

Sentencia T-096/16

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

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

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, continuidad

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO A PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

El principio de integralidad comporta que la atención y la prestación de los servicios a las personas de la tercera edad no sea parcial ni fragmentada, sino que, en atención a su condición de indefensión y vulnerabilidad, sea brindada de modo que se les garantice su bienestar físico, psicológico y psíquico, entendido como un todo. Puesto que el propósito es mejorar al usuario su situación de salud y no solo resolver el problema de una prestación específica, este objetivo general inspira el modo en que deben ser garantizados los servicios a dicho grupo, sujeto de especial protección constitucional.

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, EXAMENES O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales sobre la prueba

PRESUNCION DE INCAPACIDAD ECONOMICA FRENTE A PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN INSCRITAS EN EL SISBEN

Esta Corporación ha asociado la imposibilidad de pago al riesgo de afectación del mínimo vital, la cual, a su vez, no debe ser estimado a partir de la falta de sumas dinerarias

específicas sino de la asunción de cargas desproporcionadas o que impliquen un desequilibrio económico ostensible para la persona o su familia. La vinculación al régimen subsidiado en salud, de igual forma, es un criterio que da lugar prácticamente a una presunción de incapacidad de pago, pues es en virtud de esta circunstancia, debidamente acreditada, que el Estado debe proporcionarles asistencia directa y gratuita.

SUMINISTRO DE PAÑALES EXCLUIDOS DEL POS-Presupuestos jurisprudenciales

ATENCION DOMICILIARIA-Procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales/SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE

El servicio de cuidador está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca «recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores». Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado.

PRESTACION DE TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS-La EPS no está autorizada para rechazar de manera absoluta y sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad

Frente a la regla general de que solo proceden obligaciones para la E. P. S. respecto de productos y tratamientos indicados por el médico tratante de la entidad, se erigen excepciones que, por razones constitucionales, la desplazan. Por una parte, no es posible negar la protección a un paciente en razón de que la fórmula médica no es suscrita por un

profesional que trabaje para la E. P. S. dado que ese solo hecho no conduce a negar solidez científica a su diagnóstico y la respectiva prescripción, pues antes bien, es útil para disponer la tutela requerida, especialmente frente a personas de especial protección constitucional. Y, por otra parte, la ausencia de orden médica tampoco puede significar un obstáculo para la concesión de determinados productos o prestaciones evidentemente necesarios, considerado el diagnóstico del paciente.

EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reglas jurisprudenciales

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

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Improcedencia por cuanto la tutela fue presentada en forma directa, sin que hubiere mediado una solicitud previa de la prestación de los servicios a la entidad demandada

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, para que haya lugar a que el juez constitucional decrete el amparo y, como consecuencia, emita órdenes precisas a la E. P. S., respecto de tratamientos, medicamentos o servicios, se requiere elementalmente constatar que se produjo una efectiva violación a un derecho fundamental o se está en presencia de un peligro de lesión. Esto resulta apenas obvio si se tiene en cuenta el sentido y el fin de la acción de tutela y que las órdenes del juez constitucional tienen la fuerza de la autoridad jurisdiccional, requerida por esencia solo cuando particulares o entidades públicas se han rehusado a cumplir sus obligaciones constitucionales o legales. No obstante puede ser entendible que los usuarios del sistema de seguridad social en salud deseen hacer más rápida y efectiva la satisfacción de su derecho fundamental y supongan que mediante el recurso a ciertos cauces ello no va a tener lugar, por básicas razones de debido proceso y el carácter excepcional y subsidiario de la acción de tutela, el juez constitucional no puede ordenar a una E. P. S. el cumplimiento de órdenes que hagan efectivo un derecho fundamental cuya satisfacción inicial nunca le fue solicitada. En otras palabras, no se puede concluir que una entidad encargada de proporcionar prestaciones en materia de salud ha lesionado un derecho fundamental que nunca se le pidió satisfacer.

Referencia: expedientes T-5156690,

T-5161374, T-5169399

Acciones de tutela formuladas por:

-Jael Amorocho Cardozo contra Comfamiliar E. P. S. y Secretaría de Salud del Departamento del Huila (T-5156690).

-Alicia Esther Jadid Céspedes, a nombre propio y representación de su madre, María Alicia Céspedes de Jadid, contra Sanitas E. P. S. (T-5161374).

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1997, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Segundo de Familia de Neiva (Huila) (T-5156690); por los Juzgados Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, Sistema Oral de la Ley 1395 de 2010, en primera instancia, y Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, en segunda instancia (T-5161374); y por los Juzgados Sesenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, en primera instancia, y Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, en segunda instancia (T-5169399).

I. Antecedentes

La Sala de Selección de Tutelas Número Diez, mediante Auto de quince (15) de octubre de dos mil quince (2015), acumuló entre sí los expedientes de tutela T-5156690, T-5161374, T-5169399, para que fueran fallados en una misma providencia, habida cuenta de que presentaban patrones fácticos similares, pues los accionantes son personas de la tercera

edad[1], que solicitan protección de sus derechos a la salud y la vida digna, presuntamente vulnerados por entidades promotoras de salud, al rehusarse a autorizar ayudas técnicas, servicio o productos requeridos para el manejo de distintas patologías, con el argumento de que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud y/o no se cuenta con la respectiva orden del médico tratante.

1. Expediente T-5156690

1.1 Hechos

Jael Amorocho Cardozo, de 65 años[2] y padre cabeza de familia, padece cuadriparesia y diabetes mellitus con complicaciones neurológicas periféricas secundarias, lo que le ocasionó amputación transtibial del miembro inferior derecho, en febrero de 2013. Afirmo que esta condición le hace difícil recorrer largas y «deambular» cortas distancias. Por medicina física y rehabilitación de su E. P. S., al paciente le ha sido prescrita prótesis «para amputado transtibial». Sin embargo, dice que no ha recibido ayuda técnica alguna que le ofrezca estabilidad, comodidad y condiciones dignas de vida.

Por lo anterior, presenta acción de tutela contra Comfamiliar E. P. S., a la cual se encuentra afiliado en el régimen subsidiado, y contra la Secretaría Departamental de Salud del Huila. Solicita que se autoricen y asignen citas de fisioterapia, se le entreguen medicamentos, «ayudas técnicas como silla de ruedas, prótesis, ordenados por los médicos tratantes», se le exonere de copagos y le sea proporcionado tratamiento médico integral.

1.2 Respuesta de las demandadas

1.2.1. El representante legal de Comfamiliar E. P. S. sostiene que las solicitudes de tratamiento integral y de ayudas técnicas, como la silla de ruedas, son improcedentes, no «precisamente» en razón de que se encuentren excluidas del P. O. S., sino en cuanto no han sido ordenadas por el médico tratante. Así mismo, afirma que revisados los archivos de la Entidad tampoco se encontró ninguna solicitud del accionante o su familia en relación con las reclamaciones que ahora hace en la acción y, por lo tanto, la Entidad no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto ni ocasión para haber vulnerado sus derechos

fundamentales.

En todo caso, manifiesta que al no encontrarse cubiertas por el P. O. S., las ayudas técnicas que requiere el paciente deben ser asumidas por la Secretaría de Salud del Huila, de conformidad con las Resoluciones 5334 de 2008 y 5521 de 2013 del Ministerio de la Protección Social, el Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud (CRES) y el artículo 43 de la Ley 715 de 2001. Para respaldar esta afirmación, cita órdenes en asuntos similares al que se analiza, impartidas por diversos juzgados de Neiva, dirigidas a la mencionada Secretaría, y agrega que esta Entidad precisamente cuenta con un programa de ayudas técnicas que se encarga de autorizar y entregar implementos excluidos del Plan, para lo cual los usuarios deben dirigirse a la Institución, con las respectivas órdenes médicas.

Con base en lo anterior, el representante de Comfamiliar E. P. S. solicita declarar que la entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, desvincularla del trámite de amparo y que se le ordene a la Secretaría de Salud del Huila proporcionar las prestaciones requeridas por el paciente, no cubiertas por el P. O. S. y prescritas por el médico tratante. Por último, pide que, en caso determinarse que corresponde a la E. P. S. la satisfacción de aquellas, se disponga su recobro al FOSYGA.

1.2.2 La Secretaría de Salud del Departamento del Huila asevera que la consulta especializada de fisiatría para el paciente está a cargo de Comfamiliar E. P. S., previa remisión de medicina general, así como el tratamiento integral de su situación de salud. Con relación a la silla de ruedas, considera que se trata de una solicitud improcedente, al no existir la prescripción médica correspondiente.

1.3 Única decisión de instancia.

El Juzgado Segundo de Familia de Neiva determinó que el amparo era improcedente puesto que, si bien el actor manifiesta necesitar servicios y ayudas técnicas, no aporta ninguna prueba documental u orden de suministro del médico tratante y, en tales condiciones, no es posible predicar la vulneración de sus derechos fundamentales.

2. Expediente T-5161374

En 2007, María Alicia Céspedes de Jadid, actualmente con 80 años[3], fue diagnosticada con Alzheimer, «fallos de memoria episódica reciente y alteración funcional», patología que, según su hija, Alicia Esther Jadid Céspedes, progresivamente le ha ocasionado disminución de sus facultades cognitivas y, en consecuencia, incapacidad permanente para trabajar y valerse por sí misma en las actividades diarias básicas, como ubicarse en la casa o en el barrio, reconocer personas cercanas, realizarse su aseo personal, alimentarse y satisfacer sus necesidades fisiológicas. Dadas estas condiciones, María Alicia debe utilizar pañal y requiere permanentemente la asistencia de una persona.

Alicia Esther, única descendiente en el país de la paciente, dice que ha asumido prácticamente de tiempo completo el cuidado y la atención de su madre, provee los recursos necesarios para garantizar sus necesidades inmediatas e impostergables derivadas de la enfermedad, como pañales y suplementos nutricionales, así como la manutención de las dos. Expresa que la progenitora no recibe ningún ingreso económico, las dos habitan en un apartamento arrendado y que el único dinero que percibe proviene de honorarios ocasionalmente devengados como cocinera en eventos.

Manifiesta, sin embargo, que se ha visto forzada a suspender las actividades laborales en razón del tiempo que demanda el cuidado de la ascendiente, lo que le ha traído problemas económicos, pues no ha podido pagar los cánones de arrendamiento cumplidamente, conseguir los productos básicos de la alimentación y comprar los pañales y suplementos nutricionales necesarios para el tratamiento de los padecimientos de aquella. Como resultado de esta situación y del cuidado constante y permanente que demanda la paciente, dice que ha experimentado profunda angustia y agotamiento físico y mental, los cuales han terminado por afectar su salud, como lo muestra la prescripción de su médico tratante en la que se indica: «paciente con fatiga del cuidador y estadio depresivo secundario»... «[s]e recomienda cuidador especial particular para la mamá. Paciente con riesgo emocional alto».

La hija argumenta que debido a la situación económica que actualmente viven con la madre, se halla en riesgo el mínimo vital de ambas, por lo que requiere con urgencia una cuidadora para la madre, al menos de tiempo parcial, que le permita reincorporarse a

actividades laborales y conseguir lo necesario para el hogar.

El 9 de febrero de 2015, Alicia Esther solicitó el servicio de cuidador permanente a Sanitas E. P. S., pero el 20 del mismo mes y año la Entidad le informó que no accedería a la petición, puesto que solo había lugar a ella «cuando el paciente necesite administración de líquidos o medicamentos endovenosos, inicio de soporte nutricional especial y en los primeros días de entrenamiento a la familia». Igual respuesta ofreció frente a la solicitud de pañales y del complemento nutricional Ensure para la persona de la tercera edad. Dada la respuesta negativa de la entidad, la descendiente presentó acción de tutela a nombre propio y como representante de su madre, a través de la cual solicita que se les protejan los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, como resultado, se ordene a Sanitas E. P. S. proporcionar el servicio de cuidador domiciliario de tiempo completo o, subsidiariamente, parcial, y que suministre pañales y el complemento nutricional Ensure a María Alicia Céspedes de Jadid.

2.2 Respuesta de las demandadas

2.2.1. El representante legal en asuntos de salud y tutelas de Sanitas E. P. S. afirma que no se ha hecho llegar ninguna orden médica respecto del servicio de enfermería 24 horas, pañales desechables y/o el suplemento nutricional Ensure y que, además, como estas prestaciones no hacen parte del P. O. S., se requiere concepto del Comité Técnico Científico, previa solicitud del profesional de la salud, lo cual obviamente tampoco ha sido tramitado. Agrega que, de todas maneras, el servicio de enfermería no aplica para el caso en que se requiere un cuidador, como ocurre con la señora que padece de Alzheimer, pues se trata de un acompañamiento destinado a ayudar en sus actividades diarias, sin connotación médica, al cual están obligados los familiares en virtud del deber constitucional de solidaridad.

Con base en lo anterior, solicita que se nieguen las pretensiones de la acción de tutela y, en caso de no accederse a la petición, se establezcan los servicios explícitamente otorgados a la paciente y se disponga el correspondiente recobro al FOSYGA.

2.2.2 El Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social pide que se aclare si lo requerido por la paciente es una atención domiciliaria en salud, caso en el cual debe ser asumido por la E. P. S. «con cargo a los recursos de la UPC»; si se trata de una adecuación del domicilio para hacer viable la atención domiciliaria ordenada por el médico tratante, en

cuyo evento también la E. P. S. debe pagar los costos; o si lo que necesita es atención correspondiente a una «necesidad social que ha sido valorada por la familia», pues en tal situación no es procedente ordenar su suministro con cargo a los recursos del Fosyga.

Por otro lado, asevera que los pañales y suplementos nutricionales no se encuentran en el P. O. S. pero las E. P. S. «deben velar por la protección del derecho a la vida y a la salud de los afiliados y utilizar los mecanismos legales y administrativos establecidos para el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud». A este propósito, advierte que el Decreto Ley 1281 de 2002 contiene normas orientadas a garantizar que los reconocimientos prestacionales con cargo al Fosyga sean tramitados en debida forma, con el propósito de evitar fraudes y pagos indebidos y salvaguardar la correcta y específica destinación de los recursos públicos y el principio de la legalidad del gasto.

A partir de lo anterior, el representante del Ministerio de Protección Social solicita que, en caso de protegerse los derechos invocados, el juez constitucional se abstenga de hacer pronunciamiento alguno en cuanto a la facultad de recobro de la E. P. S. ante el Fosyga, con el objetivo de que esta «utilice el mecanismo legal y administrativo establecido para tal fin».

2.3 Decisión de primera instancia

El Juzgado Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá destacó que no está probado que el servicio de enfermería o de cuidador domiciliario con dedicación exclusiva, el uso de pañales desechables y el suplemento nutricional Ensure hayan sido ordenados por el médico tratante. Señala que las labores del cuidador particular a que hace referencia la recomendación dada por el galeno a la hija de la paciente con Alzheimer, no tienen carácter médico para ser llevadas a cabo por un profesional de la salud, puesto que hacen parte de la asistencia y protección social cuya responsabilidad es de los familiares, de otras personas o de instituciones que no son parte del sector salud.

Por las anteriores razones, negó el amparo y ordenó remitir copia de la acción a la Secretaría Distrital de Integración Social, con el fin de que determinara si la paciente cumple los requisitos para ser incluida como beneficiaria de programas de Adulto Mayor «o dirija el procedimiento que tiene que seguir para acceder al programa».

2.4 Impugnación

A través de apoderada judicial, Alicia Esther Jadid Céspedes impugnó la sentencia de primer grado. La representante de la actora manifiesta que, no obstante en la decisión se señaló que no existía orden médica respecto de las prestaciones solicitadas, no se tuvieron en cuenta los medios de convicción aportados ni se ordenaron otros de oficio. Así mismo, informa que los días 3, 6, 7 y 8 de julio de 2015 se practicaron valoraciones médicas por especialistas de la E. P. S. (del programa de hospitalización domiciliaria, de trabajado social y fonoaudiología) y de miembros de la Secretaría de Integración Social de Usaquén, para determinar la necesidad de los medicamentos y servicios solicitados, cuyos reportes no han sido entregados y que, entonces, solicita ordenar que se alleguen a través del Juzgado que conoce de la impugnación.

Desde otro punto de vista, la apoderada cita algunas sentencias de la Corte sobre casos que estima similares al presente, para sustentar que la madre de su poderdante le asiste el derecho a la atención domiciliaria y al suministro de pañales y el suplemento nutricional Ensure y argumenta que la falta de cobertura de estas prestaciones comporta una grave violación del derecho a la salud y a la calidad de vida que le asiste a la paciente con Alzheimer pues, según ha determinado el médico, si no es tratada debidamente podrían sucederse deterioros en su salud e integridad personal.

Advierte, además, que el cuidado permanente que Alicia Esther ha dispensado a su madre ha ocasionado menoscabo a la situación financiera del hogar, en razón de que han habido dificultades para atender dignamente necesidades de alimentación, vestuario, transporte a controles médicos y vivienda, así como riesgos para la salud de la descendiente, tal como lo pone de presente el reporte médico de estabilidad emocional allegado al expediente.

Con base en lo anterior, solicita la protección de los derechos invocados en la acción y anexa una prescripción de Ensure, de médico particular, para María Alicia Céspedes.

2.5 Decisión de segunda instancia

El Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá afirma que no existe orden médica que disponga el servicio o suministro de enfermería o cuidador 24 horas al día o parcialmente, de pañales o suplemento alimenticio Ensure para la paciente con Alzheimer,

pese a que con posterioridad al fallo de primera instancia se le llevaron a cabo las valoraciones a que se hace referencia en el escrito de impugnación. Advirtió, así mismo, que, independientemente de la posibilidad de ordenar la prestación del servicio de enfermero o cuidador, la colaboración y apoyo que requiere la persona de la tercera edad es responsabilidad principalmente de la familia y, en concreto, de la hija, sin que sea de recibo su argumento «mediante el cual pretende evadir las obligaciones morales y legales que tiene con su madre, quien se encuentra en delicado estado de salud».

3. Expediente T-5169399

Martha Lilia Duque de Duque, de 85 años[4], padecía enfermedad arterioesclerótica, con obstrucción completa de arteria femoral superficial, poplítea, tibial posterior y peronea, lo que dio lugar a amputación supracondilea de su miembro inferior derecho, en febrero de 2015. Afirma que dada esta condición quedó imposibilitada para trasladarse de un lugar a otro por sí misma y debe utilizar pañal diariamente. Así mismo, dice que requiere silla de ruedas, prótesis y que le han ordenado varias terapias pero, en razón de su situación económica, no está en posibilidad de procurarse las ayudas técnicas, los pañales, ni el transporte en taxi para concurrir a las citas médicas.

Mediante escrito de 5 de febrero de 2015, la hija de la peticionaria solicitó a Sura E. P. S. el suministro de pañales y transporte. Sin embargo, obtuvo respuesta negativa, por lo cual Martha Lilia presentó acción de tutela contra la Entidad, en la que solicita que se ordene la entrega de 120 pañales grandes indefinidamente, servicio de transporte para terapias, silla de ruedas y prótesis al momento en que el médico lo prescriba, así como el tratamiento integral de su condición.

2.2 Respuesta de las demandadas

2.2.1. El representante legal judicial de Sura E. P. S. sostiene que el suministro del servicio de transporte, los pañales, la prótesis y la silla de ruedas, no solo no se encuentran excluidos del P. O. S, lo que implica la necesidad de que el Comité Técnico Científico los autorice, sino que en este caso no están respaldado por orden médica, por lo cual su representada no ha lesionado los derechos fundamentales de la actora. Como consecuencia, solicita que la acción sea declarada improcedente.

2.2.2. Por su parte, el Director Jurídico del Ministerio de Protección Social dice que la medicina prepagada se presta en virtud de un contrato de servicios adicionales de salud, distintos a los contemplados en el P. O. S., cuya prestación y financiación no corresponde al Estado por no encontrarse dentro del ámbito del servicio público de salud, sino exclusivamente al afiliado, y que el desarrollo del contrato debe ceñirse, por ende, a las cláusulas del acto jurídico celebrado. Con base en lo anterior, solicita que se exonere al Ministerio de Protección Social de las responsabilidades que se le atribuyen en la acción de tutela.

2.3 Decisión de primera instancia

El Juzgado Sesenta y Seis Civil Municipal de Bogotá afirma que las prestaciones solicitadas por la peticionaria no han sido ordenadas por ningún médico adscrito a la E. P. S. y, por lo tanto, no se da uno de los presupuestos requeridos para la procedencia de la acción de tutela, conforme la jurisprudencia de la Corte. En consecuencia, niega la protección solicitada.

2.4 Impugnación del fallo de primer grado

La actora cita un aparte de una sentencia de esta Corte sobre protección a las personas de la tercera edad y reitera que por la edad y su condición anatómica se encuentra imposibilitada para trasladarse de un lugar a otro y, en particular, para desplazarse al baño, por lo que debe usar pañal, pues, además, permanece todo el día en la cama debido a que usa un dispositivo de oxígeno de manera permanente.

Sostiene que la E. P. S. debe proporcionarle los implementos solicitados pues la Corte ha indicado que a pesar de que no haya prescripción médica correspondiente, habrá lugar a ordenar su suministro cuando sea posible deducir que existe una relación directa entre la dolencia, es decir, la pérdida de movilidad, y lo pedido. Agrega que, presumiblemente, el juez de primer grado no examinó los argumentos sobre la conducta omisiva de Sura E. P. S. y solicita que se le protejan sus derechos fundamentales.

2.5. Decisión de segunda instancia

El Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá afirmó que ninguno de los servicios y

prestaciones ha sido prescrito por un médico tratante, de manera que no existe certeza de la necesidad de asistencia requerida por la peticionaria. Agrega que la responsabilidad de la E. P. S. solo puede comprometerse si se cuenta con la orden de un profesional de la salud, de ahí que no sean procedentes las pretensiones de la accionante. Por lo anterior, confirmó la decisión de negar el amparo solicitado.

3. Trámite en sede de revisión

3.1 Como se dijo al principio, los tres expedientes de tutela (T-5156690, T-5161374, T-5169399), fueron seleccionados y acumulados por la Sala Décima de Selección de Tutelas, mediante Auto de quince (15) de octubre de dos mil quince (2015).

3.2. A través de Auto de 7 de diciembre de 2015, la Sala ordenó medidas provisionales en los tres expedientes, tendientes a evitar la configuración de perjuicios irremediables, hasta tanto se adoptaran las respectivas sentencias de fondo. De igual manera, se ordenó oficiar a los peticionarios a fin de que enviaran información a la Corte, en general, acerca de su situación económica y de su estado actual de salud y la prestación del servicio por las E. P. S. Se les hizo saber, también, que podían anexar pruebas a fin de soportar sus aseveraciones y acreditar su situación. A continuación se reseñan las medidas provisionales adoptadas en cada caso y las preguntas que mediante oficio se les hizo llegar con el propósito de contar datos más completos y precisos para decidir.

3.2.1. En el expediente T-5156690, del paciente de 65 años, a quien se le amputó parte de su miembro inferior derecho, se consideró que sin una ayuda técnica como la prescrita por el médico tratante, requerida para sus desplazamientos y estabilidad física, su situación de discapacidad le afectaría ostensiblemente y lo colocarían todavía más en condición de desigualdad e indignidad. En consecuencia, pese a que no se ordenó la prótesis dado el carácter transitorio de la medida, se indicó a la E. P. S. Comfamiliar E. P. S. proporcionarle una silla de ruedas que le facilitara su locomoción.

De igual manera, puesto que, conforme la historia clínica, la misma condición de discapacidad del actor implica atención médica permanente de medicina física y rehabilitación, que le permita llevar una vida digna, se ordenó que se autorizaran y otorgaran las citas y los tratamientos indicados por el galeno que conoce de su situación médica.

En el oficio que se le envió al demandante, se le realizaron las siguientes preguntas:

- «1) ¿Cómo se encuentra conformado el grupo familiar con quien convive?.
- 2) ¿a cuánto ascienden sus ingresos mensuales, de qué fuente provienen y cuáles son sus gastos de todo tipo (alimentación, vestuario, salud, etcétera)?.
- 3) ¿cuál es su estado actual de salud?.
- 5) ¿Le ha sido proporcionada silla de ruedas o prótesis para su pierna derecha?.
- 6) ¿Sura E. P. S. ha asumido el costo de sus pañales y el servicio de transporte para atender sus citas con el respectivo profesional de la salud?».

El cuestionario, sin embargo, no fue contestado.

3.2.2. En el expediente T-5161374, de la peticionaria de 80 años que padece de Alzheimer, se determinó, en primer lugar, que el cuidado continuo desde hace varios años de parte de la hija, no solo era ahora excesivamente difícil de sobrellevar para ésta, al punto que le ha ocasionado afectaciones a nivel emocional, las cuales podían agravarse, sino que también existía el riesgo de lesionarse el mínimo vital de las dos, puesto que la descendiente no ha podido trabajar de manera estable y, por consiguiente, tampoco percibir los recursos para la manutención de las dos, en razón de la atención permanente que ha debido dispensar a su madre. Constatada esta situación y las dificultades económicas de la familia, se ordenó a la E. P. S., como medida transitoria, brindar a la accionante el servicio de cuidador a domicilio, diariamente, en jornada de 8 horas, con el propósito de que se ocupara de ayudar en las necesidades básicas de la persona de la tercera edad.

En segundo lugar, puesto que, según informa la hija de la paciente con Alzheimer, por razón de la enfermedad esta padece incontinencia urinaria y debe utilizar pañales, los cuales le mantienen las condiciones mínimas de salubridad, higiene y aseo y evitan así otras enfermedades o infecciones y, por otra parte, el suplemento Ensure permite compensar en alguna medida los problemas nutricionales que se desprenden de esa patología, según se infería de la receta de médico particular allegada al proceso, se ordenó el suministro provisionalmente los dos tipos productos, en talla y con la medida y continuidad adecuadas y, para el caso del suplemento, del tipo y en la dosis indicados en la prescripción del galeno.

En la comunicación que se le envió a Alicia Esther Jadid Céspedes se le realizaron las siguientes preguntas, que fueron oportunamente contestadas como se indica en cada caso:

«1) ¿A cuánto ascienden los ingresos mensuales, de qué fuente provienen y cuáles son los gastos de todo tipo (alimentación, vestuario, salud, etcétera), de ella y su representada?»

Respuesta: «Mi señora madre no tiene ninguna clase de ingresos; y en la actualidad sus gastos mensuales ascienden a \$850.000 mensuales, los cuales son cubiertos con el escaso trabajo que puedo desarrollar y con la generosidad de algunos familiares.|| Mi trabajo lo desarrollo de manera muy circunstancial y de manera eventual, ejecutando labores de cocinera profesional, con lo cual obtengo aproximadamente \$400.000.|| Mis gastos ascienden aproximadamente (sic) \$800.000 pesos mensuales, los que solvento con recursos que recibo de familiares que buenamente me colaboran, pero esto acontece con relativa frecuencia; ya que la gente se cansa; por lo que me veo en situaciones asfixiada con las facturas de los servicios públicos y con la adquisición de la comida, que cada día es más costosa».

«2) ¿Cuál es el estado actual de salud de las dos?»

Respuesta: «Mi madre padece de Alzheimer desde hace más de cinco años, como lo probé con la prueba documental aportada con la tutela y la suscrita quien es la única que convive con ella, (sic) ya padezco del “Síndrome del cuidador Quemado “Fatiga de cuidador y estado depresivo secundario con Riesgo emocional Alto por estar 24 horas / 7 días a la semana dedicada a esto.|| Lo anterior, sin que nadie pueda reemplazarme, lo que hace que lleve más de 5 años confinada (encerrada) en esta labor esclavizada sin derecho a nada para reparar mi deteriorada salud mental. Por lo cual necesito urgente de la ayuda de una Enfermera (cuidador), para mi madre, que me permita desarrollar mi oficio; el cual ejecuto por fuera del hogar. || Ruego al Honorable Magistrado ordenar que la enfermera sea por 12 horas, que es el lapso de tiempo que necesito para tener la posibilidad de laborar y transportarme en esta ciudad que por la congestión de las vías es muy complicado.

«3) ¿El médico tratante de Sanitas E. P. S. ha prescrito el servicio de cuidador domiciliario,

el uso de pañales y el consumo del suplemento nutricional Ensure para María Alicia Céspedes de Jadid?»

Respuesta: El médico tratante (Neurólogo) de la E. P. S. Sanitas sí ha prescrito el servicio de un Cuidador Domiciliario, así como la Nutricionista prescribió el Ensure por la desnutrición que mi madre María Alicia Céspedes de Jadid presenta, porque manifiesta un desinterés por alimentarse y porque la comida no es la mejor, debido a nuestra difícil situación económica en la que estamos.|| Así mismo, el urólogo que trata a mi madre le prescribió pañales desechables con recambio de cada 4 horas por día (4 pañales) debido a una infección urinaria crónica que se presentó por no cambiarlos de manera adecuada y con la periodicidad requerida, muchas veces por falta de dinero.

«4) ¿La E. P. S. le proporciona en la actualidad a la paciente las tres anteriores prestaciones?».

Respuesta: Sanitas E. P. S. no ha suministrado el cuidador que le fue prescrito a mi madre. Y solo con la orden de tutela provisional, dada en auto de 7 de diciembre de 2015, le suministraron los pañales y el Ensure de manera directa, no por comité como lo hacían antes.

Con las anteriores respuestas, se enviaron tres folios de la historia clínica reciente y prescripciones médicas de urología y de nutrición y dietética de María Alicia Céspedes de Jadid y otra de medicina general de Alicia Esther Jadid Céspedes.

3.2.3. En el expediente T-5169399, de la persona de 84 años, que sufrió amputación supracondilea de su miembro inferior derecho, se estableció que debido a su edad, la discapacidad y a que debe permanecer casi todo el tiempo en su cama pues es oxígeno-dependiente, mantener sus condiciones de vida digna requería, por un lado, la utilización de pañales para la satisfacción de sus necesidades fisiológicas sin tener que recurrir a esfuerzos extremadamente agotantes, que lesionarían su dignidad y, por el otro, herramientas técnicas para facilitar su desplazamiento a cortas distancias. En consecuencia, se ordenaron, como medida transitoria, el suministro de pañales, con la periodicidad y talla adecuadas, y una silla de ruedas. Del mismo modo, puesto que alegaba que no había obtenido citas médicas de fisioterapia, cuyo propósito es adaptarse y sobrellevar la carencia de su pierna derecha, y no disponía de los recursos económicos para desplazarse a sus

consultas, se ordenó a la E. P. S. que autorizara y concediera las citas de fisioterapia y medicina general, requeridas según el caso, por la demandante, y que sufragara el costo, ida y regreso a su domicilio, de transporte óptimo y adecuado a sus circunstancias, para ella y un acompañante, a fin de que pudiera concurrir a las consultas.

En el oficio que se le envió a la actora, se le realizaron las siguientes preguntas, las cuales fueron oportunamente contestadas, según se indica en cada caso:

«1) ¿Cómo se encuentra conformado el grupo familiar con quien convive?»

Respuesta: «Estoy viviendo con mi hija Martha Lucía Duque Duque».

«2) ¿A cuánto ascienden sus ingresos mensuales, de qué fuente provienen y cuáles son sus gastos de todo tipo (alimentación, vestuario, salud, etcétera)?»

Respuesta: «Mis ingresos ascienden a la suma de \$550.000 pesos mtc, que provienen de arriendo de un local y se gastan en alimentación, pago de servicios, vestuario, pago de salud y mi hija es quien con el producto de manualidades y (sic) confesión de costura paga los pañales, guantes, crema y todo lo relacionado con los gastos de transporte para asistir a las citas médicas, teniendo que recurrir a préstamos para cubrir dichos gastos».

«3) ¿Cuál es su estado actual de salud?».

Respuesta: «Mi estado de salud es regular (sic) como quiero que no me puedo movilizar por falta del miembro inferior derecho, teniendo que permanecer en la cama o en la silla, pero con dificultad por cuanto mi hija no puede movilizarme con facilidad, estoy sufriendo de diabetes, tensión alta. Dolores musculares y no puedo dormir bien, la saturación es baja y estoy con oxígeno las 24 horas del día.

«4) ¿Está recibiendo tratamiento médico a sus afecciones?».

Respuesta: El tratamiento médico es muy escaso ya que se me dificulta (sic) movilizarme no me han dado citas médicas con especialistas como ortopedia y terapia neurológica.

«5) ¿Le ha sido proporcionada silla de ruedas o prótesis para su pierna derecha?».

Respuesta: «No se me ha proporcionado silla de ruedas y menor prótesis, como quiera (sic)

el ortopedista no me ha visto desde hace 8 meses, no se dio cita de fisioterapia para colocar el vendaje en el moñón y menos se me ha ordenado la prótesis a pesar de haber llamado (sic) muchas oportunidades a pedir la cita para esta especialidad».

«6) ¿Sura E. P. S. ha asumido el costo de sus pañales y el servicio de transporte para atender sus citas con el respectivo profesional de la salud?.»

Respuesta: «La E. P. S. Sura no me ha proporcionado silla de ruedas, ni pañales, menos servicio de transporte para acudir a las citas, dejando de asistir a algunas que he tenido por ser difícil el traslado ya que debe haber 2 o más personas que me hagan el traslado, pues mi hija sola no lo pude hacer.|| Como prueba me permito... Hasta la fecha la E. P. S. Sura no ha hecho entrega de pañales, silla de ruedas y no ha asignado citas de fisioterapia».

3.3. En el mismo Auto de 7 de diciembre de 2015, se otorgaron quince (15) días a partir de la notificación de esa providencia para allegar las pruebas y la información solicitadas y se ordenó que una vez fueran recibidas se pusieran a disposición de las partes y terceros interesados, a fin de que se pronunciaran, por el término de tres (3) días, de conformidad con el artículo 57 del Reglamento de la Corte Constitucional. De igual forma, se suspendieron los términos para fallar por veinte (20) días hábiles.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

4. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

5. Problemas jurídicos y esquema de la decisión

5.1. En el expediente T-5156690, relativo al paciente de 65 años que sufrió amputación transtibial del miembro inferior derecho, debe establecerse si Comfamiliar E. P. S. vulneró su derecho a la salud y a la vida digna al no proporcionarle ayudas técnicas ajustadas a su condición de discapacidad y no exonerarlo de copagos, prestaciones que, al parecer, no fueron previamente solicitadas a la entidad.

5.2. En el expediente T-5161374, relacionado con la peticionaria de 80 años que padece de Alzheimer, debe determinarse si Sanitas E. P. S. lesionó los derechos a la salud, mínimo vital y vida digna, de ella y su hija, al no suministrarle pañales, suplemento nutricional Ensure y el servicio de cuidadora, con el argumento de que no existía orden del médico tratante de la E. P. S. que prescribiera las referidas prestaciones.

5.3. Y en el expediente T-5169399, a que dio lugar la tutela presentada por la persona de 85 años, con amputación supracondilea de su miembro inferior derecho, debe examinarse si Sura E. P. S. vulneró sus derechos a la salud y a la vida digna al no entregarle pañales desechables y herramientas técnicas que le permitieran la movilidad y al rehusar asumir el costo del transporte de ida y vuelta para sus citas médicas.

Con el fin de analizar y dar respuesta a los anteriores problemas jurídicos, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre los siguientes temas: la legitimación de los agentes oficiosos para interponer acciones de tutela y sus elementos (i); el derecho fundamental a la salud y su atención integral en las personas de la tercera edad (ii); la exigibilidad de medicamentos no contemplados en el P. O. S. (iii); el suministro de pañales, como caso especial de prestación no incluida en el P. O. S. (iv); la posibilidad de ordenar el servicio de cuidador a domicilio, en circunstancias excepcionales (v); la procedencia del amparo respecto de servicios, medicamentos o productos en ausencia de la respectiva prescripción del médico tratante (vi); los eventos de exoneración de copagos, cuotas moderadoras y de recuperación (vii); el cubrimiento de gastos de transporte por las E. P. S. para los pacientes y sus acompañantes, cuando estos se encuentran en imposibilidad económica de hacerlo (viii) y la improcedencia de la acción de tutela cuando es presentada sin haber solicitado previamente servicios de salud a la E. P. S. (ix). Por último, se resolverán los casos concretos a partir del marco teórico expuesto (x).

i. Legitimación para interponer la acción de tutela a nombre de terceros. Reiteración de jurisprudencia.

A la luz del artículo 86 de la Constitución, “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”

Según esta disposición, la solicitud de amparo que busca detener la vulneración de derechos fundamentales o prevenir el riesgo de su lesión puede ser presentada a nombre propio o mediante representante. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala: «[L]a acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. || También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales».

Dadas las anteriores posibilidades específicas de representación, la Corte ha sostenido que la gestión judicial de los intereses en la acción de tutela puede ser promovida por cuatro vías diferentes: i) por la persona que se dice lesionada en sus derechos, ii) a través de representantes legales, en el caso de menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas, iii) por medio de apoderado judicial, en cuyo evento el representante debe ser abogado y iv) por medio de la figura de la agencia oficiosa, cuasicontrato que surge en el ámbito de la tutela cuando una persona se arroga «motu proprio» la protección de los intereses de otra que se encuentra en la imposibilidad de hacerlo por sí misma[5].

La agencia oficiosa es probablemente una de los caminos más recurrentes por medio de los cuales los afectados logran poner en conocimiento del juez una situación de menoscabo de derechos fundamentales y solicitar el respectivo amparo constitucional. Permite, por ello, hacer efectivos los principios de eficacia de los derechos fundamentales, por cuanto flexibiliza el acceso a la administración de justicia; y de prevalencia del derecho sustancial sobre las exigencias formales y de solidaridad, en cuanto promueve que las personas asuman activamente la defensa de los derechos fundamentales de quienes no pueden hacerse valer por sí mismos[6].

Según la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración de la agencia oficiosa se requiere fundamentalmente que el agente manifieste actuar en esa calidad y, por otro lado, que el titular de los derechos presuntamente conculcados no esté en condiciones físicas o

mentales para promover su propia defensa. Dicha manifestación, en todo caso, puede ser explícita o inferida de la demanda de tutela, lo que quiere decir que la exigencia se cumple bien sea porque el agente afirme desempeñarse en cuanto tal o porque los hechos puestos de presente o las pruebas revelen que es a través de ese mecanismo que se quiso dirigir la acción[7]. Y, de otra parte, la imposibilidad del titular de los derechos supuestamente lesionados puede ser físico, mental o derivado de circunstancias socioeconómicas, tales como el aislamiento geográfico, la situación de especial marginación o las circunstancias de indefensión en que se encuentre el representado, de ahí que la verificación de que el agenciado no le era razonablemente posible reclamar la protección de sus derechos dependa siempre de la apreciación de los elementos del caso[8].

ii. El derecho fundamental a la salud y su protección integral en las personas de la tercera edad. Reiteración de jurisprudencia.

La satisfacción y el disfrute de la salud por los ciudadanos, como presupuesto de vida digna, es una obligación oficial a la luz de la Constitución Política. Según el artículo 49, «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».

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, de la anterior disposición se desprenden por lo menos dos consideraciones relevantes acerca de la salud[9]. En primer lugar, se trata de un servicio público cuya garantía corresponde al Estado, el cual debe implementar y llevar a la práctica políticas públicas para hacer efectiva su prestación, no solo desde el punto de vista de la rehabilitación de las condiciones básicas de bienestar corporal y psíquico de la persona, sino también de la protección y prevención de las causas que puedan originar afectación a su integridad y al normal desarrollo de sus funciones físicas y orgánicas.

Si el servicio de salud no es prestado directamente por el Estado, le compete en todo caso dirigir, regular, coordinar y emitir las directrices con sujeción a las cuales lo harán entidades privadas, de acuerdo con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y llevar a cabo la supervisión de las respectivas actividades de prestación. De igual manera, tiene la carga de vigilar que los servicios relacionados con la salud sean adecuadamente garantizados en todo el territorio nacional y, para ese fin, distribuir responsabilidades en entidades territoriales y particulares que aseguren el logro de ese propósito.

Pero de la mencionada disposición constitucional también se desprende, como correlato de las obligaciones estatales a que se ha hecho referencia, un derecho subjetivo judicialmente exigible a favor de los ciudadanos. Toda persona, en este sentido, tiene la posibilidad de acudir ante los jueces de la República a fin de que se ordene a las entidades correspondientes el aseguramiento de las condiciones mínimas necesarias para gozar de bienestar físico y psíquico o, como ha dicho la jurisprudencia constitucional, de «la facultad de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser»[10].

Inicialmente, la jurisprudencia constitucional entendió que, en cuanto derecho social prestacional, la salud era por regla general un servicio sometido a la organización y coordinación del legislador y solo cuando presentaba una relación de conexidad con la vida o la dignidad humana, derechos fundamentales por esencia, también ella adquiriría el mismo carácter y era inmediatamente justiciable[11]. Sin embargo, esta concepción fue evolucionando y en la actualidad el aspecto a determinarse no es si el derecho a la salud adquiere, por cercanía o vínculos, naturaleza fundamental para que sea exigible, pues se parte de que todas las prerrogativas consagradas y protegidas por la Carta la poseen. Así afirmó la Corte:

«10.- De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución»[12].

El aspecto importante que debe determinarse, así, no es una supuesta fundamentalidad contingente del derecho a la salud, sino si, vistas las características en que se produce el presunto menoscabo, es procedente la intervención del juez de tutela para proteger al individuo. La Corte ha puesto de presente que prácticamente todos los derechos son prestacionales y tal circunstancia no los hace menos fundamentales, pues, además, son instituidos por considerarse mínimos que el Estado tiene la obligación de proteger, a través de las instituciones y las ramas del poder público. El aspecto importante para justificar la procedencia del amparo viene más exactamente dado por la lesión a la dignidad humana que se seguiría de su no protección, frente a sujetos de especial tutela constitucional o en circunstancias en que la falta de recursos pondría a la persona en situación de indefensión, según las circunstancias del caso concreto. Así ha indicado la Corte:

«Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado – bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia – ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aún tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela

como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud”[13].

Conforme lo anterior, para la Corte, la facultad para demandar judicialmente el suministro de los servicios tendientes a satisfacer la salud es procedente en todos aquellos casos en que el sujeto, especialmente resguardado por la Constitución, podría verse gravemente vulnerado en su dignidad y sucumbir ante su propia impotencia para sufragar los costos económicos que demanda el tratamiento de sus afecciones y, especialmente, cuando el afectado es sujeto de especial protección constitucional. De este modo, niños, mujeres embarazadas, personas de la tercera edad y discapacitados, entre otros, en imposibilidad de asumir las onerosas cargas provenientes de su situación de debilidad, son acreedores directos de una tutela judicial capaz de detener la amenaza o vulneración de su derecho fundamental a la salud.

Precisamente, esta Corte ha tenido oportunidad de enfatizar que las personas de la tercera edad son acreedoras de esa particular protección, dadas las circunstancias de indefensión en que se encuentran y la etapa de su vida que atraviesan. Como se ha dicho, ellas ven obligadas a “afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”[14], por lo cual recae en el Estado una obligación reforzada de disponer todos los servicios de salud para garantizarles unas condiciones de vida dignas[15].

A ese respecto, no solo el artículo 13 de la Carta señala que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltrato que contra ellas se cometan, sino que el artículo 46 del mismo Texto expresamente dispone que «el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria...y se les garantizará los servicios de seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia».

De modo tal que las personas de la tercera edad, habida cuenta de su situación de vulnerabilidad, son sujetos de especial protección constitucional y, como consecuencia, merecen una tutela vigorosa del Estado, que lo compromete, entre otras cosas, a prestarles

de forma eficiente e ininterrumpida los servicios de salud. En este sentido, ha dicho la Corte:

«Es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran»[16].

Lo anterior ha llevado a la Corte, así mismo, a sostener que las personas perteneciente al grupo poblacional en mención tienen derecho a los servicios de salud de forma integral, lo cual implica que el respectivo derecho fundamental debe ser garantizado no solo en el sentido de que se suministren los medicamentos requeridos o únicamente los tratamientos necesarios, sino que se le brinde una atención completa, continua y articulada, en correspondencia con lo exigido por su condición. La tutela reforzada de la que se ha hablado se concreta en la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que el usuario necesita, de ser necesario, incluso respecto de prestaciones excluidas del P. O. S.

En la Sentencia T-576 de 2008, reiterada por la Sentencia T-039 de 2013[17], la Corte indicó:

«16.- Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente[18]. (subrayado fuera de texto).

17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte

Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud – SGSSS – deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento[19].” (Subrayado fuera del texto original).

A luz de esta doctrina constitucional, el principio de integralidad comporta que la atención y la prestación de los servicios a las personas de la tercera edad no sea parcial ni fragmentada, sino que, en atención a su condición de indefensión y vulnerabilidad, sea brindada de modo que se les garantice su bienestar físico, psicológico y psíquico, entendido como un todo. Puesto que el propósito es mejorar al usuario su situación de salud y no solo resolver el problema de una prestación específica, este objetivo general inspira el modo en que deben ser garantizados los servicios a dicho grupo, sujeto de especial protección constitucional.

iii. La exigibilidad, a través de la acción de tutela, de medicamentos no contemplados en el P. O. S. y la prueba de la incapacidad económica del peticionario. Reiteración de jurisprudencia.

El Plan Obligatorio de Salud consiste en un conjunto de tratamientos, consultas, medicamentos y, en general, servicios básicos mediante los cuales el Estado organiza, con basen en criterios de razonabilidad y sostenibilidad financiera, la protección integral de la maternidad y el cuidado y atención de la enfermedad, en las fases de promoción, fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, de conformidad con la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad, según el artículo 162 de la Ley 100 de 1993[20].

La Corte ha dicho que, como regla general, los usuarios del sistema de seguridad social en salud tienen derecho a acceder a todas aquellas prestaciones establecidas en el P. O. S., siempre que concurren algunos presupuestos: (i) sea ordenada por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio, (ii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iii) sea solicitado previamente a la entidad

encargada de la prestación del servicio de salud[21].

Sin embargo, dada la constatación de que garantizar todo aquello que, se ha advertido, supone el derecho a la salud a la luz de las exigencias constitucionales, en no pocas ocasiones comporta prestaciones no contempladas en el P. O. S., en abundante jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que es posible ordenarlas con el propósito de hacer verdaderamente eficaz la garantía de dicha prerrogativa. Puesto que se trata de una circunstancia excepcional, también su procedencia tiene ese carácter y se halla sometida a unas condiciones ciertamente estrictas. La Corte ha mantenido que habrá lugar a que se disponga un servicio excluido del P. O. S. siempre que concurren las siguientes condiciones:

«(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y

(iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo»[22].

En este orden de ideas, el hecho de que aquello que disponga el médico tratante no esté incluido en el conjunto del denominado P. O. S. no lleva de forma necesaria a que la persona se le vea privada de lo requerido para la atención y tratamiento de su condición médica. En presencia de los mencionados presupuestos, se activa la protección constitucional de los servicios o medicamentos que, aunque descartadas del P. O. S., son indispensables para salvaguardar el ejercicio del derecho a la salud y una subsistencia en condiciones dignas.

Ahora bien, respecto de la exigencia, según la cual el usuario del servicio de salud debe hallarse en imposibilidad económica de proveerse por sí mismo la prestación que requiere,

la Corte ha establecido algunas pautas que permiten llegar a la conclusión de la persona verdaderamente se halla en esa situación, sin necesariamente cargar todo el peso de la prueba en el accionante[23], aunque ello no impida que el mismo pueda allegar todos los medios de convicción que desee en orden a acreditar sus posibilidades financieras.

En la Sentencia T-683 de 2003[24], la Corte planteó las siguientes pautas con fines de probatorios:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”.

Además de los anteriores pautas, la Corte también ha empleado dos criterios más que deben ser evaluados al momento de determinar la situación financiera de las personas y sus posibilidades reales de sufragarse el servicio en cuestión. Por un lado, ha indicado que la situación económica de la persona, relevante para saber si está en su poder, o no, suministrarse lo que necesita, es un elemento que no se identifica exclusivamente con las sumas o ingresos que recibe, sino que también tiene que ver, e implica evaluar, si hacerlo

comporta una carga inadmisibles y demasiado costosa para el ciudadano, cualitativamente hablando. En la Sentencia T-017 de 2013[25], la Corte afirmó:

“el juez constitucional debe hacer un ejercicio de ponderación que informe sobre la forma en el modo de vida del solicitante puede verse afectado en la medida en que asuma la carga de la prestación que pidió.|| Tal tesis fue desarrollada ampliamente en la sentencia T-760 de 2008, que reiteró la necesidad de determinar esa capacidad económica en cada caso concreto, en función del concepto de carga soportable. Al respecto, el fallo recordó que el hecho de que el mínimo vital sea de carácter cualitativo, y no cuantitativo, permite tutelar el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, “siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”. También permite exigir que quienes no estén en capacidad de pagar un servicio cuyo costo es elevado asuman, por ejemplo, el valor de los medicamentos, aun siendo sujetos de especial protección constitucional, si es claro que cuentan con la capacidad para hacerlo[26]”.

Aparte de este criterio, según la Corte, si al examinar la capacidad económica del usuario de los servicios de salud en el caso concreto el demandante se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud, esto permite presumir ya la carencia de recursos, por cuanto un requisito indispensable para hacer parte de este régimen es precisamente hallarse en el grupo poblacional económicamente menos favorecido[27].

Así, paralelamente a las iniciales cinco reglas expresadas en la Sentencia T-017 de 2013, que descargan de una labor probatoria exhaustiva a quien se halla en circunstancias de debilidad y realiza una afirmación indefinida de carencia de recursos, esta Corporación ha asociado la imposibilidad de pago al riesgo de afectación del mínimo vital, la cual, a su vez, no debe ser estimado a partir de la falta de sumas dinerarias específicas sino de la asunción de cargas desproporcionadas o que impliquen un desequilibrio económico ostensible para la persona o su familia. La vinculación al régimen subsidiado en salud, de igual forma, es un criterio que da lugar prácticamente a una presunción de incapacidad de pago, pues es en virtud de esta circunstancia, debidamente acreditada, que el Estado debe proporcionarles asistencia directa y gratuita.

iv. El suministro de pañales como prestación excluida del P. O. S., susceptible de ser

ordenada.

El P. O. S. vigente se encuentra establecido en la Resolución 005521 de 2013, del Ministerio de Protección Social, la cual indica en su artículo 130 el conjunto de prestaciones específicas que se hallan excluidas de la responsabilidad de las E. P. S. Una de tales prestaciones no contemplada por esa protección básica consiste en el suministro de pañales para adultos, producto que, sin embargo, como otros no comprendidos dentro de los servicios obligatorios de salud a cargos de dichas entidades, puede ser excepcionalmente ordenado si se dan las condiciones enunciadas en el acápite anterior.

La Corte ha estudiado con alguna frecuencia este tipo de servicio y ha subrayado que, en tanto se trata de un bien necesario para atender patologías que ponen al sujeto que las sufre en condiciones de imposibilidad o suma dificultad para realizar en condiciones normales sus necesidades fisiológicas, se convierte en un producto vinculado a la dignidad de la persona en tal situación[28]: «los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad e intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia»[29].

«(...) el derecho a la vida implica también la salvaguardia de unas condiciones tolerables de vida que permitan existir con dignidad. Por lo tanto, para su protección no es necesario que la persona se encuentre en un riesgo inminente de muerte, sino que toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida, es merecedora de protección constitucional, tal como ocurre cuando una persona que sufre una seria discapacidad física no puede controlar sus esfínteres y necesita de pañales desechables para vivir de manera digna»[30].

De esta manera, la Corte ha establecido que los pañales desechables, necesarios para personas en circunstancias patológicas especiales, deben ser ordenados si de ellos depende, no su subsistencia orgánica o necesariamente la recuperación de su condición física, sino la posibilidad de que el individuo pueda sobrellevar con dignidad su enfermedad y ciertas consecuencias que ella le trae. Esta Corporación, así mismo, ha sostenido que la obligación de entregar este producto puede ser excepcionalmente generada, incluso sin orden médica, siempre que resulte clara y evidente su necesidad, atendida la situación

específica en que la enfermedad pone al individuo, como en un acápite posterior se explicará.

v. La procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 8 de la Resolución 5521 de 2013, que fija el P. O. S., establece el servicio de atención domiciliaria, como una «modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia». Se trata de un servicio cubierto por el propio P. O. S., siempre que así sea prescrito por el médico tratante, y se caracteriza por su estricta relación con la gestión de la salud (artículo 29 de la misma Resolución).

Una figura diferente es el cuidador de personas en situación de dependencia, que se entiende como aquel que realiza una actividad social, de ayuda y acompañamiento a quienes se hallan en total situación dependencia. En la Sentencia T-154 de 2014, se indicó que los cuidadores poseen las siguientes características:

(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria[31] de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado[32], y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.

Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran. El cuidador facilita, además, que en la mayor medida posible el paciente tenga y disfrute de los espacios que gozan la generalidad, como, por ejemplo, la realización de actividades manuales o lúdicas, de distracción y

recreación, de deporte, etcétera.

Todo esto, por supuesto, dependiendo de las circunstancias en que se halle el sujeto, pues en algunos casos los servicios del cuidador se limitarán a la asistencia de la persona dependiente en la mera realización de sus actividades y necesidades básicas. Por ejemplo, cuando aquella tiene limitada drásticamente la locomoción y debe permanecer en un solo sitio la mayoría del día o en aquellos eventos en que su condición prácticamente le impide realizar todo tipo de actividades físicas, caso en el cual el cuidador se encarga de ayudarlo en su aseo e higiene personal, a suministrarle los medicamentos que consume, a organizar y mantenerle adecuados los espacios físicos y el lugar que utiliza para descansar.

El servicio de cuidador, sin embargo, está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca «recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores». Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad.

En la Sentencia T-801 de 1998[33], reiterada en la providencia T-154 de 2014[34], esta Corporación expresó: «(...) dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir mas allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)».

Con todo, es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero

además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el deber en mención permanece en la familia si dan ciertas condiciones y puede ser desplazado hacia el Estado a falta de alguna de ellas. La responsabilidad es de los seres queridos siempre que concurren las siguientes circunstancias:

(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia[35].

Conforme lo anterior, los miembros del hogar deben solidarizarse y atender al ser querido en situación de dependencia si lo que este requiere es, no por ejemplo servicio de enfermería, sino solamente alguien que lo cuide y le facilite llevar a cabo sus actividades elementales ordinarias, y la E. P. S. ha suministrado una orientación previa acerca del modo en que se deben realizar esos cuidados. Pero además, es deber de la familia solo si se trata de una carga susceptible de ser sobrellevada por ella, atendidas las circunstancias materiales en que se encuentra.

Por el contrario, si una de las anteriores condiciones no concurre y, en especial, los que rodean a quien requiere el cuidado no se hallan en posibilidad de atenderlo de manera permanente ni de sufragar el costo que implica el servicio, se activa la obligación subsidiaria del Estado de suministrarlo, que compromete la subsistencia digna de una persona quien, por razón de su enfermedad, de sus padecimientos, no se puede valer por sí sola y se halla en total indefensión y riesgo de perecer ante su propia debilidad[36]. La

Corte ha sostenido:

«En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia»[37].

Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado.

vi. Servicios solicitados con orden médica de profesionales de la salud, no adscritos a la E. P. S. Reiteración de jurisprudencia

En vía de principio, las E. P. S. solo están obligadas a proporcionar un servicio del P. O. S. o excluido del mismo siempre que se cuente con la respectiva orden suscrita por el médico que está atendiendo y disponiendo los tratamientos requeridos por el paciente, adscrito a alguna de sus instituciones prestadora del servicio[38]. Esto quiere decir que, en términos generales, si la petición elevada por el usuario no se halla respaldada en una prescripción del profesional de la salud vinculado a la respectiva E. P. S., ésta no tendría la obligación de disponer la prestación[39].

Con todo, la jurisprudencia constitucional ha moderado e introducido ciertas precisiones respecto de esta subregla. Por lo que aquí interesa, dos deben ser mencionadas. En primer lugar, si el concepto o la prescripción médica no es emitida por un galeno de la E. P. S. sino por un profesional externo a la Entidad, no resulta razonable, por ese solo hecho, restarle validez y negar el servicio, pues en todo caso se trata de la opinión autorizada de un

médico, mucho menos cuando se trata de resguardar el derecho fundamental a la salud de sujetos de especial tutela constitucional. De ahí que, según la Corte, «solo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también tienen validez, a fin de propiciar la protección constitucional»[40].

En segundo lugar, esta Corte ha determinado que en algunos casos muy particulares, ciertos elementos que de una u otra manera son utilizados en el tratamiento de padecimientos o que contribuyen a hacerlos más llevaderos o a proporcionar condiciones para que puedan resistirse en condiciones de dignidad, pueden ser ordenados a la E. P. S., aún sin la respectiva orden médica[41]. Se trata de situaciones en las que la necesidad del producto y su relación con la enfermedad no dependen de un análisis científico, médico, sino que, podría decirse, puede ser determinada con arreglo a las situaciones concretas, el sentido común y la experiencia.

A este respecto, se ha dicho que las consecuencias perjudiciales que para la persona se seguirían de la negación del elemento solicitado, en atención a las circunstancias fácticas en que se encuentra, resultan un hecho evidente. Los efectos nocivos podrían ser fácilmente previstos y entenderse como de segura ocurrencia, por lo cual el juez constitucional debe conjurar el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales y ordenar la prestación en cuestión. Así, ha sostenido la Corte:

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal[42].

Lo anterior ocurre con frecuencia, por ejemplo, cuando la persona requiere la utilización de pañales por razón de su enfermedad, los cuales están excluidos del P. O. S. y no han sido

prescritos por el médico tratante. A este respecto, la Corte falló un caso de una persona de 84 años que tenía incapacidad para la marcha y no controlaba esfínteres, como consecuencia de una enfermedad cerebrovascular, por lo que solicitaba la entrega de pañales desechables sin contar con orden médica[43], producto que fue ordenado dada la evidente relación entre la prestación requerida, el padecimiento del actor y lo que podría seguirse de no serle garantizado. En un asunto similar[44], una mujer de 85 años en postración total, con Alzheimer, apraxia para la marcha y pérdida de control de esfínteres, solicitaba la entrega de pañales, también, sin prescripción médica. Dadas sus circunstancias de salud, la Corte ordenó entregar a la paciente dichos productos[45], con fundamento en un razonamiento parecido al anterior,

De manera que, frente a la regla general de que solo proceden obligaciones para la E. P. S. respecto de productos y tratamientos indicados por el médico tratante de la entidad, se erigen excepciones que, por razones constitucionales, la desplazan[46]. Por una parte, no es posible negar la protección a un paciente en razón de que la fórmula médica no es suscrita por un profesional que trabaje para la E. P. S. dado que ese solo hecho no conduce a negar solidez científica a su diagnóstico y la respectiva prescripción, pues antes bien, es útil para disponer la tutela requerida, especialmente frente a personas de especial protección constitucional. Y, por otra parte, la ausencia de orden médica tampoco puede significar un obstáculo para la concesión de determinados productos o prestaciones evidentemente necesarios, considerado el diagnóstico del paciente.

vii. Procedencia de exoneración de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación. Reiteración de jurisprudencia.

Uno de los elementos que caracterizan el sistema de seguridad social en salud adoptado por el legislador es la previsión de mecanismos tendientes a la financiación parcial por parte de los mismos usuarios, así como a la racionalización de uso. Estos objetivos son concretamente perseguidos principalmente a partir de los denominados copagos, de las cuotas moderadoras y las cuotas de recuperación, a cargo de quienes desean acceder a cualquiera de los servicios, lo cual no ha sido considerado gravoso ni contrario a la Constitución, siempre que, en casos concretos, no signifiquen una imposibilidad para que beneficiarios o afiliados reciban las prestaciones requeridas.

Estas formas de financiación y de contribución a la sostenibilidad del sistema, sin embargo, varían con relación a los dos esquemas establecidos por la Ley 100 de 1993, con base en los cuales se administra y se presta el servicio. Quienes hacen parte del régimen contributivo deben sufragar copagos[47] y cuotas moderadoras[48], sin que sea posible que se cobren simultáneamente por un mismo servicio. Por su lado, los afiliados al régimen subsidiado tienen la obligación de contribuir a través de copagos y cuotas de recuperación.

Ahora bien, a partir del Acuerdo 365 de 2007, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se encuentran excluidos de copagos las personas que, además de estar afiliadas al régimen subsidiado de salud, pertenezcan a los siguiente grupos poblacionales: i) vinculados al SISBEN nivel I; ii) niñez abandonada; iii) indigentes; iv) víctimas de desplazamiento forzado; v) indígenas; vi) desmovilizados; vii) de la tercera edad que se encuentren en ancianatos o instituciones de asistencia social; viii) rural migratoria; y ix) ROM. Así mismo, no hay lugar a sufragar cuotas de recuperación por parte de: «i) la población indígena e indigente (artículo 18 del Decreto 2357 de 1995[49]); ii) las madres gestantes y el niño menor de un año (artículos 43 y 50 de la Constitución Política); y iii) las personas vinculadas o no aseguradas al sistema de salud que padecen una enfermedad de interés público»[50].

Además de las anteriores exenciones, la Corte ha determinado que ciertas personas podrían no estar en los anteriores supuestos y, sin embargo, encontrarse en una situación tal de incapacidad de pago, o tenerla pero no en el momento requerido, que condicionar sus servicios de salud a que sufraguen inmediatamente así sea sumas menores de dinero significaría impedirles en la práctica el acceso a los tratamientos y prestaciones. Esta Corporación ha afirmado:

“[1] Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor. [2] Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota

moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio.”[51]

Conforme lo anterior, pese a que el usuario del servicio de salud del régimen subsidiado no se encuentre dentro de los grupos poblacionales relacionados en las normas jurídicas citadas, si se halla en circunstancias de precariedad económica que, a la postre, se convertirían en una barrera para acceder a los tratamientos o medicamentos, tiene derecho, según el caso, a ser definitivamente eximido del pago o, si la imposibilidad financiera es temporal, puede serle concedido un plazo para que sufrague el respectivo valor, bajo condición de constituir alguna garantía. Esto, con el fin de que los sujetos que necesitan con urgencia acceder al sistema de salud no les sea impedida la garantía del derecho por razones exclusivamente económicas.

viii. Cubrimiento de gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las E. P. S.

Al tenor del Artículo 124 de la Resolución 5521 de 2013, el P. O. S. cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos: i) Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles; ii) 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 remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

De igual manera, conforme la disposición en mención, «[e]l 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. || Así mismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria, si el médico así lo prescribe.

Así, a la luz de la citada disposición, solo en los mencionados eventos corresponde a la E. P. S. sufragar los costos del desplazamiento en que incurra el usuario para acceder a los servicios de salud. Por lo tanto, en todos los demás casos, como regla general el afiliado o

beneficiario debe asumir el valor económico que demanden los traslados necesarios a las diferentes instituciones prestadoras del servicio, a fin de tratar su enfermedad.

Con todo, la Corte una vez más ha determinado que eventualmente el paciente necesita recibir una prestación que le implica tales costos y, sin embargo, no cuentan, ni él ni su familia, con la capacidad suficiente para hacerlo, hecho este que supondría un obstáculo para el acceso efectivo a los servicios de salud. De darse esta situación, según la Corporación, la E. P. S. debe asumir el pago del desplazamiento, siempre que concurren determinadas condiciones:

De esta forma, se ha considerado que la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladará a la EPS solamente en los casos donde se demuestre que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario[52]”[53]. Además, si se comprueba que el paciente es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”[54] y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”[55], está obligación también comprenderá la financiación del traslado de un acompañante[56].

De acuerdo con lo anterior, el juez constitucional debe evaluar la carencia de capacidad de pago del usuario y determinar si la negación del servicio en cuestión ocasionaría riesgos inminentes para la vida, la integridad o el estado general de salud del afiliado beneficiario. Si esto último es previsible y se constata que no cuenta con posibilidades de pagar aquello que le corresponde, las respectivas sumas deben ser asumidas por la E. P. S. Por otra parte, si la persona necesita en sus traslados la asistencia permanente de otro, dada su situación de dependencia, la garantía en mención se amplía para cubrir también los gastos del acompañante.

ix. Improcedencia de la acción de tutela cuando es presentada sin haber solicitado previamente servicios de salud a la E. P. S.

Según el artículo 86 de la Constitución, “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus

derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, para que haya lugar a que el juez constitucional decreta el amparo y, como consecuencia, emita órdenes precisas a la E. P. S., respecto de tratamientos, medicamentos o servicios, se requiere elementalmente constatar que se produjo una efectiva violación a un derecho fundamental o se está en presencia de un peligro de lesión. Esto resulta apenas obvio si se tiene en cuenta el sentido y el fin de la acción de tutela y que las órdenes del juez constitucional tienen la fuerza de la autoridad jurisdiccional, requerida por esencia solo cuando particulares o entidades públicas se han rehusado a cumplir sus obligaciones constitucionales o legales.

Conforme a estas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, sin desconocer el estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad de algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela, con base en una eventual negativa en la prestación del servicio por parte de la entidad, en razón que el juez solo podrá examinar la presunta vulneración si en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud en suministrar lo solicitado por el paciente. Entonces, si dicha negativa no existe, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental[58].

Por lo anterior, es siempre necesario acudir inicialmente ante la responsable de cumplir la obligación de brindar el servicio de salud y solo de darse la eventualidad de la renuencia a hacerlo efectivo, es posible que el usuario acuda ante el juez para que, previa determinación de que la prerrogativa fue lesionada, se ordene que sea garantizada de la manera más adecuada.

Como se dijo, no constituye excepción a lo anterior la mera sospecha o previsión del peticionario en el sentido de que los servicios serán negados por la E. P. S. o la urgencia en que aquél se halle. La tutela no deja de ser un mecanismo de defensa judicial residual que se activa únicamente frente aquello que la distingue: su carácter instrumental frente a la violación efectiva o el riesgo de vulneración de derechos fundamentales, ya sea por acción o por omisión del agente[59]. Considerar que la acción puede anticiparse a que tal cosa ocurra, desnaturalizaría sus rasgos y, sobre todo, su función constitucional.

x. Los casos concretos

1. Expediente T5156690

Jael Amorocho Cardozo, de 65 años, padece cuadriparesia secundaria, es decir, debilidad en las extremidades, y sufrió amputación de parte de su miembro inferior derecho, a causa de la polineuropatía diabética que lo aqueja. Dada su situación de discapacidad física, afirma que le es difícil recorrer largas y desplazarse en cortas distancias y no ha recibido ninguna ayuda técnica que le ofrezca estabilidad, comodidad y condiciones dignas de vida. Por lo anterior, presenta acción de tutela contra Comfamiliar E. P. S., a la que se encuentra afiliado en el régimen subsidiado, y contra la Secretaría Departamental de Salud del Huila. Solicita que se ordenen autorizaciones y asignaciones de citas de fisioterapia, se entreguen medicamentos, una silla de ruedas y una prótesis, se le exonere de copagos y le sea proporcionado tratamiento médico integral.

En la contestación a la acción de tutela, Comfamiliar E. P. S. argumenta que no existe orden médica que prescriba los servicios y productos pedidos y menos el tratamiento integral que demanda el actor y, además, que no se ha presentado ninguna petición respecto de tales prestaciones, de manera que la entidad «no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema». También afirma que los servicios reclamados corresponde proporcionarlos al Departamento del Huila, no a la E. P. S., por estar excluidos del P. O. S. del régimen subsidiado.

El actor no se pronunció respecto del oficio enviado por la Corte en el trámite de revisión ni tampoco allegó pruebas adicionales a las anexas al escrito de tutela. Sin embargo, en su historia clínica se indica como diagnóstico: «amputación traumática en algún nivel entre la rodilla y el tobillo», y en las «Indicaciones del paciente a la finalización» se expresa: «se certifica que el paciente tiene diabetes mellitus con complicaciones neurológicas periféricas secundarias a su patología – polineuropatía diabética- lo que ocasionó una amputación transtibial derecha, actualmente deambula con muletas, requiere de prótesis para ayudar en la locomoción del paciente ya que por su secuela –amputación- tiene una deficiencia de una extremidad inferior derecha y una limitación en la participación por la alteración en la locomoción». Así mismo, en el análisis se manifiesta: «se prescribe prótesis para amputado transtibial derecho con socket PTB y funda de silicona, suspensión supracondilea,

endoesquelética, componente tibial en aluminio, pie sureflex». La historia clínica aparece suscrita por la profesional Martha Cecilia Hernández Ortiz.

Conforme lo anterior, está demostrado que el demandante sufrió la amputación de parte de su extremidad inferior derecha, a raíz de complicaciones específicas de la diabetes, lo cual le altera ostensiblemente la capacidad de locomoción, en razón, además, de la cuadriparesia que también lo aqueja. Se encuentra probado, de igual manera, que la médica tratante no solo le ordenó una prótesis que le facilite el movimiento, sino que, además, especificó las características que la misma debía poseer, según las condiciones del paciente, lo que hace más clara la prescripción. Así, señaló que debía tener «socket PTB y funda de silicona, suspensión supracondilea, endoesquelética, componente tibial en aluminio y pie sureflex».

La E. P. S. sostiene que no existe orden de un profesional de la salud adscrito a la Entidad, respecto del suministro de «silla de ruedas - ayudas técnicas». El actor genéricamente pide «los (sic) medicamentos insumo, ayudas técnicas como silla de ruedas, prótesis, ordenados por los médicos tratantes...». De su afirmación puede fácilmente inferirse que requiere una ayuda técnica que alivie su condición de discapacidad, pero no que necesariamente sea una silla de ruedas, como parece entenderlo el representante de la demandada, sino aquella herramienta prescrita por el galeno tratante, con arreglo a la situación del paciente. Pero aún más, la accionada no repara en que el usuario también menciona como ayuda técnica la prótesis y que esta precisamente fue prescrita por la profesional de la salud, como quedó visto antes. Esto quiere decir que, si bien el médico tratante no había ordenado una silla de ruedas para el peticionario, el objeto de la pretensión genérica del actor había sido ya ordenado por la el médico tratante, contrario a lo que afirma la accionada.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 62 de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Protección Social, sobre las ayudas técnicas, las «[p]rótesis ortopédicas externas (exoprótesis) para miembros inferiores y superiores, incluyendo su adaptación, así como el recambio por razones de desgaste normal, crecimiento o modificaciones morfológicas del paciente, cuando así lo determine el profesional tratante» (letra b), se hallan expresamente cubiertas por el P. O. S. Por consiguiente, en este asunto, la prótesis ordenada por el médico tratante al accionante, que tiene las características mencionadas en el citado artículo, debe

serle proporcionada por Comfamiliar E. P. S.

En lo relativo a la exención de copagos solicitada por el accionante, este no pertenece a ninguno de los grupos acreedores de tal prerrogativa, a la luz del Acuerdo 365 de 2007, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Con todo, según se advirtió, es posible que el individuo no se identifique con los grupos poblacionales mencionados en la norma y, sin embargo, atraviese por una situación de precariedad económica tal que le sea materialmente imposible asumir los copagos, evento el cual puede ser eximido de sufragarlos.

En este asunto, al expediente fue allegada copia del carnet de afiliación del peticionario al régimen subsidiado en salud, nivel 2, y un documento que acredita su condición de discapacidad, del Programa de Protección Social al Adulto Mayor, iniciativa de asistencia social estatal que busca tutelar y asegurar condiciones mínimas de subsistencia a personas de la tercera edad que, especialmente, se encuentren en estado de indigencia o de extrema pobreza, en imposibilidad de generar ingresos, todo lo cual lleva a inferir que el peticionario no cuenta en realidad con los recursos suficientes o la comodidad económica para hacerse cargo del costo en mención. De otro modo, si Comfamiliar E. P. S. le impone a Jael Amorocho la realización de tales desembolsos, aunque menores, para brindarle la atención requerida, es probable que le impida que sus dolencias y afecciones sean tratadas oportunamente y ponga en riesgo sus derechos a la salud, a la vida y la subsistencia en condiciones dignas.

Como se advirtió en los fundamentos jurídicos, carecer de los medios económicos para cumplir con los copagos puede significar una barrera para el acceso efectivo al servicio de salud, aun en el régimen subsidiado, por lo cual esos potenciales obstáculos deben ser removidos para garantizar de manera efectiva el servicio. Esto se vuelve aún más imperioso en el caso del actor, en quien concurren tres diferentes condiciones que lo ubican en el grupo de sujetos de especial protección constitucional, pues no solo se halla en situación de discapacidad física y es adulto mayor sino que es padre cabeza de familia, conforme el registro de afiliados al Sistema de Seguridad Social, del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud – FOSYGA, disponible en su página web (<http://www.fosyga.gov.co/>). De ahí que surja un deber reforzado del Estado de protección y asistencia con el demandante, que le asegure su acceso óptimo a consultas, ayudas técnicas, medicamentos y tratamientos en

general.

Ahora bien, la accionada expresa que en sus archivos no encontró solicitud alguna del accionante respecto de las ayudas técnicas. El accionante tampoco allegó con la acción de tutela, ni en respuesta al oficio remitido por la Corte, constancia de que haya presentado una petición a la E. P. S. y le hayan sido negadas las prestaciones que ahora reclama en la demanda de amparo. Como se advirtió atrás, el juez constitucional no puede declarar que se ha menoscabado un derecho fundamental prestacional que nunca se solicitó a la E. P. S. satisfacer y la acción de tutela no procede, dado su carácter subsidiario y por razones de debido proceso, para ordenar a autoridades o particulares cumplir obligaciones que inicialmente no se pidieron hacer efectivas. Como autoridad con poder jurisdiccional, el juez constitucional solo le es dable determinar la violación de derechos de carácter prestacional y, en especial, de aquellos cuya obligación de garantía recae en las E. P. S., cuando el ciudadano ha solicitado previamente su satisfacción y obtuvo respuesta negativa, y solo puede emitir órdenes tendientes a detener la vulneración en cuestión en aquellos casos en que esta ha sido debidamente verificada.

En el presente asunto, no hay seguridad de que Jael Amorocho Cardozo haya solicitado a la E. P. S. los servicios que pide en la acción. No obstante, es innegable que la orden de la prótesis para su extremidad inferior fue debidamente emitida por el médico tratante, según la historia clínica, en agosto de 2013 y, sin embargo, al momento de formular la acción, el 29 de mayo de 2015, todavía no disponía de ella, según da a entender en la demanda de amparo. Respecto de la exención de copagos, también se desconoce si el actor había elevado solicitud en tal sentido a la E. P. S.

Dadas las anteriores circunstancias, pese a que la Corte no puede declarar que Comfamiliar E. P. S. lesionó los derechos fundamentales del peticionario y debe confirmar la improcedencia de la acción por las razones anotadas, en virtud del papel que aquella desempeña en la protección y vigencia de los derechos fundamentales y de que se constató que, contrario a lo afirmado por la accionada, existe orden médica precisa respecto de la prótesis requerida por el peticionario y, por otro lado, hay lugar a la exención de copagos para acceder a los servicios de salud, se prevendrá a la Entidad para que, una vez, realizadas las correspondientes solicitudes por Jael Amorocho Cardozo, sin dilaciones satisfaga las antedichas prestaciones, a las que tiene derecho.

Alicia Esther Jadid Céspedes dice presentar la acción de tutela a nombre propio y de su madre, María Alicia Céspedes de Jadid, actualmente con 80 años y enfermedad de alzhéimer, para lo cual allega un «poder especial amplio y suficiente», otorgado por la ascendiente.

Según se indicó, la acción de tutela puede ser formulada por la persona que sufre la violación de sus derechos fundamentales; así mismo, a través de representante legal, cuando el afectado es menor de edad, incapaz, ha sido declarado interdicto o es una persona jurídica; mediante apoderado, en cuyo caso éste debe ser abogado y acreditarlo; y por medio de un agente oficioso, quien actúa en representación de la persona que no se halla en posibilidad física, psíquica, o de cualquier otro tipo para demandar la protección de sus derechos.

Habida cuenta de que Alicia Esther Jadid Céspedes no acreditó título profesional de abogada, no puede considerarse que actúa en calidad de representante judicial de su progenitora. Sin embargo, las manifestaciones vertidas en el denominado «poder especial» y lo indicado en la demanda de tutela permiten afirmar que se configura la agencia oficiosa de la hija respecto de los derechos de la ascendiente. Esta figura, como se dijo atrás, requiere que el agente manifieste actuar de tal forma y el titular de los derechos presuntamente conculcados no esté en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa, elementos que son satisfechos en este caso.

En el escrito mediante el cual invoca el amparo constitucional, obviamente Alicia Esther no afirma de manera literal actuar «como agente oficiosa» pues creyó poderlo hacer como apoderada y dice actuar en razón del denominado «poder especial». Con todo, lo que cuenta es que manifiesta dirigirse al juez de tutela en representación de su madre y para la gestión de sus intereses, respecto de su situación de salud. Y, en segundo lugar, es evidente que la representada no se halla en condiciones psíquicas ni físicas para demandar la protección requerida, pues según afirma la hija y lo señalan las pruebas, padece Alzheimer avanzado, fallos de memoria episódica reciente y alteración funcional, que le han causado afectación cognitiva y dependencia en sus actividades básicas e instrumentales.

Puede, en consecuencia, estimarse que se encuentra satisfecha la debida representación de

los derechos de María Alicia Céspedes de Jadid y, por lo tanto, la legitimación en la causa por activa, como agente oficiosa, de Alicia Esther Jadid Céspedes. Por su parte, esta última interpone la acción también a nombre propio, por lo que se halla directamente legitimada para actuar. En lo que hace relación a otros requisitos de procedibilidad del amparo, la E. P. S negó los servicios solicitados mediante comunicación de 20 de febrero de 2015 y la acción de tutela fue interpuesta el 17 de junio siguiente, es decir, luego de un lapso razonable que permite predicar la existencia de inmediatez entre el acto que dio inicio a la presunta lesión de los derechos de la actora y la demanda de protección judicial, máxime que la vulneración no habría cesado, pues la entidad no ha dispuesto la satisfacción definitiva de las solicitudes de las demandantes. Y en lo relativo a la exigencia de la utilización subsidiaria de la acción de tutela, es claro que las actoras no cuentan con un mecanismo diferente de defensa judicial, a través del cual puedan demandar el amparo de sus derechos. La Sala estima, de este modo, que están cumplidos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela y procederá al análisis de mérito.

Como se indicó, María Alicia Céspedes de Jadid se halla afectada por la enfermedad de Alzheimer avanzado, la cual le ha ocasionado afectación a sus facultades cognitivas e incapacidad permanente para valerse por sí misma y realizar sus actividades diarias más básicas como ubicarse en la casa o en el barrio, reconocer a allegados, realizarse su aseo personal, alimentarse, satisfacer sus necesidades fisiológicas, etcétera. Según la historia clínica, de 26 de diciembre de 2015, por la misma causa padece de ansiedad, depresión, síntomas psicóticos y desorientación temporo-espacial, alucinaciones visuales complejas e ideas delirantes paranoides; tiene conductas de agresividad verbal y, hace cinco años, agresividad física, conductas perseverativas y compulsivas.

Dada la anterior situación, la paciente requiere atención y cuidado permanente por otra persona, labor que ha asumido prácticamente de tiempo completo Alicia Esther Jadid Céspedes, su hija y agente oficiosa, quien además procura los recursos económicos necesarios para la alimentación de las dos, el arriendo del apartamento que habitan y los gastos de salud de la progenitora, como pañales y suplementos nutricionales, pues esta no percibe ingresos económicos, según las afirmaciones de la descendiente, no controvertidas por la E. P. S.

La agente oficiosa afirma que el dinero que obtiene proviene de honorarios ocasionalmente

devengados como cocinera en eventos, actividad que, sin embargo, ha debido suspender al verse en la obligación de dedicarse de tiempo completo a cuidar a su mamá, hecho que le ha comenzado a traer problemas económicos y emocionales. Dice que no solo se ha encontrado en aprietos para subvencionar lo elemental que demanda el hogar y la progenitora sino que, además, ha sufrido desgaste físico y mental, por la angustia y preocupación que la situación le genera. Así mismo, según afirma y lo corrobora su historia clínica, ha comenzado a padecer el «síndrome de fatiga del cuidador» y «depresión secundaria», con un riesgo emocional alto, por lo cual el galeno le recomendó cuidador particular para la madre.

Por lo anterior, presentó acción de tutela a nombre propio y de la agenciada, mediante la cual solicita que se ordene a la E. P. S. el servicio de una persona, de tiempo completo o por lo menos parcial, que se encargue de colaborar con el cuidado de la paciente, con el fin de que ella pueda vincularse de nuevo en el ámbito laboral y generar los recursos para la subsistencia del hogar. Así mismo, pide que se ordene suministro de pañales y del suplemento nutricional Ensure para la madre, requeridos por su condición. Sanitas E. P. S. ha negado las tres pretensiones con el argumento de que se trata de servicios no contemplados en el P. O. S. ni ordenados por el médico tratante, pues la adulta mayor requeriría el servicio de cuidador a domicilio, no de enfermería, el cual, así como los pañales y el Ensure, se encuentran excluidos de aquello que la Entidad está obligada a proporcionar.

Como primera cuestión, con relación a la solicitud de cuidador domiciliario, debe ponerse de manifiesto que el derecho a la salud se rige por el principio de integralidad, en virtud del cual se entiende que aquél no solo comprende la asistencia farmacológica e intrahospitalaria, sino todas las prestaciones requeridas para que una persona se recupere, sea reestablecida en su salud o le sean mitigadas sus dolencias y pueda sobrellevar la patología que sufre en condiciones dignas[60].

Según la jurisprudencia constitucional expuesta líneas atrás, el primer elemento para determinar si la obligación de brindar el cuidado a una persona en estado de salud incapacitante permanece en la familia y no se traslada a la E. P. S., consiste en que se tenga la certeza de que la persona dependiente solo requiere alguien que se ocupe de brindarle de cuidado y asistencia en sus actividades básicas cotidianas. En el presente

asunto, a partir de la historia clínica es claro, por una parte, que María Alicia Céspedes de Jadid no necesita administración de líquidos o medicamentos endovenosos y, en general, soporte médico o técnico en el día a día de su enfermedad, lo cual descarta que necesite un servicio como el de enfermería. En cambio, dado el estado avanzado del Alzheimer, que ha comprometido de manera importante las funciones básicas y la independencia de la agenciada, de tal manera que no puede satisfacer sus necesidades fisiológicas, realizarse aseo personal ni tampoco alimentarse por sí misma, la paciente precisa de un cuidador que le proporcione ayuda y colaboración en todas esas actividades que, por su condición, ya no puede llevar a cabo autónomamente. Esta es la actividad que precisamente ha venido desempeñando la hija por varios años.

El siguiente aspecto que debe establecerse para determinarse si la labor de cuidado debe continuar en cabeza de la familia consiste en que aquella no sea una carga insostenible de llevar para los parientes de la asistida[61]. En otros términos, si el deber puede ser razonablemente asumido por los seres queridos más cercanos de la paciente. En este caso, los elementos probatorios muestran que la única hija con que la paciente cuenta en el país es Alicia Esther Jadid Céspedes, para quien, sin embargo, el cuidado permanente y constante de su madre por más de cinco años no solo ha sido demasiado difícil de sobrellevar sino que le ha ocasionado afectaciones reales, a nivel mental y emocional. A este respecto, su médico le diagnosticó: «paciente con fatiga del cuidador y estadio depresivo secundario... con riesgo emocional alto... a cargo de la mamá quien presenta demencia tipo Alzheimer estadio avanzado».

Pero además de los efectos en la salud psicológica de la agente oficiosa, el cuidado cada vez más continuo que demanda la enfermedad de su madre le ha impedido ocuparse laboralmente y, así, proveer de forma sostenida los recursos necesarios para el sostenimiento de las dos, los gastos básicos de manutención del hogar y los productos que se requieren para sobrellevar las consecuencias de la patología. Esto implica que el mínimo vital de agenciada y agente oficiosa podría estar en riesgo si aquella se ve imposibilitada para trabajar y suplir la manutención de ambas.

Todas las circunstancias muestran con suficiente claridad que el extenuante cuidado que implica la enfermedad de la agenciada no puede ser asumido en este momento por la única hija que ha velado por ella durante varios años, por las afectaciones psicológicas que le ha

causado su casi completa dedicación y que pueden agravarse con el paso del tiempo; y, adicionalmente, porque el Alzheimer, dado su carácter degenerativo, se ha acentuado, como muestra la historia clínica, y con el paso del tiempo demanda un cuidado cada vez más permanente, lo que podría suprimir definitivamente los espacios laborales ya recortados de la agente oficiosa y, con ello, la posibilidad de subsistencia digna del hogar.

Por otra parte, precisamente en razón de la situación descrita, tampoco la hija se halla con la capacidad económica de pagar los servicios particulares de un cuidador. En sus respuestas enviadas a la Corte, manifestó que su madre no tiene ninguna clase de ingresos y que ella desarrolla de manera muy «circunstancial y eventual» labores de cocinera, con lo cual obtiene aproximadamente \$400.000, que junto con la esporádica colaboración económica de algunos familiares, le sirve para solventar los gastos mensuales de las dos. Aclara que, sin embargo, esto último no es todo el tiempo «ya que la gente se cansa», y, por ello, en ocasiones tiene dificultades para sufragar facturas de servicios públicos y comprar la comida.

La información anterior, no desvirtuada por la E. P. S. en el término de traslado de las pruebas, demuestra así que los familiares más cercanos de María Alicia Céspedes de Jadid, en este caso, su hija, no se halla en posibilidad razonable de continuar asumiendo su cuidado, por las consecuencias anotadas que esto acarrearía. Debe agregarse que el servicio de cuidador generalmente no es prescrito por el médico tratante de la paciente, puesto que, como se ha señalado, el deber de prestar esa asistencia es inicialmente de la familia, de modo que la orden de su suministro no depende tanto del estado del paciente sino de las posibilidades que tenga el entorno familiar de concurrir a cumplir con ese deber. Y precisamente en este caso, se cuenta con el diagnóstico de «fatiga del cuidador», «depresión secundaria» y «riesgo emocional alto» realizado a la agente oficiosa, en el cual el galeno tratante expresa: «se da recomendación médica de más red de apoyo familiar. Se recomienda cuidador especial particular para la mamá».

En este orden de ideas, puesto que la descendiente de la paciente con Alzheimer no cuenta con la capacidad física y económica para brindarle el cuidado que aquella requiere y, además se tiene la prescripción médica que recomienda proporcionar un cuidador especial para la progenitora a fin de prevenir la salud mental de quien hasta ahora se ha encargado

de ella, la Sala considera que la obligación de proporcionar el servicio de cuidador domiciliario se traslada a la E. P. S., la cual, al omitir hacerlo, ha vulnerado y puesto en riesgo de lesión derechos fundamentales de la agenciada y su hija a la salud, a la vida y al mínimo vital. En consecuencia, se ordenará a la entidad suministrar este servicio, en turnos diarios de doce horas, que se estima una jornada diaria razonable para que la hija pueda salir de su hogar, desempeñarse en una jornada de trabajo y regresar al hogar para hacerse cargo de la madre.

En lo que hace relación a los pañales y al suplemento nutricional solicitado para María Alicia Céspedes de Jadid, se allegaron órdenes médicas del cirujano urólogo Alberto Guerra Garzón y de la nutricionista dietista Ana Bertilda Méndez Correa, al parecer no adscritos a la E. P. S. Sanitas. La primera indica: «paciente de 80 años con «incontinencia urinaria... cistitis de repetición...se recomienda aseo permanente y cambio de pañal...» y la segunda expresa: «paciente de 80 años con déficit en reserva de tejido graso y muscular... indispensable complemento nutricional para recuperación nutricional y evitar comorbilidad». Y en la misma fórmula se prescribe: «Ensure advance lata en polvo por 400 gr. # 4 al mes, 12 latas de 400 grs. para 3 meses».

Conforme se puso de presente en la motivación de este fallo, el hecho de que la fórmula médica no sea expedida por un galeno que trabaje para la E. P. S. no desdice del rigor científico de su diagnóstico y de la medicina que prescriba. Solo opiniones, así mismo, en el campo de la medicina podrían desvirtuar la pertinencia de un determinado tratamiento o medicamento recomendado. De modo que dicha circunstancia no podría ser suficiente razón para negar el servicio o producto de salud requerido por el peticionario, especialmente cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, como en este caso, que es una persona de la tercera edad y con graves afecciones físicas y psíquicas, cuya salud y vida digna dependen de tales prestaciones.

Respecto de los pañales, se tiene además certeza de su necesidad pues la agenciada padece incontinencia urinaria y cistitis. No se requieren aquí conocimientos demasiado especializados para determinar que, efectivamente, no solo las condiciones de salubridad sino la salud misma y la vida digna de la actora dependen del suministro de este producto. El Ensure, a su vez, permite compensar en alguna medida los problemas nutricionales que se desprenden de la enfermedad, según se infiere de la prescripción médica allegada al

proceso, de manera que su suspensión puede ocasionar perjuicios a la salud y la vida de la agenciada.

En lo relativo a la posibilidad de otro elemento del P. O. S. que, con la misma efectividad, reemplace los mencionados productos, la Corte ha considerado que los pañales, al tratarse de un suministro de aseo, «no cuentan con ninguna clase de sustituto que se encuentre cubierto por el sistema de salud y que contribuya al efectivo goce de una vida en condiciones dignas del paciente»[62]. Respecto del Ensure, mientras que la orden médica lo prescribe, no se tiene conocimiento ni la demandada puso de manifestó en el trámite de la tutela que exista, a partir de dictámenes científicos, otro medicamento con la capacidad para sustituirlo con similares efectos.

Por último, por las razones ampliamente anotadas atrás, es evidente que ni la agenciada ni su descendiente cuentan con los recursos suficientes para proveerse tampoco estos elementos, precisamente por la precaria situación que se encuentran atravesando. En la respuesta al cuestionario remitido por la Corte, la agente oficiosa informa que los pocos ingresos que logra conseguir a partir de su trabajo esporádico y la generosidad de algunos parientes le alcanzan para la comida, los servicios públicos y gastos básicos en general, pero que en muchas situaciones se ve en dificultades económicas para cubrir todos los gastos de manutención, hechos que la E. P. S. en ningún momento intentó siquiera poner en duda.

En este orden de ideas, al no proporcionar los pañales ni el complemento nutricional, además del servicio de cuidador domiciliario, E. P. S. Sanitas conculcó los derechos fundamentales a la salud y vida digna de María Alicia Céspedes de Jadid y de su hija, quien ha tenido que resistir las consecuencias de la conducta omisiva de la entidad. Por lo cual, en aras de procurar el restablecimiento y vigencia de aquellos, además del servicio de cuidador a domicilio, se ordenará a la accionada que suministre a la agenciada, en la forma, cantidad, especificidades indicadas en las respectivas prescripciones médicas y de modo indefinido, el complemento nutricional Ensure y los pañales.

Debe señalarse que, en todo caso, si la demandada advierte que en algún momento posterior, Alicia Esther Jadid Céspedes mejora su situación económica de tal manera que se halle en posibilidad real de subvencionar uno o varios de los costos que implican las

prestaciones que se ordenan en este fallo, podrá solicitar al Juzgado Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá o al despacho que haga sus veces en el seguimiento a las órdenes emitidas, que otorgue la respectiva autorización para dejar de proporcionarlas, previa y estricta verificación de las posibilidades financieras de quien funge aquí como agente oficiosa.

Expediente T-5169399

Martha Lilia Duque de Duque, de 85 años, sufrió amputación supracondilea de su miembro inferior derecho en febrero de 2015. Dice que por esta condición, aunada a que debe utilizar un dispositivo con oxígeno, está obligada a permanecer la mayoría del día en su cama, por lo que requiere pañal para realizar sus necesidades fisiológicas. Del mismo modo, sostiene que necesita silla de ruedas, prótesis y que le han ordenado varias terapias pero, a raíz de su escasez de recursos, no ha tenido la posibilidad de procurarse las ayudas técnicas, los pañales, ni el transporte en taxi para concurrir a las citas médicas. Sura E. P. S. ha negado el suministro de pañales y el servicio de transporte por estar excluidos del P. O. S. y no existir prescripción médica que los ordene, por lo cual la paciente interpuso acción de tutela contra la Entidad, en la que solicita que se ordene la entrega de 120 pañales grandes indefinidamente, servicio de transporte para terapias, además de silla de ruedas y prótesis al momento en que el médico lo solicite, así como tratamiento integral a sus padecimientos.

Como cuestión inicial, debe determinarse la concurrencia de los requisitos básicos de procedibilidad de la acción. La presunta afectada de la lesión de los derechos fundamentales formula la petición de amparo a nombre propio y, por lo tanto, se encuentra verificada la legitimación en la causa por activa. En lo que concierne a la inmediatez, Sura E. P. S. negó los servicios solicitados mediante oficio de 13 de marzo de 2015 y la acción de tutela fue interpuesta el 9 de junio siguiente, es decir, luego de menos de tres meses, lapso que se estima razonable y permite predicar el requisito en cuestión entre la actuación que dio lugar a la supuesta vulneración y la solicitud de protección judicial. Y en lo que tiene que ver con la utilización subsidiaria de la acción, es claro que la actora no cuenta con un mecanismo diferente de defensa judicial, a través del cual pueda demandar el amparo de sus derechos. De este modo, la Sala estima cumplidos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela interpuesta y procederá con el examen de fondo.

Por la situación de discapacidad en que se encuentra la actora, al carecer de parte de su extremidad inferior derecha, dice que requiere pañales, servicio de transporte para terapias, silla de ruedas y prótesis al momento en que el médico lo solicite, así como el tratamiento integral derivado de su condición. Sura E. P. S. negó el suministro de pañales y del servicio de transporte.

Debe analizarse, en primer lugar, la petición de la actora, consistente en que se le entregue una silla de ruedas y prótesis «al momento en que el médico lo solicite». Tal como se indicó en el primer expediente analizado, el juez de tutela solo puede emitir órdenes en aquellos eventos que ha constatado que las autoridades o particulares han rehusado satisfacer un derecho fundamental cuya prestación ha sido solicitada por el ciudadano, y con el objeto de detener la lesión o conjurar el peligro de su vulneración; cabría agregar, así mismo, siempre que la prestación solicitada ha sido ordenada por el respectivo médico tratante, si se trata de una de aquellas como las formuladas por a paciente en este caso.

Puesto que la accionante solo ha solicitado a la E. P. S. que le entreguen pañales y el servicio de transporte, no herramientas técnicas, y, además, no cuenta con la orden del respectivo profesional de la salud, como aquella indirectamente lo admite, no ha tenido lugar una violación de un derecho fundamental en cuanto al suministro de tales instrumentos y tampoco puede la la Corte en este momento impartir orden alguna en el sentido de que se los proporcionen. Con todo, es innegable que se torna urgente la atención médica de la peticionaria, precisamente, a fin de establecer qué tipo de ayudas técnicas, tratamientos y terapias requiere, pues, al parecer, la misma no le ha sido brindada con continuidad. En la comunicación allegada a la Corporación, la actora puso de presente: «... el ortopedista no me ha visto desde hace 8 meses, no se dio cita de fisioterapia para colocar el vendaje en el (sic) moñón y menos se me ha ordenado la prótesis, a pesar de haber llamado muchas oportunidades a pedir la cita para esta especialidad... a la fecha no (sic) asignado citas de fisioterapia».

Como se observa que ha existido una posible dilación en la asignación de las citas médicas, requeridas por la peticionaria para que sean evaluadas sus condiciones actuales de salud y su discapacidad, tendientes a determinar todo aquello que requiere, en términos de medicamentos, tratamientos, herramientas técnicas, exámenes, terapias y demás procedimientos ligados a la asistencia en salud, en procura de mejorar su bienestar y sus

circunstancias actuales se ordenará a Sura E. P. S. que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, asigne y autorice citas para Martha Lilia Duque de Duque, con los especialistas respectivos, a fin de que le brinden toda la asistencia, tratamientos y procedimientos requeridos por ella en razón de su situación de discapacidad física y, en particular, determinen la ayuda técnica que se le prescribirá, de acuerdo con su situación particular.

En relación con los pañales desechables solicitados, como elemento excluido del P. O. S., debe examinarse si se satisfacen los presupuestos para ser ordenados. En primer lugar, es necesario determinar si la falta de estos se traduciría en la violación de derechos fundamentales de la demandante. La actora es sujeto de especial protección constitucional debido a su edad y condición de discapacidad. Es claro que su movilidad se encuentra limitada y no dispone de mecanismos o instrumentos técnicos que le permitan mejorar en algo la situación y desplazarse fácilmente, incluso a cortas distancias, por ejemplo, en la casa. Estas circunstancias le impiden, en ostensible desigualdad con relación a la mayoría de la población, que pueda contar con mínimos para subsistir dignamente, máxime cuando, además, según afirma, no ha podido obtener citas de fisioterapia, cuyo propósito es lograr que se adapte y pueda sobrellevar la carencia de su pierna derecha.

Lo anterior aunado a su avanzada edad, a los dolores musculares que dice percibir, la presión arterial que la aqueja y la necesidad de permanecer con un cilindro de oxígeno en su cama hacen de la utilización de pañales desechables una necesidad, para que pueda realizar sus necesidades fisiológicas sin tener que recurrir a esfuerzos que serían extremadamente agotantes y exhaustivos, dada su condición. En otras palabras, del empleo permanente del producto depende que la demandante no tenga que acudir a maniobras incompatibles con su dignidad para el normal desarrollo de dichas funciones orgánicas. La carencia del mismo, correlativamente, pondría en riesgo de menoscabar su derecho a tener una existencia en condiciones aceptables.

En segundo lugar, como se sostuvo en el análisis del caso anterior, al ser un utensilio de aseo, los pañales no cuentan con otro producto equivalente en el P. O. S., que cumpla la misma función, proporcione idéntica comodidad y pueda, por ende, reemplazarlos. En tercer lugar, pese a que se trata de un elemento que no le ha sido ordenado a la actora por el médico tratante, no se precisa de criterios técnicos para determinar que es requerido por

ella, puesto que es la condición de discapacidad física a que se ha hecho referencia -que impide la locomoción y el movimiento equilibrado y con destreza del cuerpo- y lo que ello implicaría para la realización de sus necesidades fisiológicas, de donde surge de modo evidente la necesidad de los mismos.

Por último, con relación a las posibilidades económicas de la demandante o su hija para sufragar el costo de los pañales, aquella afirma que recibe \$500.000 como renta de un local de su propiedad, que utiliza para solventar los gastos de alimentación, pago de servicios públicos y vestuario. Sostiene que es la hija quien, con el producto del trabajo en manualidades y confección de costuras le ayuda con el pago de pañales, guantes, cremas y lo relacionado con el transporte, gastos para cuyo cubrimiento, sin embargo, a veces debe recurrir a préstamos.

Puesto que la descendiente de la peticionaria se encarga de su cuidado, se infiere que el trabajo que lleva a cabo como costurera, del cual recibe algunos ingresos con los que colabora para el sostenimiento de lo que demanda la discapacidad de su madre, es desarrollado en la casa, probablemente de manera independiente y esporádica. Por lo mismo, se puede prever que no se trata de una labor que asegure la continuidad de los ingresos y permita garantizar el suministro constante y permanente de los pañales. Esto mismo da a entender la accionante en una de las respuestas al cuestionario de la Corte, al decir que requieren tomar préstamos para sufragar los gastos que implica sobrellevar la enfermedad, lo cual ocurre, según se puede entender, en algunas ocasiones. La escasa renta que recibe la demandante, que no asciende ni siquiera al salario mínimo legal mensual vigente, por su parte, se estima como básica para el sostenimiento y manutención de ella y los gastos del hogar.

En las anteriores condiciones, que no ha sido puestas en duda por la E. P. S., no se observa que exista un soporte económico suficiente en la familia de la peticionaria para predicar que se encuentra en posibilidades reales de proporcionar el producto que necesita la actora, por lo que la Sala ordenará a la E. P. S. que le suministre a su afiliada 120 pañales mensuales para adulto, talla grande, de forma ininterrumpida. Este suministro tendrá que mantenerse hasta tanto la actora reciba y tenga disponible para su uso una herramienta técnica prescrita por el médico tratante, que le permita la movilidad y realizar de forma ordinaria y efectiva sus necesidades fisiológicas, si esto último es dictaminado por el

profesional de la salud, o, en todo caso, hasta tanto no desaparezcan las circunstancias actuales, o análogas a estas, que le dificulten llevar a cabo las mencionadas funciones orgánicas de una manera acorde con su dignidad.

Por lo que corresponde al servicio de transporte de ida y vuelta para que la paciente pueda concurrir a las citas médicas, como se indicó, dada la difícil situación económica del hogar, así como los pañales, el pago del transporte se torna en una carga que ni la afectada ni su hija se encuentran en posibilidad de asumir. Los pocos ingresos que reciben son utilizados para la manutención de los gastos básicos de la casa y dichos costos de transporte exceden, con toda probabilidad, su disminuido presupuesto. Esto se ve acentuado por el hecho de que en la actualidad la peticionaria no cuenta con ninguna ayuda técnica para su discapacidad, por lo cual, requerirá generalmente ser movilizada a través de servicio de transporte público en vehículo taxi, el cual, como se sabe, es más costoso que cualquier otro medio.

Considerado lo anterior, si se le obliga a la peticionaria o su hija a hacerse cargo del pago de ese gasto, en la práctica puede significar la negación del acceso al servicio de salud, en aquellas ocasiones en que no cuenten con los recursos para costear el desplazamiento. Esto, de hecho, es lo que ha ocurrido en ciertas oportunidades según la peticionaria: «[L]a E. P. S. Sura no me ha proporcionado... servicio de transporte para acudir a las citas, dejando de asistir a algunas que he tenido por ser difícil el traslado ya que debe haber 2 o más personas que me hagan el traslado, pues mi hija no lo puede hacer». Lo anterior muestra que si el costo del transporte para que la usuaria pueda asistir a las consultas no es subsidiado, se le lesiona sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. La rehabilitación, los tratamientos y las ayudas técnicas que demandan su condición de discapacidad y que son necesarios a fin de que la paciente pueda tener asegurada una calidad de vida digna, depende de que pueda comparecer puntualmente a sus citas con el médico general, los especialistas y otros expertos adscritos a la E. P. S. encargados de asistirla.

Atendidas las anteriores circunstancias, la Sala ordenará a la E. P. S. que sufrague los costos de transporte para la actora, ida y vuelta, desde su casa hasta el lugar en que se le vaya a atender por cualquier profesional de la salud adscrito a la Entidad. Así mismo, como la paciente es completamente dependiente de otra persona que le preste un soporte físico en

su desplazamiento, le garantice la realización de sus funciones cotidianas y vele por su integridad mientras es movilizad, la E. P. S. también deberá asumir los costos de transporte del acompañante de la paciente cuando se dirija a sus consultas. La E. P. S. tendrá la obligación de asumir el valor del desplazamiento en servicio público de taxi, en consideración a la discapacidad física de la peticionaria.

El transporte deberá ser suministrado por la E. P. S., de manera ininterrumpida bajo las condiciones expuestas, salvo que la peticionaria haya recibido y pueda utilizar con destreza una herramienta técnica, que le permita utilizar otro medio de transporte público diferente al taxi, en cuyo caso la entidad podrá cambiar el medio que financia, previo concepto del médico tratante y autorización del Juzgado Sesenta y Seis Civil Municipal de Bogotá o el despacho que haga sus veces y realice seguimiento a las órdenes que se emitirán.

De otra parte, si Sura E. P. S. advierte con posterioridad que la peticionaria o su hija ven modificadas sus circunstancias económicas actuales de forma que se hallen en posibilidad material de asumir los pañales o el costo de transporte que se ordenarán, podrá dejar de suministrar una o la otra prestación, pero únicamente con autorización del mismo Despacho judicial mencionado, quien verificará de manera estricta las posibilidades financieras de la actora o su descendiente.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Segundo de Familia de Neiva (Neiva) que declaró improcedente la acción, dentro del expediente T-5156690, pero por las razones aquí expuestas. En consecuencia, LEVANTAR las medidas provisionales decretadas durante el presente trámite.

Segundo. INSTAR a Jael Amorocho Cardozo, identificado con cédula de ciudadanía 12 102 789, de Neiva (Huila) a que, si no lo ha hecho, solicite a Comfamiliar E. P. S. de Neiva, la prótesis de su extremidad inferior derecha prescrita por el médico tratante, para lo cual

deberá presentar la orden médica que posee, y la exoneración de copagos para acceder al servicio de salud. Se PREVIENE a la E. P. S. en mención, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, para que, no haberlo hecho, una vez el afiliado solicite las referidas prestaciones le sean concedidas sin dilaciones.

Tercero. REVOCAR las sentencias proferidas por los Juzgados Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá y Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, que negaron el amparo, dentro del expediente T-5161374. En consecuencia, conceder la tutela de los derechos fundamentales de María Alicia Céspedes de Jadid y Alicia Esther Jadid Céspedes.

Cuarto. ORDENAR a Sanitas E. P. S., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro del término perentorio de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre a María Alicia Céspedes de Jadid, identificada con cédula de ciudadanía 21 295 197, el servicio de cuidador a domicilio, en jornada de 12 horas diarias, a fin de que la atienda y asista en todas necesidades básicas, que no puede realizar debido a su enfermedad de alzheimer. Dentro del mismo término, deberá comenzar a suministrar a María Alicia Céspedes de Jadid pañales para adulto, ajustados a su talla, a razón de 120 por mes, así como el complemento nutricional Ensure Advance, libre de lactosa, Lata en Polvo, por 400 gramos, 4 por mes.

Sanitas E. P. S. deberá remitir al Juzgado Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá o al Despacho que haga sus veces y lleve a cabo el seguimiento de las órdenes, un informe acerca del cumplimiento de estas dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia. Frente al acatamiento de las mismas, no podrá oponer obstáculo administrativo alguno que conduzca a retrasar la prestación de los servicios ordenados. Se le pone de presente, además, que de no cumplir en el término indicado las órdenes dictadas, podrá iniciarse, aun de oficio, el correspondiente incidente de desacato.

Quinto. REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Sesenta y Seis Civil Municipal de Bogotá y Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, que negaron el amparo, dentro del expediente T-5169399. En consecuencia, conceder la tutela de los derechos fundamentales de Martha Lilia Duque de Duque.

Sexto. ORDENAR a Sura E. P. S., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro del término perentorio de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la

notificación de esta sentencia asigne y autorice a Martha Lilia Duque de Duque, identificada con cédula de ciudadanía 20 186 154 de Bogotá D. C, las citas que sean necesarias, con los especialistas requeridos en razón de su específica situación de discapacidad, a fin de recibir la asistencia, tratamientos y procedimientos correspondientes y, en particular, para que se determine y prescriba la ayuda técnica adecuada a sus circunstancias.

Dentro del mismo término, Sura E. P. S. deberá comenzar a suministrar a Martha Lilia Duque de Duque, pañales desechables para adulto, ajustados a su talla, en cantidad de 120 al mes. De la misma manera, se le ordena asumir el pago de servicio de transporte, de ida y vuelta, para la demandante y un acompañante, en servicio público de taxi, desde su casa hasta el lugar en que se le atienda por cualquier profesional de la salud adscrito a Sura E. P. S.

La misma E.P.S. deberá remitir al Juzgado Sesenta y Seis Civil Municipal de Bogotá o al Despacho que haga sus veces y lleve a cabo el seguimiento de las órdenes, un informe acerca del cumplimiento de estas dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia. Frente al acatamiento de las mismas, no podrá oponer clase alguna de obstáculo administrativo que conduzca a retrasar la prestación de los servicios ordenados. Se le pone de presente, además, que de no cumplir en el término indicado las órdenes dictadas podrá iniciarse, aun de oficio, el correspondiente incidente de desacato.

Séptimo. LÍBRENSE por Secretaría General de la Corte, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] En el expediente T-5161374, además de la persona de la tercera edad, también demanda su hija, quien no pertenece a este grupo poblacional. Sin embargo, los derechos de la descendiente, al parecer, se ven conculcados como efecto colateral de la presunta lesión de los derechos fundamentales de la progenitora.

[2] De acuerdo con la cédula de ciudadanía, nació el 29 de agosto de 1950.

[3] Según la historia clínica, nació el 24 de junio de 1935.

[4] De acuerdo con la cédula de ciudadanía, nació el 8 de enero de 1931.

[5] T-131 de 2015, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez; T-926 de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[6] Sentencia T-531 de 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[7] Sentencia T-703 de 2011, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio (A. V. Nilson Pinilla Pinilla).

[8] Sentencia T-926 de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[9] Ver Sentencias T-547 de 2014, M. P.: Luis Ernesto Vargas; T-744 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto; T-178 de 2008, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; T-770 de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto; T-1026 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-544 de 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[10] Sentencias T-056 de 2015, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez; T-597 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-454 de 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; T-566 de 2010, M. P.: M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-131 de 2015, M. P.: M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

[11] Sentencia T-210 de 2015, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; ver, además, las

sentencias T-491 de 1992, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-062 de 2006, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; T-976 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-560 de 1998, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[13] Sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[14] Sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, M. P.: Mauricio González Cuervo.

[15] T- 510 de 2015, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T- 510 de 2015. (S. P. V. Jorge Iván Palacio Palacio)

[16] Sentencia T-527 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; T-746 de 2009 y T-1060 de 2012, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[17] M. P. Jorge Iván Palacio.

[18] Sentencia T-518 de 2006, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[19] Sentencias T-830 de 2006, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; T-136 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; T-319 de 2003, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-133 de 2001, M. P.: Carlos Gaviria Díaz; T-122 de 2001, M. P.: Carlos Gaviria Díaz y T-079 de 2000, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

[20] Sentencia T-1060 de 2012, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[21] Sentencias T-678 de 2015, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-760 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[22] Sentencia T-210 de 2015, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[23] Sentencia T-255 de 2015, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[24] Reiterada en las Sentencias T-255 de 2015, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-501 de 2013. M. P.: Mauricio González Cuervo; T-464 de 2012, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio; T-225 de 2007, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[25] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[26] «Además, el fallo precisa que la falta de capacidad económica puede ser temporal o permanente y señala las reglas que deben ser tenidas en cuenta para determinar los casos en los que es viable excluir al afiliado de los pagos, para garantizar su derecho a la salud», fallo citado por la Sentencia T-678 de 2015, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[27] T- 678 de 2015, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[28] Respecto del suministro de pañales como servicio médico para garantizar la vida en condiciones dignas, pueden observarse, entre otras, las sentencias: T-023 de 2013, M. P.: Mauricio González Cuervo; T-039 de 2013, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio; T-383 de 2013, M. P.: María Victoria Calle Correa; T-500 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-549 de 2013, M. P.: María Victoria Calle Correa; T-922A de 2013, T-610 de 2013, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; T-680 de 2013, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-025 de 2014, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; T-152 de 2014, M. P.: Mauricio González Cuervo; T-216 de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa y T-401 de 2014, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Ver, además, Sentencias T-056 de 2015, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

[29] Sentencia T-056 de 2015, M. P.: Martha Victoria Sáchica.

[30] Sentencias T-664 de 2010, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, citada en la Sentencia T-500 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[31] «Las actividades de la vida diaria son aquellas actividades que realizamos diariamente o prácticamente a diario y que nos permiten el disfrute de una vida en condiciones de dignidad suficiente. // Incluyen la satisfacción de nuestras necesidades más básicas como la comida, el aseo y la comunicación con los demás y todo aquello que conforma el desenvolvimiento en el contexto que la persona habita”. Dentro de las actividades básicas de la vida diaria encontramos las siguientes: “vestirse, asearse, comer, uso del WC y control de esfínteres, desplazarse dentro del domicilio”. Y al interior de las actividades instrumentales las que a continuación se enuncian: “tomar la medicina, hablar por teléfono, desplazarse fuera del hogar y en medios de transporte, subir escalones, realizar actividades domésticas (limpiar, recoger, etc.), administrar el propio dinero, visitar al médico, realizar gestiones, comprar bienes necesarios y relacionarse con otras personas” (Gobierno de España., Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad., & Cruz Roja Española. SerCuidadora/SerCuidador. Guías de apoyo para personas cuidadoras. Recuperado el 06 de

marzo de 2014, de <http://www.sercuidador.org/Guias-apoyo-personas-cuidadoras-CRE/pdf/SerCuidadora-Guias-a-poyo-personas-cuidadoras-CruzRoja.pdf>)».

[32] «En el estudio adelantado por el Gobierno de España junto con la Cruz Roja Española (citado en el pie de página inmediatamente anterior), se precisó lo siguiente: “Los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia son aquellas personas (familiares o amigos) que prestan a una persona con dependencia los apoyos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y aquellas otras necesidades derivadas de su condición de dependencia. // Aunque todos los miembros de una familia pueden prestar los apoyos de forma que se reparte la carga y las responsabilidades, lo común es que exista la figura del Cuidador Principal: aquel miembro de la familia que se ocupa mayoritariamente del cuidado del familiar con dependencia, asumiendo un mayor grado de responsabilidad en los cuidados, en el tiempo y esfuerzo invertido y en la toma de decisiones».

[33] M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[34] M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[35] T-154 de 2014, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[36] Ibíd.

[37] T-782 de 2013 M. P.: Nilson Pinilla Pinilla. «En aquella ocasión se estudió el caso de una persona que se encontraba “postrada en cama”; allí, el mismo médico “reveló la diferencia entre los servicios de enfermería y de cuidador primario, afirmando que el paciente no tiene necesidades del primero, pues no se le aplican medicamentos intravenosos ni se le realizan procedimientos que requieran un profesional en esa materia. A la par, se verificó que el agenciado ha necesitado de enfermeros para procedimientos específicos, los cuales han sido autorizados por la EPS, en especial en virtud de su inscripción al programa de medicina domiciliaria “salud en casa”.

[38] Ver, entre otras, la Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, citada en el fallo T-210 de 2015, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[39] Sentencia T-760 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[40] Sentencia T-782 de 2013, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[41] Sentencia T-790 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.

[42] T- 210 de 2015, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[43] T-1060 de 2012, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[44] T-202 de 2008, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[45] En la Sentencia T-899 de 2002 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra), se ampararon los derechos a la salud y a la vida digna de una persona que sufría incontinencia urinaria a causa de una cirugía de próstata realizada por el ISS y se ordenó a la entidad demandada entregar los pañales, pese a que no aparecía prescripción de un médico adscrito a esa entidad, por la ostensible necesidad de esos implementos a fin de salvaguardar la dignidad humana. Providencia citada en Ibíd.

[46] T-210 de 2015, M. P.: M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[47] Por “copagos” debe entenderse como los aportes que tienen el propósito de financiar el sistema de salud y únicamente deben ser sufragados por los beneficiarios del sistema. Deben cancelarse por recibir los servicios contemplados en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004.

[48] Las cuotas moderadoras pretenden regular el uso del servicio de salud y estimular su buen uso, valores que deben ser cancelados por cotizantes y beneficiarios en forma indistinta como producto de recibir los servicios establecidos en el artículo 6 del Acuerdo 260 de 2004.

[49] Modificado por el Decreto 4877 de 2007.

[50] Sentencia T-619 de 2014, M.P.: Martha Victoria Sáchica

[51] Sentencia T-296 de 2006, M. P.: Jaime Córdoba Triviño, reiterada en las sentencias T-725 de 2010, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez; T-924 de 2011, M. P.: Luis

Ernesto Vargas Silva (S. P. V. (Mauricio González Cuervo); T-388 de 2012, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-500 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-105 de 2014, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-619 de 2014, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez (A. V. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-131 de 2015, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.

[52]“Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-900/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta decisión, se analizaron algunos casos, donde los usuarios, al ser remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, pretendían que las respectivas EPS asumieran el valor de su transporte, solicitud que fue desestimada por la Corte ante la falta de concurrencia de los requisitos de incapacidad económica del paciente y su familia y conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo. Esta regla jurisprudencial también fue utilizada en un caso similar contenido en la Sentencia T-1079/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra”.

[53] Sentencia T-197 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño.

[54] Sentencia T-350 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño.

[55] Ibídem.

[56] Ver las sentencias T-962 de 2005, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-459 de 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-233 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez y T-033 de 2013, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[57] Sentencia T-916 de 2012, M. P.: Mauricio González Cuervo.

[58] Sentencia T-002 de 2005, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra. En este caso los demandantes consideraron que el Instituto de los Seguros Sociales Seccional Caldas vulneró los derechos fundamentales a su hijo menor, al no autorizarle el tratamiento formulado por un especialista. Sin embargo, la Corte encontró que la entidad accionada nunca tuvo siquiera la oportunidad de negarlo porque nunca le fue solicitada la autorización ni la prestación del tratamiento y, por contera no vulneró los derechos del menor. Ver, así mismo, la Sentencia T-900 de 2002, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra

[59] T- 174 de 2015, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

[61] Sentencia T-131 de 2015, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

[62] Sentencia T-131 de 2015, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.