VIVIR EPSS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y constate la realización del tratamiento de radioterapia de la Sra. Elvinia Garzón Vallejo en una IPS ubicada en la ciudad de Villavicencio o en Yopal o en una ciudad de condiciones geográficas similares a las mismas, que esté ubicada en una zona con una altitud recomendable para esta paciente según la prescripción médica expedida y que se encuentre cerca de su lugar de residencia, o en caso contrario asuma los gastos de traslado y estadía de la misma con un

acompañante. En el evento de no contar con una IPS en esa ubicación dentro de su red de prestadores, debe contratar con una que tenga las mismas condiciones y estándares de calidad, dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de esta providencia.

En relación el expediente T-3623415 de Gildardo Martínez Barrientos en contra de HUMANA VIVIR EPSS:

Tercero.- CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la sentencia proferida el 6 de agosto de 2012, por el Juzgado Treinta y Seis Civil Municipal de Bogotá.

Cuarto.- ORDENAR a HUMANA VIVIR EPSS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice una evaluación interna en la que con criterios científicos y objetivos estudie el diagnóstico, órdenes, medicamentos y tratamientos ordenados por el médico externo adscrito al Instituto Nacional de Cancerología, que permita establecer, finalmente, los servicios requeridos por el Sr. Gildardo Martínez Barrientos y asegurar su inmediata y permanente prestación en una IPS de su red, que cuente con los mismos o mejores estándares de calidad, eficiencia, efectividad y oportunidad que el mencionado Instituto.

Quinto.- ORDENAR a HUMANA VIVIR EPSS asumir la autorización y suministro oportuno, permanente e integral de todos los medicamentos, insumos, tratamientos y servicios requeridos para el manejo de la enfermedad del Sr. Gildardo Martínez Barrientos, sin cobro alguno.

Sexto.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-057/13

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Se debió ordenar a EPS autorizar tratamiento de radioterapia en la ciudad de residencia de la accionante y excepcionalmente contratar con una IPS no adscrita (Aclaración de voto)

Referencia: expedientes T-3620860 y T-3623415

Acción de tutela instaurada por Alejandra González Montoya contra HUMANA VIVIR EPSS y de Gildardo Martínez Barrientos contra HUMANA VIVIR EPSS.

Magistrado Ponente:

ALEXEI JULIO ESTRADA

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, a continuación expongo las razones que me llevan a aclarar el voto frente a la sentencia T-057 de 2013, específicamente en la decisión adoptada para el caso del expediente T-3620860.

La solución que plantea esta providencia la comparto. La accionante es una persona de 67 años de edad, que padece desde hace 2 años de un cáncer de cerviz avanzado con antecedentes de hipertensión arterial y requiere, de acuerdo a la prescripción realizada por el médico tratante adscrito a la entidad accionada, que le sea practicado un tratamiento de radioterapia. Solicita que se le autorice el tratamiento requerido en la ciudad de Villavicencio y no en la ciudad de Bogotá, en la cual la altitud afecta gravemente su salud. En efecto, la sentencia autoriza el tratamiento de radioterapia requerido, sin embargo, en el fallo no existen razones suficientes que pongan de presente con claridad la necesidad de realizarlo en un lugar diferente al de su residencia.

A la luz de los hechos del caso, en las consideraciones de la sentencia no se explica por qué la realización del tratamiento de radioterapia se va a llevar a cabo “en una IPS ubicada en la ciudad de Villavicencio o en Yopal, o en una ciudad de condiciones geográficas similares a las mismas”.

Debo aclarar que estoy de acuerdo con el hecho de que no sea la Sala Octava de Revisión la encargada de verificar si la entidad accionada, cuenta o no dentro de su red de servicios con una Institución Prestadora del Servicio de Salud que le ofrezca a la accionante el tratamiento requerido, comoquiera que, dicha información debe ser corroborada por la EPS-S accionada, con la finalidad de determinar si: (i) contaba con una IPS que pudiera ofrecer el servicio requerido, o (ii) debía contratar la prestación del servicio con instituciones diferentes a aquellas que formaban parte de su red prestadora del servicio de salud; y, de no ser posible ninguna de las opciones anteriores, (iii) remitía a la accionante a la ciudad más cercana a su domicilio, en aras de garantizarle su derecho a la salud.

Pero conviene no perder de vista que la señora Elvinia Garzón es titular de una especial protección de parte del Estado. La Constitución Política refuerza los ámbitos de protección de personas que tienen características similares a las de la accionante, como su delicado estado de salud, que a su vez se complementa, con que sus condiciones personales le impiden trabajar para solventar sus necesidades elementales de supervivencia.

Si bien en la sentencia se hizo referencia a las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 sobre el principio de libertad de escogencia de los afiliados, las garantías de los mismos en el Sistema de Salud (artículos 153, 156 y 159 ibídem) y la jurisprudencia

constitucional relativa a lo anterior, el motivo de esta aclaración de voto obedece a que en el fallo no se hizo ningún análisis relacionado con lo siguiente:

No se mencionó la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud” en la que se consagra, entre otros aspectos, las obligaciones de la Empresas Promotoras de Salud frente a los afiliados. De acuerdo con el artículo 1º de la citada Resolución, las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS son las Empresas Promotoras de Salud por intermedio de las Instituciones Prestadoras de Salud con las que cada una establezca los convenios respectivos[32].

De forma excepcional, los afiliados al Sistema pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas EPS, cuando, por ejemplo, se requiere atención en urgencias, cuando hay autorización expresa de la EPS (artículo 10 ibídem), o cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS (artículo 14 ibídem).

Asimismo, el parágrafo del artículo 2º de la Resolución en mención, señala que “cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una UPC diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la EPS”[33] (subrayas por fuera del texto original).

Con base en lo expuesto, se encuentra que antes de remitir a la accionante a una ciudad diferente a la de su domicilio, Humana Vivir EPS debe asegurarse que entre las IPS con quien tiene convenio haya una que pueda brindarle los servicios de salud requeridos. Si la entidad accionada no puede suministrar el tratamiento a través de sus IPS, la atención médica deberá ser ofrecida por una Institución no adscrita a la EPS que se encuentre ubicada en Villavicencio, con la cual se deberá celebrar el respectivo convenio. Sin embargo, si no es posible acoger ninguna de las anteriores hipótesis la Entidad accionada

deberá asumir los costos derivados del transporte y estadía de la accionante para que se lleve a cabo el tratamiento de radioterapia en la ciudad más cercana.

La orden contenida en la sentencia debió entonces establecer que la entidad accionada prestara el tratamiento de radioterapia en la ciudad de Villavicencio, teniendo en cuenta que dicha ciudad es el lugar de residencia de la accionante y solo si se constataba que no existían Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud adscritas a la entidad accionada, con domicilio en dicha ciudad, que contemplaran dentro de su plan de servicios el tratamiento requerido por la accionante, entonces si, acudirse al municipio más cercano en donde pudiera prestarse el servicio requerido por la accionante.

Fecha ut supra,

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

#### ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS

A LA SENTENCIA T-057/13

LABOR PROBATORIA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL-Se debió requerir a la EPS para ordenar prestar servicio de radioterapia, de manera inmediata a persona enferma de cáncer (Aclaración de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito aclarar mi voto en esta oportunidad pues, aunque comparto el sentido y los fundamentos de la decisión adoptada en el fallo de la referencia, estimo que el problema jurídico derivado de la acción de tutela correspondiente al Expediente T-3620860 (Alejandra González, como agente oficioso de Elvinia Garzón, contra Humana Vivir EPSS) y las circunstancias verificadas en el trámite de instancia exigían un mayor despliegue probatorio, ajustado a las amplias facultades que se le han reconocido al juez de tutela en esa materia para asegurar la eficacia de los derechos fundamentales de los ciudadanos. A continuación, profundizaré sobre los aspectos puntuales que sustentan mi aclaración de voto.

1. La señora Alejandra González, actuando como agente oficiosa de su suegra, la señora Elvinia Garzón, formuló acción de tutela contra Humana Vivir EPSS, con el objeto de que se protegieran los derechos fundamentales que esta entidad le vulneró a la agenciada, al disponer que recibiera su tratamiento de radioterapia en la ciudad de Bogotá y no en Villavicencio, donde reside, pese a sus antecedentes médicos y a lo sugerido al respecto por su médico tratante.

2. De acuerdo con lo planteado en la tutela, la EPSS remitió a la señora Garzón a Bogotá porque no tenía convenio con ninguna IPS en Villavicencio que prestara este servicio. Pese a que la acción de tutela no fue contestada por la accionada, el amparo fue denegado por el juez de primera instancia, porque el servicio de salud estaba siendo prestado. Tal decisión no fue impugnada.

3. La sentencia T-057 de 2013 revocó la decisión de única instancia, que denegó las pretensiones de la actora. En cambio, concedió el amparo reclamado. Así, le ordenó a la accionada autorizar y constatar que la señora Garzón reciba la radioterapia que requiere en una IPS ubicada en Villavicencio, en Yopal, o en una ciudad que esté ubicada en una zona con altitud recomendable para la paciente, según la prescripción médica, y que se encuentre cerca de su lugar de residencia. Resolvió la Sala Octava de Revisión que, de lo contrario, Humana Vivir EPSS debería asumir los gastos de traslado y estadía de la señora Garzón y los de un acompañante. Y que, en caso de no contar con una IPS de esas condiciones dentro de su red de prestadores, debería contratar con una que las reúna, dentro de los ocho días siguientes a la notificación de la sentencia.

4. Las múltiples hipótesis de cumplimiento que consignó el fallo para hacer efectivo el amparo constitucional concedido a favor de la señora Garzón obedecen, en mi concepto, a la ausencia de certeza sobre las razones que tuvo Humana Vivir EPSS para remitir a la accionante a una IPS en Bogotá, en lugar de brindarle el tratamiento que requería en Villavicencio, lugar de su residencia. Dado que, ni en el trámite de instancia ni en el de revisión se llevó a cabo ninguna actuación dirigida a constatar si, en efecto, la negativa a prestarle el servicio de radioterapia a la señora Garzón se debió a que no existían en Villavicencio una IPS con la capacidad de prestarle el servicio (en la tutela se advierte que “la demandada ha autorizado en Villavicencio ese tratamiento para otros pacientes con el mismo diagnóstico”), la Sala optó por supeditar el amparo a los condicionamientos antes

aludidos, pese a que, ante la multiplicidad de opciones que la EPSS tendría en ese contexto, el cumplimiento de la orden dictada podría verse aplazado irrazonablemente, haciendo inane la protección constitucional concedida.

5. En reiterada jurisprudencia, la Corte ha reconocido en las facultades probatorias del juez de tutela un instrumento de ineludible observancia para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales reclamados y para lograr que la decisión que sobre el particular se adopte se ajuste a la realidad fáctica que sustenta la solicitud del amparo[34].

6. En ese contexto, considero inadecuado que no se haya realizado un esfuerzo probatorio dirigido a obtener la respuesta de la entidad demandada, pese a que esto habría permitido ordenar directamente la atención de la señora Garzón en una determinada IPS, en lugar de someterla a las dilaciones que seguramente se presentarán, mientras Humana Vivir EPSS decide si la atiende en i) una IPS ubicada en Villavicencio, ii) en Yopal, iii) en una ciudad que esté ubicada en una zona con altitud recomendable, según su prescripción médica, que además esté cerca de su lugar de residencia, o iv) en un lugar lejano, asumiendo los gastos de traslado y estadía.

7. No significa esto que el juez constitucional tuviera la carga de suplir a la EPSS, que era, evidentemente, la obligada a verificar si contaba dentro de su red de prestadores con una IPS que le brindara a la señora Garzón el tratamiento que requería, según las recomendaciones del médico tratante. Lo que ocurre es que, tratándose de sujetos de especial protección constitucional como la señora Garzón -quien tiene 67 años y, además, padece una enfermedad catastrófica- la diligencia del juez de tutela en la ejecución de los actos que estén a su alcance para establecer la verdad procesal resulta determinante para materializar los fines del Estado Social de Derecho, sobre todo frente a personas que, como la accionante, enfrentan situaciones que las hacen especialmente vulnerables.

Estas observaciones fueron puestas en consideración de la Sala, pero la mayoría tuvo otra percepción sobre la manera de resolver el caso objeto de revisión. Por esa razón, aclaro mi voto en los términos indicados.

Fecha ut supra

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Folio 17 del cuaderno 1.

[2] Folio 26 del cuaderno 1.

[3] Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.

[4] Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992.

[5] Corte Constitucional. Sentencia T-736 de 2004.

[6] Ver, entre otras, las sentencias T-1081 del 2001, T-892 del 2005, T-989 del 2005, T-004 del 2002.

[8] Constitución Política, Artículo 46 “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. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”

[9] Sentencia T-989 del 27 de septiembre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[10] Sentencia T-540 del 18 de julio de 2002, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[11] Sentencia T-801 de 1998.

[12] Artículo 48 de la Constitución Política: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella (...)"

[13] Artículo 49 de la Constitución Política: “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. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)"

[14] Ver la sentencia T-760 de 2008.

[15] Este principio de integralidad, fue consagrado por el legislador en el literal d) del artículo 2º de la Ley 100 de 1993, que al respecto señala: “INTEGRALIDAD. Es 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”. Al mismo tiempo, en el numeral 3º del artículo 153 de la citada norma, se estableció la “integralidad” como “regla” del servicio público de salud, en el entendido de que “El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud”.

[16] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 2006

[17] Así, por ejemplo, en la sentencia T-1080 de 2007 la Corte consideró que no obstante que no se había aportado por la accionante una prescripción médica para la obtención de unos zapatos ortopédicos que requería su hijo menor de edad, los antecedentes conocidos por la EPS y el dictamen obtenido de medicina legal por el juez de instancia constituyeron razón suficiente para ordenar el suministro del insumo ortopédico.

[18] Sentencia T-662 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[19] Sentencia SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-237 de 2003 y T-324 de 2008.

[20] Ver sentencias T-783 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería ; T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[21] Ibíd.

[22] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T- 760 de 2008.

[23] Ver, entre otras, las sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998 y T-428 de 1998.

[24] Sentencia T-880 de 2009.

[25] Sentencia T-586 de 2008.

[26] Ibíd.

[27] Entre otras Sentencias T-060 de 1997, T-829 de 1999, T-680 de 2004, T-170 de 2002 y T-380 de 2005.

[28] Sentencia T- 760 de 2008.

[29] Folios 9 al 12 del cuaderno 1.

[30] Véanse sentencias T-197 de 2003, T-350 de 2003, T-962 de 2005, T-975 de 2006, T-814 de 2006, T-459 de 2007, T-760 de 2008, T-352 de 2010, T-389 de 2012 y T-769 de 2012, entre otras.

[31] Folios 2, 9 y 44 del Cuaderno 1.

[32] “ARTICULO 1o. CENTROS DE ATENCION. El Plan de Beneficios DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD se prestará en todos los municipios de la república de Colombia, por todas aquellas instituciones y personas de carácter público, privado o de economía mixta, catalogados y autorizados para desempeñarse como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud I.P.S. El plan obligatorio de salud responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud se prestará en aquellas I.P.S. con las que cada E.P.S. establezca convenios de prestación de servicios de salud; o sin convenio en cualquier I.P.S. en los casos especiales que considera el presente reglamento”.

[33] Por su parte, el artículo 42 del Título II, -Cobertura del Plan Obligatorio de Salud- del Acuerdo 029 de 2011, que sustituyó el Acuerdo 028 de 2011, proferido por la Comisión de Regulación en Salud, establece: “Transporte o traslado de pacientes. El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud 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.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio 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. Parágrafo. Si a criterio del médico tratante el paciente puede ser atendido por otro prestador, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del Plan Obligatorio de Salud. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria”.

[34] Al respecto puede revisarse la sentencia T- 600 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao), que identifica la oficiosidad del juez en materia probatoria un criterio determinante para lograr la garantía efectiva de los derechos fundamentales del peticionario y explica cómo la facultad de pedir informes al accionado, consagrada en el Decreto 2591 de 1991, y la consecuencia jurídica de la presunción de veracidad de los hechos narrados por el accionante se sustentan en la necesidad de alcanzar dicho propósito. También la sentencia T-108 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), que resalta la importancia de que la importancia de que las autoridades judiciales se comprometan con la eficacia de los derechos fundamentales, acudiendo al amplio margen de actividad probatoria que les prodiga el legislador en aras de determinar la veracidad e integridad de la información que fundamenta la solicitud de amparo.