

T-111-13

Sentencia T-111/13

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa

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

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR Y EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección

El Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en cabeza de los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a los jueces quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

Las Entidades Promotoras de Salud tienen el deber constitucional de prestar el servicio de salud de modo oportuno, adecuado e ininterrumpido, de manera que las personas beneficiarias puedan continuar con sus tratamientos para la recuperación de la salud. Por lo tanto, "... no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del derechos constitucionales fundamentales."

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

Toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se

recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS. En ese orden de ideas, no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva como tampoco la exclusión de la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD- Suministro de pañales para personas de la tercera edad

La jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuente con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud. En este evento, le corresponde al juez constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo para financiar el traslado, en los casos donde se acredite 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.” En cuanto al cubrimiento de gastos de traslado para el acompañante, esta Corporación señala que la protección procede cuando, atendiendo el concepto médico, el paciente requiere de un tercero para hacer posible su desplazamiento o para garantizar su integridad física y la atención de sus necesidades más apremiantes. Respecto de las cuotas moderadoras, el artículo 49 de la Constitución Política determina que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, mediante el cual se debe garantizar “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. todas las personas tienen el derecho constitucional a no ser excluidas del servicio de salud que requieran, cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o cuando requieran el servicio con necesidad, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir. De esa manera, cuando una persona tiene que asumir un pago moderador (copago, cuota moderadora) o cuando el servicio requerido no

se encuentra incluido en el Plan Obligatorio y la persona, o de quien ella depende, carece de la capacidad económica - parcial o total, temporal o definitiva - para asumir el costo que le corresponde, en estas circunstancias, no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE JOVEN DISCAPACITADO-Orden a EPS autorice valor de transporte al lugar de las citas médicas y terapias, sea excluido del pago de las cuotas moderadoras y suministre pañales desechables así como crema humectante

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS autorice servicio de enfermería las 24 horas, cama hospitalaria y suministro de pañales desechables

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPSS autorice servicio de casa hospitalaria, suministro de pañales desechables y crema antiescaras y sea excluido del pago de las cuotas moderadoras

Referencia: AC T- 3.688.601; T-3.689.726; y T-3.694.861

Peticionarios: Ana Herminia Cardona Guiral en calidad de agente oficiosa de su hijo Juan Manuel Giraldo Cardona, contra la EPSS SURA; Jaqueline Montero Marchena, como agente oficiosa de su madre Clara Luisa Marchena de Montero, contra NUEVA EPS; Luz Dary Gutiérrez Reita, como agente oficiosa de su padre Pedro Eliseo Gutiérrez, contra SOLSALUD EPSS, La Secretaría de Salud del Meta y la Clínica Cooperativa de Colombia.

Derechos fundamentales invocados: A la salud y a la vida en condiciones dignas.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

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

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub - quien la preside -, Alexei Egor Julio Estrada y

Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales y, específicamente, las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Que pone fin al proceso de revisión de los fallos proferidos (i) por el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Copacabana, Antioquia, el 30 de agosto de 2012 (Expediente T- 3.688.601); (ii) por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, el 3 de julio de 2012, en primera instancia y por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, el 22 de agosto de 2012, en segunda instancia (Expediente T-3.689.726); y (iii) por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, Meta, el 21 de agosto de 2012 (Expediente T-3.694.861).

De manera preliminar debe anotarse que la Sala de Selección de Tutelas Número Once, a través de auto del 22 de noviembre de 2012, decidió acumular los procesos T- 3.688.601; T-3.689.726; y T-3.694.861, a fin de que fueran resueltos en una sola sentencia, en razón a la unidad de materia existente en ellos.

1. ANTECEDENTES

1.1 EXPEDIENTE T- 3.688.601

La señora Ana Herminia Cardona Guiral en calidad de agente oficiosa de su hijo Juan Manuel Giraldo Cardona, presentó acción de tutela contra la EPSS SURA, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y al libre desarrollo de la personalidad, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle a su hijo los servicios, insumos y medicamentos necesarios para la subsistencia del joven en condiciones dignas.

1.1.1 Hechos y razones de la acción de tutela

1.1.1.1 La accionante de 39 años de edad, manifestó que su hijo, quien actualmente cuenta con 18 años de edad, nació con parálisis cerebral espástica y epilepsia focal. Dijo que se encuentra vinculado al sistema de salud a la EPS SURA como beneficiario de su padre. Aclara, que cuando éste no cotiza por no contar con trabajo, recurre al Sistema

Subsidiado de Salud.

1.1.1.2 Aseguró que su hijo no puede caminar, se encuentra en silla de ruedas y en cama, por lo que requiere urgentemente un cojín antiescaras y de pañales desechables para su aseo personal. Además, presenta quemaduras en la piel por exceso de sequedad, por lo que necesita permanentemente de una crema humectante para evitar que las lesiones avancen.

1.1.1.3 Indicó que requiere movilizar a su hijo de su casa al sector industrial de Medellín, donde lo remitieron para las visitas con el especialista, y por su precaria situación, no posee los recursos económicos para su traslado, así como tampoco para cancelar los copagos o cuotas moderadoras.

1.1.1.4 Por último, manifestó que el 17 de enero de 2012, solicitó a la EPSS SURA el suministro de pañales desechables y la exoneración de los copagos o cuotas moderadoras, cuya respuesta fue negativa, argumentando que esos suministros se encontraban excluidos del POSS.

1.1.2 Fundamentos y pretensiones

La accionante solicita se amparen los derechos fundamentales de su hijo a la salud y a la vida, y se ordene a la EPS SURA el suministro de los pañales desechables, un cojín antiescaras, crema humectante para evitar las quemaduras, y además, el servicio de transporte para asistir a las terapias y la exoneración de los copagos o cuotas moderadoras, necesarios para su subsistencia en condiciones dignas, con lo cual, tendría la posibilidad de acceder a un tratamiento que contribuya a mejorar su calidad de vida.

1.1.3 Actuación procesal

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Copacabana, Antioquia, admitió la tutela el 16 de agosto de 2012 y solicitó: (i) a la señora Ana Herminia Cardona Guiral en calidad de agente oficiosa de su hijo Juan Manuel Giraldo Cardona, que presentara una declaración juramentada con relación a los hechos expuestos; (ii) a la EPSS SURA para que allegara la copia de la historia clínica del joven; (iii) al doctor Hernando Díaz, neurólogo infantil, para que indique el estado de salud del joven Juan

Manuel Giraldo Cardona; y (iv) al doctor Javier Mauricio Moreno, médico fisiatra adscrito a la EPSS SURA, para que certifique el estado de salud del menor de edad.

1.1.3.1 La diligencia de declaración de la señora Ana Herminia Cardona Guiral en calidad de agente oficiosa de su hijo Juan Manuel Giraldo Cardona, se llevó a cabo el día 24 de agosto de 2012. En ella señaló, que presentó acción de tutela porque su hijo tiene parálisis cerebral de nacimiento y epilepsia focal, requiere tratamiento permanente, sumado a que no tiene como cancelar los copagos, los pañales, el medicamento y los transportes de él y un acompañante para acceder al mismo.

Solicitó que se le ordenen la entrega de pañales desechables, porque ayudan a su hijo en la parte higiénica, de lo contrario tiene que usar de tela que le producen quemaduras. Agregó que el mismo médico le ordenó un cojín antiescaras y a pesar de solicitarlo, le fue negado. Aseguró que lo que más le preocupa, es llevarlo a las citas médicas con los especialistas, por cuanto tiene que desplazarse a sitios muy lejanos de su lugar de residencia, por lo que tiene que pagar mucho dinero en transporte, debido a que se tiene que movilizar en taxi, al igual tiene que cancelar los copagos, y en vista de que el tratamiento es permanente y de por vida y no tiene cómo pagar esos gastos. Adicionalmente informó, que gasta aproximadamente al día unos \$30.000.00 pesos, y por esa razón no volvió a las citas con el médico fisiatra, suspendiendo también, el tratamiento odontológico aun cuando presenta mucho dolor. Por último, aseguró que su hijo necesita una cita con el neurólogo porque no duerme y no come bien.

Sostuvo que pidió ayuda a Acción Social con el fin de que le suministren los pañales a su hijo ante la ausencia de control de esfínteres, y la imposibilidad de asumir su valor económico. Adicional a lo anterior, también solicitó un cojín antiescaras, para evitar lesiones en su piel, y por ello hay que cambiarlo de posición permanentemente. Agregó que esa entidad le manifestó que no podían acceder a su solicitud porque se encontraba afiliado a una EPS.

Manifiesta que también hizo la solicitud a la EPS Sura, pero le fue negada. De igual forma dijo, que les ha pedido a los médicos las órdenes correspondientes a los insumos y elementos que necesita su hijo, quienes se han negado aduciendo que no se encuentran incluidos en el POSS. Razón por la cual, sus vecinas le regalan algunas veces los

medicamentos de hidrocortisona y clotrimazol, para mitigar su padecimiento.

Por último, dijo que a su hijo le ordenaban hasta cinco terapias con el fisiatra, de las cuales solo podía llevarlo a una porque no tenía los recursos para el transporte y tampoco para cancelar los copagos. Concluyó, que a pesar de tener casa propia Nivel 1, esta se encuentra embargada. Vive de la venta de minutos de celular, por lo que gana al mes \$56.000.00 pesos. Su núcleo familiar está compuesto por dos hijos más y, su esposo no tiene estabilidad laboral.

1.1.3.2 Mediante escrito del 24 de agosto de 2012, el apoderado de ESP SURA, manifestó que el joven Juan Manuel Giraldo Cardona no se encuentra activo, por cuanto el cotizante del grupo familiar presentó fin de vigencia con la entidad. Indicó que en esa medida deberá legalizar la afiliación en la EPS SURA o en su defecto validar la afiliación al régimen subsidiado.

Respecto a las pretensiones, aseguró que la accionante no cuenta con las órdenes médicas para solicitar los insumos como son los pañales, dado que son elementos de aseo que en nada tienen que ver con la patología del paciente. Hace referencia a la sentencia T-569 de 2005 de la Corte Constitucional donde señala que los tratamientos de los pacientes son ordenados por personal profesional en salud y no por los familiares. Agrega que de conformidad con el artículo 28 del Decreto 806 de 1998, cuando los pacientes no cuenten con los recursos suficientes para costear los servicios que requieran, adicionales a los incluidos en el POS, deberán acudir a las instituciones públicas o aquellas privadas que tengan contratos con el Estado, quienes tienen la obligación de atenderlos de acuerdo con su capacidad económica. Igualmente dijo, que el citado decreto indica que para que una persona pueda beneficiarse de los servicios incluidos en el sistema, deberá ostentar la calidad de afiliado, y que por esa razón la demandada no está en la obligación atender las prestaciones asistenciales y económicas que requiere el joven Juan Manuel Giraldo Cardona.

Por último, señaló que la EPS SURA ha actuado dentro de los parámetros legales y no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, en consecuencia, solicita negar la tutela por improcedente.

1.1.4 Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.1.4.1 Foto del joven Juan Manuel Giraldo Cardona.

1.1.4.2 Fotocopias de las cédulas del joven Juan Manuel Giraldo Cardona y de su madre, la señora Ana Herminia Cardona Guiral.

1.1.4.3 Copia de los derechos de petición presentados por la señora Ana Herminia Cardona Guiral, dirigidos a la EPS SURA.

1.1.4.4 Copia de los resúmenes de atención expedidos por la Fundación Instituto Neurológico de Antioquia.

1.1.4.6 Copia de las formulas médicas prescritas al joven Juan Manuel Giraldo Cardona.

1.1.4.7 Copia de la historia clínica expedida por Rehabilitamos de la ciudad de Medellín.

1.1.5 Decisiones judiciales

1.1.5.1 Mediante fallo único de instancia del 30 de agosto de 2012, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Garantías de Copacabana, Antioquia, amparó parcialmente los derechos fundamentales del actor a la salud y a la vida, en cuanto a la orden de suministro del cojín antiescaras, por cuanto fue ordenado por su médico tratante. Pero negó el amparo sobre las solicitudes de suministro de pañales, crema hidratante para la piel, servicio de transporte y la exoneración de los copagos.

1.2 EXPEDIENTE T-3.689.726

La señora Jaqueline Montero Marchena, actúa como agente oficiosa de su madre Clara Marchena de Montero, y presentó solicitud de amparo constitucional contra la Nueva EPS invocando la protección de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el suministro de insumos de aseo y servicios que requiere para vivir

dignamente.

1.2.1 Hechos y razones de la tutela

1.2.1.1 La señora Jaqueline Montero Marchena manifestó que su madre se encuentra afiliada a la Nueva EPS, y cuenta actualmente con 72 años de edad.

1.2.1.2 Sostuvo que a su madre, desde el 27 de octubre de 2011, le fue diagnosticada una enfermedad cerebro vascular isquémica, trombolizado con transformación hemorrágica en territorio de la arteria cerebral media que le ocasionó varios daños a nivel cerebral. Dijo que por esa razón, permaneció 58 días en cuidados intensivos por un coma superficial con estado “vegetativo persistente”.

1.2.1.3 Indicó que posteriormente se le realizó una traqueotomía y una gastrostomía, por lo cual requiere de cuidados especiales y, actualmente permanece en la Fundación Centro Médico del Norte en Barranquilla, hasta el 4 de enero de 2012.

1.2.1.4 Agregó que con esa patología su madre no se vale por sí misma y no tiene control de los esfínteres, por lo que tiene que usar pañales desechables, en un promedio de cuatro veces al día, que tienen un costo al mes de \$246.000.00 pesos y no cuenta con los medios necesarios para la compra de los mismos.

1.2.1.6 Igualmente informó que a partir del 1º de junio de 2012, fue modificado el servicio de terapia física que se realizaba dos veces por día, y ahora, solo autorizan una vez retardando el proceso de recuperación, y adicional agrega que su madre no cuenta con una cama hospitalaria adecuada para su condición.

1.2.1.7 Concluyó, que el 2 de abril de 2012 radicó un derecho de petición a la Nueva EPS solicitando el suministro de pañales desechables, el servicio de enfermería las 24 horas, y una cama hospitalaria adecuada para su condición. La solicitud fue resuelta en forma negativa el 27 de abril del mismo año.

1.2.1.8 Dijo que se encuentra pendiente de una operación de rodillas, pero que no cuenta con el tiempo y con los recursos económicos para sufragar el costo que ello genera. Agregó que son continuos y permanentes, tanto el uso de pañales como el servicio de enfermería y de la cama hospitalaria, lo que atenta contra la vida de su progenitora en

condiciones dignas, ya que la EPS negó al suministro y atención de estos servicios.

1.2.2 Fundamentos y pretensiones

Solicitó que se le amparen los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de su madre, y se ordene a la Nueva EPS, que asuma y autorice en forma permanente y a su cargo, el suministro de pañales desechables, el servicio de enfermería las 24 horas, y una cama hospitalaria adecuada para su condición, que requiere su madre para vivir en condiciones dignas.

1.2.3 Actuación procesal

El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, Atlántico, mediante fecha del 15 de junio de 2012, admitió la tutela, y requirió a la Nueva EPS, para que respondiera por los hechos narrados.

Mediante escrito radicado 2012-133, a través de apoderado, la Nueva EPS manifestó que la accionante se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en el régimen contributivo, pudiendo acceder a todos los servicios cubiertos por el POS. Dijo que el servicio de enfermería las 24 horas no se encontraba contemplado en el POS y que esa entidad "... ha prestado el servicio de enfermería desde enero de 2012 como lo ordenó el médico tratante, y realizó el entrenamiento a los familiares para el manejo de los demás procedimientos requeridos...".

En cuanto a la atención integral del paciente, aseguró que la accionante tiene autorizado un plan de manejo domiciliario mensual desde enero de 2012, cuya periodicidad de las terapias físicas las determina el médico tratante de acuerdo con la evolución del usuario, siendo la última orden No 19622848 del mes de junio de 2012.

Respecto al suministro de pañales desechables informó que no era procedente por cuanto son exclusiones expresas del POS, al igual que la cama hospitalaria. Concluye que si la paciente no cuenta con los recursos económicos para sufragar los gastos, debe acudir a la entidad territorial de salud para que asuma el costo de los mismos.

Por último, solicitó que se deniegue la pretensión, por cuanto la EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Clara Marchena de Montero, y por el contrario, ha

cubierto todos y cada uno de los servicios, exámenes, medicamentos y demás tratamientos que ha requerido para atender la enfermedad que padece.

1.2.4 Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.2.4.1 Copia de la Historia Clínica de la señora Clara Marchena de Montero expedida por la Fundación Centro Médico del Norte, en donde se detalla el plan de atención domiciliario que incluye manejo especializado de escara sacra por enfermería, educación a los familiares en el manejo de los tratamientos, terapias físicas y respiratorias, entre otros.

1.2.4.2 Copia del derecho de petición presentado el día 30 de marzo de 2012, a la Nueva EPS solicitando el servicio de enfermería las 24 horas, el suministro de pañales desechables y de una cama hospitalaria para facilitar la atención de la señora Clara Marchena de Montero.

1.2.4.3 Recibos de pago por la compra de pañales desechables.

1.2.4.4 Copias de las cédulas de ciudadanía de las señoras Jaqueline Montero Marchena y Clara Marchena de Montero.

1.2.5 Decisiones judiciales

1.2.5.1 Mediante fallo del 3 de julio de 2012, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, Atlántico, negó el amparo solicitado al considerar que no existe prueba dentro del proceso que acredite que los insumos de pañales desechables, la cama hospitalaria y el servicio de enfermería las 24 horas fueran ordenados por el médico tratante adscrito a la Nueva EPS, por lo tanto no se vislumbra una clara vulneración de los derechos fundamentales de la agenciada, toda vez que es el profesional en salud quien debe determinar el procedimiento que necesita el paciente y la periodicidad del mismo. Además, sostuvo que de la historia clínica se deduce que la agenciada contaba con un plan de atención domiciliaria que la accionada viene brindado, así como toda la asistencia médica requerida por la enfermedad que padece.

1.2.5.2 El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla -Sala Penal-, mediante fallo del 22 de agosto de 2012, confirmó el fallo de primera instancia, alegando que si bien, la accionante afirma tener una limitación económica, también es cierto, que contrató los servicios de una enfermera particular para que atendiera a su progenitora. Ante ello, sostuvo el Tribunal, que la familia tiene la obligación de cuidado y protección mutua, en virtud del principio de solidaridad. Además, consideró que no existe prueba dentro del proceso que demostrara que los servicios médicos deprecados son necesarios para la recuperación de la salud de la señora Clara Marchena de Montero, y lo que se evidencia es un juicio subjetivo de su hija respecto a lo que requiere su madre para su mejoría.

1.3 EXPEDIENTE T-3.694.861

La señora Luz Dary Gutiérrez Reita, actuando en calidad de agente oficiosa de su padre, el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, presentó solicitud de amparo constitucional contra Solsalud EPSS, la Secretaría de Salud del Meta y la Clínica Cooperativa de Colombia, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales considera vulnerados por las entidades demandadas, al no brindarle el tratamiento integral que requiere tendiente a su recuperación, atendiendo su actual estado de salud, y al no suministrarle pañales desechables durante el tiempo que sea necesario.

1.3.1 Hechos y razones de la tutela.

1.3.1.1 La señora Luz Dary Gutiérrez Reita, manifestó que su padre, el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, es una persona de 63 años, afiliado a Solsalud EPSS, régimen subsidiado.

1.3.1.2 Dijo que su agenciado sufrió un accidente de tránsito el día 9 de mayo de 2012, y como consecuencia de ello presentó fractura en la clavícula, en la tibia y el peroné, razón por la cual fue trasladado a la clínica Cooperativa de Colombia, donde le prestaron atención médica a través del SOAT.

1.3.1.3 Agregó que con posterioridad a este hecho, fue remitido a una habitación, donde el día 11 de mayo del mismo año, cuando era conducido del baño a su cama por una enfermera, sufrió una caída y se golpeó fuertemente en la cabeza, y como consecuencia de ello, fue remitido a la unidad de cuidados intensivos, para ser operado de urgencia.

1.3.1.4 Aseguró, que los médicos le dijeron que le dejaron un drenaje porque tenía una hemorragia interna y que igual había sufrido tres infartos cerebrales como consecuencia del golpe.

1.3.1.5 Indicó, que el día 2 de junio de 2012 fue sacado de la UCI y llevado a una habitación en un estado de coma superficial. Dijo que como quiera que el SOAT había vencido el 27 de mayo, la clínica iba a remitirlo a su casa el día 15 de junio del mismo año, a lo cual se rehusaron debido a su estado delicado de salud.

1.3.1.6 Por lo anterior, aseguró que solicitaron una visita de la Secretaría de Salud del Meta, cuyo dictamen concluyó en que el paciente se encontraba en mal estado. Dijo que durante el tiempo que estuvieron evaluando a su padre, la clínica se esmeró en la atención médica, la que desatendieron una vez se retiraron los profesionales de la salud del Meta.

1.3.1.7 Debido al estado de abandono en que se encuentra el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, manifestó la accionante que acudió a Solsalud EPSS, quien programó una visita para el día 26 de junio de 2012, a la cual nunca se presentaron. Agregó, que la EPSS le manifestó que era la Secretaría de Salud del Departamento quien debía responder.

1.3.1.8 Insistió, que su padre se encuentra muy mal de salud y en estado de abandono en la clínica. Además, en su cuerpo tiene muchas escaras por lo que necesita atención especial y presenta evidentes síntomas de desnutrición. Aseguró que los médicos no realizan visitas a su padre.

1.3.1.9 Dijo que su padre necesita pañales desechables y crema para tratar las escaras, y a pesar de que lo ha solicitado a la EPSS, ésta no responde.

1.3.1.10 Igualmente señaló, que no cuentan con los recursos para el mantenimiento y costo que le genera la enfermedad de su padre, y ninguna de las entidades asume su tratamiento encontrándose en total abandono.

1.3.1.11 Solicitó que se le brinde un tratamiento médico integral tendiente a su rehabilitación o recuperación, y le sean suministrado los pañales desechables que necesita para su higiene personal.

1.3.2 Fundamentos y pretensiones.

La accionante solicita, que le sean amparados los derechos fundamentales a su padre, el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, a la salud y a la vida en condiciones dignas, y se le brinde una atención médica integral de acuerdo en sus condiciones de salud, y además, se autorice el suministro de pañales desechables para su higiene personal y cremas antiescaras que requiere con urgencia. Por último, solicita se prevenga a Solsalud EPSS, para que continúe prestando el servicio médico en forma integral.

1.3.3 Actuación procesal.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, Meta, admitió la tutela el 8 de agosto de 2012, y requirió a Solsalud EPSS, a la Secretaría de Salud del Meta y a la Clínica Cooperativa de Colombia, para que se pronuncien sobre los hechos expuestos por la accionante.

1.3.3.1 Mediante escrito del 10 de agosto de 2012, la Secretaría de Salud del Meta, informó que la entidad competente para la prestación de los servicios requeridos por la señora Luz Dary Gutiérrez, es Solsalud EPSS de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES.

Igualmente indicó que según el acuerdo citado, en los casos de cobertura parcial como en el caso del señor Gutiérrez (accidente de tránsito), le corresponde inicialmente al SOAT y posterior a la EPSS correspondiente, en este caso a Solsalud EPSS.

Sin embargo, dejó claro que en aras de la vigilancia que debe realizar, practicó visitas al señor Gutiérrez los días 23 de julio y 10 de agosto de 2012 (anexa actas de visita), y remitió al Tribunal de Ética Médica la queja presentada por la accionante para que se investiguen los hechos (anexa Copia). Por último, solicitó que se desvincule del proceso a la Secretaría de Salud del Departamento del Meta, por falta de legitimación en causa por pasiva.

1.3.3.2 La Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia, mediante escrito del 10 de agosto de 2012, manifestó que remite la copia de la historia clínica del señor Pedro Eliseo Gutiérrez, quien se encuentra hospitalizado en esa institución, presentando "... un cuadro postoperatorio de traqueotomía con bastante movilización de secreciones con secuelas de AC, el paciente actualmente en mejores condiciones clínicas médicamente se considera necesario un manejo en casa hospitalaria por el nivel de riesgo

de infección al tenerlo en las instalaciones de la Cooperativa.” Y aseguró que la EPSS esta en la obligación de prestar ese servicio porque se encuentra contemplado en el POS.

1.3.4 Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.3.4.1 Copia de la historia clínica del señor Pedro Eliseo Gutiérrez, expedida por la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia, el 3 de julio de 2012.

1.3.4.2 Copias de las respuestas que la Gobernación del Meta remitió a la señora Luz Dary Gutiérrez, el 29 de junio de 2012 y el 4 de julio del mismo año.

1.3.4.3 Copia del derecho de petición presentado por la señora Luz Dary Gutiérrez, a Solsalud EPSS, de fecha 26 de junio de 2012.

1.3.4.4 Copia de la respuesta que Solsalud EPSS remitió el día 19 de junio a la señora Luz Dary Gutiérrez.

1.3.4.5 Series de 9 fotos que se anexan como evidencias del estado de salud del señor Pedro Eliseo Gutiérrez.

1.3.5 Decisiones judiciales.

Mediante fallo único de instancia del 21 de agosto de 2012, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, Meta, declaró hecho superado en la causa, por cuanto al agenciado se le suministró la atención médica que debe recibir el paciente, y como consecuencia niega la protección solicitada.

El Juzgado fundamentó su decisión en el informe realizado por la Secretaría de Salud del Departamento del Meta, donde indica que la Clínica prestó los servicios médicos requeridos, y realizó la recomendación de que al paciente se le brinde casa hospitalaria por parte de Solsalud EPSS.

2 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1 COMPETENCIA.

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.

Una vez relacionados los antecedentes, la Sala de Revisión observa que los problemas jurídicos de los casos aquí expuestos se circunscriben a analizar la presunta vulneración de los derechos a la salud y a la vida digna. En concreto le corresponde a esta Sala, estudiar si la negativa de las entidades accionadas para suministrar los insumos, servicios y medicamentos solicitados por los accionantes, constituye una limitación al ejercicio pleno de los derechos fundamentales invocados.

2.2.1 Previo al análisis de fondo se estudiará el tema relacionado con la legitimación en la causa por activa.

2.2.1.1 Legitimación en la causa por activa para interponer acciones de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política, contempla el derecho constitucional de la agencia oficiosa. En ella se determina que cualquier persona que se encuentre dentro del territorio nacional o se encuentre fuera de él, pueda interponer acción de tutela directamente o por quien actúe en su nombre, mediante un procedimiento preferente, informal y sumario, cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

En consecuencia, la Corte Constitucional[1] ha reiterado que la agencia oficiosa debe ser probada como tal y demostrar que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

En ese sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, “quien actuará por sí misma o a través de representante”.

Igualmente, esta disposición contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando

el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

En efecto, el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, dispone:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante 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 acción. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud...”

En ese sentido se pronunció la Corte en Sentencia T-294 de 2004[2] en la cual reiteró los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, así:

“La Corte ha señalado que dos de los elementos de la agencia oficiosa en materia de tutela son: (i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio.”

Sobre el particular, esta Corporación, a través de la sentencia T-552 de 2006, consideró que:

“la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte en anteriores oportunidades[3], a partir de las normas de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela. Esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) el ejercicio directo de la acción de tutela. (ii) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en

su defecto el poder general respectivo, y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso”[4]

De lo anterior se concluye, que la agencia oficiosa es permitida constitucionalmente cuando se manifieste expresamente esa condición y se demuestre que el afectado se encuentra imposibilitado para interponerla.

2.2.2 Análisis aplicado a casos concretos.

Visto lo anterior, se procederá al análisis de los hechos planteados, en los cuales le corresponde a la Sala establecer si las Entidades Promotoras de Salud accionadas vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes y por tanto, deberá examinar en cada caso particular, si la respuesta de las EPS se ajusta a las obligaciones establecidas por esta Corporación en materia de autorización de tratamientos, medicamentos o suministros excluidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo POS.

Dado que los problemas jurídicos que se plantean ya han sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, esta Sala de Revisión reiterará lo dispuesto por la jurisprudencia sobre la materia.

Para analizar y resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará los precedentes constitucionales agrupándolos de la siguiente forma: primero, el carácter fundamental del derecho a la salud; segundo, el derecho fundamental a la salud, en especial de las personas de la tercera edad, y personas en situación de discapacidad; tercero, la garantía de continuidad en la prestación de los servicios de salud; cuarto, la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de insumos, servicios, elementos y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud - POS; quinto, la prestación del servicio de transporte y la cancelación de los copagos para acceder a los servicios de salud, específicamente, de quienes no tienen la capacidad económica de asumirlos; por último, se analizarán los casos concretos.

2.2.2.1 El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no

solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[5]

Así mismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”[6]

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta[7].

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como “... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”.

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[8].

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[9], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[10]

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto solo podía ser

protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En esta línea tenemos, por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993[11] y T-395 de 1998[12]. En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose presa, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

“Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cubija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano 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 o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.”

En la sentencia T-395 de 1998, la Corte aún sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, cuando estudió una solicitud elevada ante el ISS, acerca de un tratamiento en el exterior. Al respecto sostuvo:

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en si mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”, en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo establece la sentencia T- 1081 de 2001[13], cuando dispuso:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007[14], amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos de valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho, más no por su positivización o la designación expresa del legislador, de manera tal que:

“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”.[15]

Por último, en la Sentencia T-760 de 2008, la jurisprudencia de esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”[16]

En este contexto, estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.”[17]

De lo anterior se concluye, que cuando las entidades promotoras de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos excluidos en el POS o POS-S, están vulnerando el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo[18].

2.2.2.2 El derecho fundamental a la salud, específicamente frente a la población adulta mayor y en situación de discapacidad.

La Constitución Política señala expresamente en su artículo 13, el deber del Estado de implementar medidas encaminadas a garantizar la efectividad del derecho a la igualdad material.

2.2.2.2.1 Esta Corporación ha considerado a las personas de la tercera edad como un grupo merecedor de una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad.

Al respecto, la Corte ha manifestado:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales

condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran[19]”.(Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

Esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo[20]. En ese sentido, la Sentencia T-760 de 2008[21], expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental.

2.2.2.2.2 En lo relacionado al derecho a la salud para las personas en circunstancia de discapacidad, el ordenamiento jurídico constitucional colombiano ha manifestado una especial protección para esta población y ha ordenado que se adopten las medidas para protegerlas. De esta forma, el legislador quiso darle una doble naturaleza a la seguridad social, por una parte como servicio público que obliga al Estado a su prestación, y por otra, un derecho irrenunciable que debe ser garantizado a todas las personas.

Así, el inciso 2º y 3º del artículo 13 de la Carta Política, dice:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los

abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 47 de la Norma Magna establece que: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

En ese sentido ha reiterado su protección, sosteniendo que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas en situación de indefensión por razones económicas, físicas o mentales, puede incluso equipararse a una medida discriminatoria[23], esto, por cuanto los límites sociales y culturales les impide integrarse a la sociedad para ejercer plenamente sus derechos y responder por sus obligaciones

De conformidad con ello, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en cabeza de los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a los jueces quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto[24].

En ese sentido, esta Corporación ha reiterado que tratándose del derecho al mínimo vital de las personas merecedoras de especial protección, éste es consecuencia directa del principio de dignidad humana.[25].

2.2.2.3 La garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud.
Reiteración de la jurisprudencia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en el tema de la garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud, la cual debe ofrecerse teniendo en cuenta los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima[26].

De esa forma, esta Corporación en la sentencia T-1198 de 2003[27] determinó que “El derecho a la continuidad de la atención en salud, supone entre otras cosas que, una vez iniciado un tratamiento, el mismo no pueda interrumpirse por parte de las prestadoras de

salud con el mero expediente de la ausencia de un documento o un protocolo que por su carácter técnico especializado tienen el deber de poseer. La jurisprudencia constitucional se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud que reciben. Los criterios que informan el deber de las E.P.S de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. No es razón válida ni suficiente al momento de negar la autorización para iniciar o continuar un tratamiento médico, argumentar la ausencia de un documento especializado (tal como lo son los protocolos de manejo) que debe poseer la E.P.S en sus archivos o al cual, en todo caso, puede acceder por cuenta propia. La entidad que así lo haga, vulnerará no sólo el derecho a la vida de sus pacientes, sino también el derecho a acceder a la información mínima vital, concretada en el flujo eficiente y oportuno de los datos técnicos especializados.”

De igual forma en la sentencia T-970 de 2007, la Corte se pronunció a fin de “... garantizar la vigencia del principio de integralidad, no resulta factible limitar la atención en salud a algunos servicios o solamente a aquéllos solicitados por medio de acción de tutela, sino que es indispensable brindar toda prestación necesaria para el restablecimiento y recuperación de la salud. Por estos motivos, debe garantizarse la prestación de todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante considere necesario para el restablecer la salud de las personas.”

La misma sentencia, respecto al principio de la confianza legítima sostuvo que “... la continuidad en la prestación del servicio público de salud se ha protegido no solo en razón de su conexión con los principios de eficacia, de eficiencia, de universalidad y de integralidad sino también por su estrecha vinculación con el principio de confianza legítima

establecido en el artículo 83 de la Constitución Nacional de acuerdo con el cual “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.” Esta buena fe constituye el fundamento sobre el cual se construye la confianza legítima, esto es, la garantía que tiene la persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez iniciado.”

De lo anterior se infiere, las Entidades Promotoras de Salud tienen el deber constitucional de prestar el servicio de salud de modo oportuno, adecuado e ininterrumpido, de manera que las personas beneficiarias puedan continuar con sus tratamientos para la recuperación de la salud. Por lo tanto, “... no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del derechos constitucionales fundamentales.”[28]

2.2.2.4 La procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de insumos, servicios, elementos o medicamentos no incluidos dentro del POS.

La Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

El Plan Obligatorio vigente está conformado por los servicios, medicamentos y demás elementos, establecidos en la Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, y actualizada mediante el Acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011 de la C.R.E.S.[29]

De otra parte, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece que “las Entidades Promotoras de Salud -EPS- en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” Esto comprende, entre otros, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y de la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Lo anterior quiere decir, que a partir de esta ley, la responsabilidad de las EPS es la de asegurar la prestación de los servicios de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio[30], (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.[31]

De esa manera, el Plan Obligatorio establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, señalando que es constitucionalmente admisible "... toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla."[32]

De esa forma la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, relacionado con la procedencia de los medicamentos y procedimientos no POS, que se encuentren expresamente dentro de las normas y los reglamentos antes citados.

Sin embargo, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha ordenado procedimientos por fuera del POS. Es el ejemplo de la Sentencia SU-480 de 1997[33], que estudió varios casos de enfermos de VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena ante la negativa de suministrarles inhibidores de proteasa en la calidad y cantidad requeridos, con el fin de mejorar su calidad de vida. En ella la Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social eran de carácter prestacional, y sólo fundamentales en conexidad con el derecho a la vida. Añadió que "En el caso en el que dicho medicamento no esté contemplado en el listado oficial, pero esté de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale, aunque no esté en el listado (...) poner la paciente a realizar trámites administrativos y procedimientos judiciales para acceder al medicamento implica agravarle su estado de salud y por ende, poner en riesgo su vida"[34].

Es el caso de la sentencia T-1081 de 2001[35], con ocasión de la acción de tutela adelantada por un señor de 70 años al que su médico le había ordenado cirugía de catarata

en el ojo derecho y al cual, la EPS se negó a suministrarle el lente intraocular y los medicamentos prescritos debido a que no estaban contemplados en el POS, se sostuvo que “el derecho a la salud en los adultos mayores es un derecho fundamental y autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”.

Igualmente, la sentencia T-069 de 2005[36] estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticada sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, le fue ordenada la utilización permanente de audífonos, para lo cual el actor solicitó a la entidad de salud el suministro de dichos elementos. Sanitas EPS emitió respuesta negativa indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos.

Siguiendo la misma línea de protección, en esa ocasión la Corte afirmó que:

“la negativa de las entidades de salud en suministrar tratamientos, elementos y medicamento excluidos del POS a menores de edad, configura una vulneración a derechos fundamentales esenciales, más aún cuando se trata de menores de edad que se encuentran en condición de discapacidad. En esa situación, se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección; “por una parte, por ser un menor de edad, cuyo derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela; y por la otra, por sufrir de una discapacidad, lo que lo hace sujeto de que el Estado, directamente o a través de los medios correspondientes, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta”[37].

Posteriormente en la sentencia T-1331 de 2005,[38] se analizó el caso de una tutela interpuesta por el esposo de una señora de la tercera edad que sufría de hipertensión arterial, a quien el médico tratante le formuló determinados medicamentos que la EPS se negó a suministrar, por cuanto no fueron prescritos por un médico adscrito a esa entidad. En ella, la Corte concedió el amparo de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, al considerar que debido a las características de especial vulnerabilidad de la agenciada, por tratarse de un adulto mayor, el derecho a la salud es fundamental y

autónomo el cual podía ser amparado por vía de tutela.

Ahora bien, la Corte, en la citada sentencia, se pronunció sobre el requisito según el cual los medicamentos deben estar formulados por el médico tratante adscrito a la EPS, y en donde el accionante alegó que debieron acudir a un médico particular, toda vez que en la red ofrecida por la EPS, no había la especialidad que requería la agenciada. Como quiera que la EPS no la desvirtuara, el Alto Tribunal Constitucional la dio por acreditada, y señaló que la falta de contratos con médicos especialistas no es justificación para que se omita la prestación de los servicios que requiere el paciente.

Es preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del plan obligatorio de salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico.

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante[39]”.

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de “necesidad” del paciente.

Posteriormente la Corte[40] aclaró, que requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, “requerir con necesidad”. En ella, aclaró el concepto de “requerir”[41] y el de “necesidad”. Respecto al primero señaló que se concretaba en que “a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.[42]”

Este criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008[43], adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió cuando precisó que:

“toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los

servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”[44]

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[45]

Igualmente ha indicado que “una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad.”[46]

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.[47]

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

En ese orden de ideas se puede concluir, no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva como tampoco la exclusión de la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

Por otra parte, y concretamente en lo relacionado con el suministro de pañales y elementos esenciales para llevar una vida en condiciones dignas, esta Corporación ha indicado además, que en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud, las personas que requieran con necesidad del suministro de estos insumos y elementos, que, aunque no sean medicamentos, deberán proveérsele por parte de la EPS, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS.

De manera que, es menester resaltar que este Tribunal a través de su jurisprudencia ha estudiado en varias oportunidades el tema del suministro de pañales, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse strictu sensu como un servicio médico, se trata de un elemento indispensable para la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, que debe ser facilitado aunque no allegue al expediente formula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba el suministro del mismo[48].

Ejemplo de ello, en sentencia T-595 de 1999 la Corte señaló lo siguiente:

“La Corte, en numerosa jurisprudencia, ha establecido que la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

En el presente caso, el juez de instancia sólo realizó el examen sobre la salud de la paciente, y concluyó que la negativa de la entidad, al no poner en peligro la salud o la vida de la señora Aldana, no violaba sus derechos fundamentales, y, por consiguiente, había que denegar la tutela.

Sin embargo, en la sentencia que se revisa, el juez no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se trata de una anciana, que padece demencia senil, que no controla esfínteres y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de aseo que su

situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido.

Al respecto, no se precisan profundas reflexiones para concluir que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la entidad conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre”.

Igualmente, esta Corporación ha estimado que cuando se trate de personas de la tercera edad quienes son consideradas como un grupo de especial protección constitucional, el Estado deberá garantizar el acceso a la prestación de los servicios de salud que requieran con necesidad, indicando que:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”[49].

Siguiendo los anteriores derroteros, en la sentencia T-437 de 2010[50], la Corte concedió el amparo a una persona de la tercera edad que había sufrido un accidente cerebro vascular que le ocasionó una parálisis cerebral, y requería el suministro de pañales desechables pero carecía de orden médica que los prescribiera, bajos los siguientes argumentos:

“En el caso sub examine, encuentra la Sala que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción y se proteja el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, por las siguientes razones:

1. Se encuentra demostrado que la persona a favor de quien se interpone la acción,

pertenece a la tercera edad (84 años) y padece de parálisis general como consecuencia de un accidente cerebro vascular. De esta manera, en la historia clínica adjunta al expediente de tutela, se indica que: el paciente refiere antecedentes de ACV en 2 ocasiones, y refiere incontinencia urinaria, no controla esfínteres, y gran limitación funcional para realizar actividades físicas además porque presenta insomnio y decaimiento. (SIC)

En atención a lo anterior, se infiere que el señor José de Jesús Posada requiere de la utilización de pañales desechables para sobrellevar sus enfermedades. Por ello, para esta Sala resulta claro que la negativa de la Nueva E.P.S. de suministrar tales elementos, vulnera su derecho constitucional fundamental a la salud y a la vida digna.

2. Si bien, en estricto sentido es indudable que en este caso no se trata de la negación de un medicamento que esté fuera del P.O.S. si se refiere, tal como se dijo en los precedentes de este fallo, de la negativa del suministro de unos elementos (pañales y guantes desechables) que tienen incidencia en la salud y la vida digna del progenitor de la peticionaria.

3. Por otra parte, si bien es cierto que en el expediente de tutela no obra fórmula médica que permita precisar que al señor José de Jesús Posada le haya sido prescrito la utilización de pañales por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., tal y como se señaló en el numeral anterior, de la historia clínica del paciente se deduce la necesidad de utilizar pañales desechables y guantes desechables dadas las características de las patologías presentadas”.

Del mismo modo, esta Corporación en anteriores pronunciamientos y con base en el principio de atención integral ha ordenado el suministro de esta prestación sin que exista una orden médica que los prescriba. Así, por ejemplo en la sentencia T-574 de 2010 se dijo:

“Ahora bien, como quiera que en decisiones anteriores esta Sala ha ordenado el suministro de prestaciones sin una orden médica[51] y que en el caso concreto el señor Luis Eduardo Rivera Cortés presenta una PARÁLISIS CEREBRAL y sufre de EPILEPSIA PARCIAL DE DIFÍCIL CONTROL lo que produce, como es evidente y notorio, una INCONTINENCIA URINARIA y su IMPOSIBLE MOVILIZACIÓN esta Sala le ordenará a la EPS Cruz Blanca que le suministre (i) los PAÑALES DESECHABLES necesarios para mantenerlo en condiciones higiénicas, (ii) el

SERVICIO MÉDICO DOMICILIARIO y (iii) LA ENTREGA DE LOS MEDICAMENTOS REQUERIDOS POR EL PACIENTE EN SU DOMICILIO.”

Bajo los supuestos jurisprudenciales señalados, este Tribunal ha contemplado que cuando una persona de la tercera edad requiere el suministro de pañales desechables con el fin de salvaguardar su dignidad humana, éstos deberán entregarse como un elemento no POS que puede ser recobrado con cargo a los recursos del Estado[52].

Por último, frente a los sujetos de especial protección, la Corte reiteró su jurisprudencia en la Sentencia T-1024 de 2010[53], en la que la accionante solicitaba que la EPS cubriera los implementos, como silla de ruedas, pañales desechables, sondas de Netalón mensuales, guantes estériles, entre otros, para su madre de 82 años que presentaba paraplejía y por su avanzada edad no controlaba esfínteres. La Corte en esta ocasión confirmó que el derecho a la salud es fundamental para todo ciudadano no sólo para determinados grupos[54]: “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.”

En la misma sentencia señaló, que una entidad de salud violaba el derecho si se negaba a autorizar un servicio que no estuviera incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requería con necesidad, como ocurría en el caso concreto, en el que se logró acreditar la falta de capacidad económica para acceder a todos los implementos médicos necesarios que garantizaran una vida digna a la madre de la accionante[55].

Ahora bien, teniendo en cuenta las citadas circunstancias, es preciso concluir que la Corte permite un margen de apreciación mucho más amplio, en orden a proteger efectivamente el derecho a la salud de aquellas personas que requieren con necesidad el suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas aun cuando no aparezcan incluidos dentro del POS. Por tanto, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrarlos, siempre y cuando éstos sean vitales para garantizar una vida digna de las personas.

2.2.2.5 El transporte y los copagos, no puede ser obstáculo para acceder a los

servicios de salud para quienes no tienen la capacidad económica de asumirlos.

La jurisprudencia de esta Corporación, mediante sentencia T-1158 de 2001[56] trató el tema relacionado con los gastos que demanda el transporte y la manutención para hacer efectivos los tratamientos médicos, y plantea un desarrollo desde la perspectiva del principio de accesibilidad del afiliado al Sistema General de Seguridad Social, entendido como “la posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios o recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención en salud y a la seguridad social”.

En la citada sentencia agregó, que “la accesibilidad y el acceso al servicio público de salud son un todo inescindible, siendo posible el amparo constitucional del derecho en aquellos casos donde se acredite la imposibilidad objetiva del suministro de los medios suficientes y adecuados para hacer uso de la atención asistencial”. [57]

De igual forma, en la sentencia T-760 de 2008 la Corte sostuvo que en ocasiones los usuarios, para acceder a un servicio de salud, requieren que les sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica, y sostuvo que esta obligación se trasladada a las entidades promotoras de salud, únicamente en los eventos concretos donde se acredite 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. Por lo tanto, concluyó la Corte “(...) toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado.”

Esta Corporación ha indicado en varias oportunidades[58], los casos en que el Sistema de Seguridad Social en Salud debe cubrir el servicio de transporte. No obstante este servicio no esté catalogado como una prestación asistencial de salud, algunas veces suele estar íntimamente relacionado con la recuperación de la salud, la vida y la dignidad humana, sobre todo cuando se trata de sujetos de especial protección, como los niños en circunstancias de discapacidad.

La regulación de este servicio fue establecida en el Acuerdo 08 de 2009, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, el cual se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, en los siguientes casos:

“ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y 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.

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Si en concepto del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.”

Como se observa, la inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud que garantiza el cubrimiento del transporte para el paciente ambulatorio que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo, en todos los niveles de complejidad, no es absoluta, dado pues, se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional[59].

En los demás casos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuente con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud. En éste evento, le corresponde al juez constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo para financiar el traslado, en los casos donde se acredite 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.[60]”

En ese sentido, esta Corporación en sentencia T-550 de 2009 ha reconocido que:

“(…)… la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar[61]”.

Igualmente, mediante sentencia T-391 de 2009[62], esta Corporación concedió el amparo solicitado por la madre de un niño que padecía síndrome de Down y con el fin “de facilitar el desplazamiento en óptimas condiciones a las instalaciones en las cuales se presta el servicio médico integral requerido para la atención”, ordenó a la EPS suministrar el valor del servicio de transporte del menor de edad y de un acompañante:

“A la luz de la jurisprudencia constitucional, el suministro del servicio adicional de traslado de pacientes tiene la finalidad de asegurar que el esfuerzo prestacional realizado procure el acceso de las personas que, de manera efectiva, requieren la asistencia de estas entidades, pues de otra forma su aplicación irrestricta conduciría a una desconcentrada inversión de los recursos que, en últimas perjudicaría a los sectores de la población menos favorecida que reclaman atención prevalente.

Por consiguiente, el traslado de pacientes de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud que requiera corresponde en primer término al usuario o en virtud del principio constitucional de solidaridad a sus familiares. No obstante, en casos especiales, dadas las circunstancias del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional. Lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de accesibilidad a los servicios de salud.

(...)

La Corte ha reconocido que los gastos de transporte de pacientes deben ser sufragados en los casos previstos por la legislación vigente tanto para el régimen subsidiado como para el contributivo, a saber: el Acuerdo 72 de 1997 ‘Por medio del cual se define el plan de beneficios del régimen subsidiado’, literal d, artículo 71[63] y la Resolución 5261 de 1994 ‘Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud’ [64].”

En cuanto al cubrimiento de gastos de traslado para el acompañante, esta Corporación señala que la protección procede cuando, atendiendo el concepto médico, el paciente requiere de un tercero para hacer posible su desplazamiento o para garantizar su integridad física y la atención de sus necesidades más apremiantes[65]. Al respecto señaló: “la autorización del pago del transporte del acompañante resulta procedente cuando (i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”

Posteriormente, el Acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011, define, aclara y actualiza el Plan Obligatorio de Salud, en cuyos artículos 42 y 43 se establece:

ARTÍCULO 42. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

ARTÍCULO 43. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Captación respectiva, en la zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.”

En esas circunstancias, la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud, conlleva además de brindarse los tratamientos médicos para proteger la salud de la persona, la de conseguir los medios para la materialización efectiva del servicio.

En esos términos, se encuentra establecido que por vía de tutela se puede impartir la orden para que la empresa prestadora del servicio de salud cubra el transporte, ya sea urbano o de una ciudad a otra, del afiliado y de un acompañante, cuando el paciente lo requiera y sea ordenado por su médico tratante, de forma que pueda recibir oportunamente los servicios médicos asistenciales.

Para concluir, es obligación del juez de tutela analizar las circunstancias de cada caso en particular y determinar si se cumplen con los requisitos definidos por la jurisprudencia, caso en el cual, deberá ordenar los pagos de transporte que se requiera cuando el accionante demuestre que carece de recursos económicos y no puede sufragar el gasto del transporte para cumplir con las citas médicas, tratamientos o procedimientos necesarios para su recuperación.

Por último, respecto de las cuotas moderadoras, el artículo 49 de la Constitución Política determina que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, mediante el cual se debe garantizar “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

Esta disposición constitucional fue desarrollada por el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, al establecer que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad

Social en Salud están sujetas a pagos moderadores entendiendo por tales, pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles.

Los pagos moderadores pueden ser de dos tipos: (i) de los afiliados cotizantes, los pagos moderadores sólo pueden ser aplicados con el objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema; (ii) y de los beneficiarios, tales son pagos que se le aplicarán para complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS.[66]

La Corte Constitucional ya había tratado el concepto de pagos moderadores como concepto genérico que incluye las distintas categorías de pagos que se realizan en el sistema. Así en sentencia T-973 de 2006[67] señaló:

“la normatividad prevé cuotas económicas adicionales a las cotizaciones que deben ser cubiertas por las personas usuarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS – para acceder a los servicios de salud. Dentro de dicha legislación el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece los pagos que deben efectuar los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo o subsidiado de salud dentro de los cuales se encuentran pagos moderadores que comprenden a su vez i) pagos compartidos-copagos-, ii) cuotas moderadoras y iii) deducibles”[68]

Uno de los principales motivos por el que las personas afiliadas o beneficiarias del régimen contributivo se ven obligadas a realizar pagos en el contexto del servicio de salud, es por requerir el tratamiento de enfermedades de alto costo que estén sujetas a un período mínimo de cotización.[69] La ley 100 de 1993, luego de aclarar que en el Sistema de Seguridad Social en Salud las EPS no pueden aplicar preexistencias, establece que el acceso a la prestación de algunos servicios de salud de alto costo para quienes se afilien al sistema, podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización.[70] Cuando una persona no cumpla con los períodos mínimos de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con la capacidad socioeconómica de la persona.[71] Esta regla se reproduce en los mismos términos en la reglamentación,[72] aunque en ella se añade un criterio de justicia adicional para determinar el monto del pago por no haber cotizado el período mínimo, a saber, el porcentaje de tiempo que falte cotizar.[73]

La Corte Constitucional mediante sentencia C-542 de 1998 declaró exequible el artículo 187

de la Ley 100 de 1993, salvo la expresión “y la antigüedad de afiliación en el Sistema”. Sin embargo, la constitucionalidad fue condicionada, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar los pagos moderadores o controvierte la validez de su exigencia, “el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes”.

El Acuerdo 260 de 2004, desarrolló la disposición contemplada en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, estableciendo definiciones más precisas de los tipos de ‘pagos moderadores’ que pueden existir. En primer lugar, el Acuerdo establece que el objeto de las ‘cuotas moderadoras’ es ‘regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso’, de tal suerte que se esté ‘promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS.’[74] En segundo lugar, señala que los ‘copagos’ son ‘aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado’ cuya finalidad es ‘ayudar a financiar el sistema’.[75] La norma también aclara que el primer tipo de pagos moderadores -cuotas moderadoras- son para afiliados y beneficiarios, mientras que el segundo tipo -copagos-, son exclusivamente para los beneficiarios.[76]

La regulación indica que los montos de los pagos moderadores deberán definirse con base en ‘el ingreso base de cotización del afiliado cotizante’, advirtiendo que si existe más de un cotizante por núcleo familiar, el cálculo se hará con base en ‘el menor ingreso declarado’.[77] Adicionalmente, establece que los pagos moderadores (tanto las cuotas moderadoras como los copagos) deben ‘aplicarse’ de acuerdo con los principios de (i) equidad,[78] (ii) información al usuario,[79] (iii) aplicación general (de no discriminación),[80] y (iv) de no simultaneidad.[81]

De forma específica, el Acuerdo fija dos límites a las cuotas moderadoras en mención; establece categóricamente que:

“en ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias, y si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control,

no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios”.[82]

No podrán someterse a copagos (1) “servicios de promoción y prevención” (2) “programas de control en atención materno infantil” (3) “programas de control en atención de las enfermedades transmisibles” (4) “enfermedades catastróficas o de alto costo”; (5) “la atención inicial de urgencias” (6) “los servicios enunciados en el artículo precedente”[83]

En el momento de la prestación de los servicios de salud,[84] las instituciones encargadas deben tener en cuenta, que en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.[85] Para la Corte, la falta de capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a “acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación”. [86]

La Corte Constitucional en la sentencia SU-225 de 1998[87], decidió confirmar un fallo de instancia en el que se había tutelado el derecho a la salud de un menor de edad, y se había ordenado al Ministerio de Salud, y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C. que, en el término de 48 horas, ‘se apersonen de la situación que se ha planteado respecto de la población infantil de la zona de Puente Aranda de esta ciudad, disponiendo lo necesario para que de inmediato se procese el estudio pertinente que conlleve a que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis’. En esta oportunidad, se consideró que de acuerdo con la jurisprudencia, que el juez constitucional “puede conceder la tutela de un derecho prestacional, siempre que se compruebe un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.”

De esta forma, la jurisprudencia ha considerado que está constitucionalmente prohibido aplicar pagos moderadores a los servicios que requieran los niños y niñas cuyos acudientes no cuenten con los recursos para cubrir esos gastos.

En la sentencia T-811 de 2006[88], la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que “las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación.” En este caso la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada de prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.

En ese sentido, todas las personas tienen el derecho constitucional a no ser excluidas del servicio de salud que requieran, cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o cuando requieran el servicio con necesidad, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir.

De esa manera, cuando una persona tiene que asumir un pago moderador (copago, cuota moderadora) o cuando el servicio requerido no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio y la persona, o de quien ella depende, carece de la capacidad económica – parcial o total, temporal o definitiva – para asumir el costo que le corresponde, en estas circunstancias, no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, se analizarán los casos concretos para solucionar el problema jurídico planteado.

2.3 SOLUCIÓN DE LOS CASOS CONCRETOS.

Los casos acumulados previamente expuestos, hacen referencia a situaciones en las que se alega la posible vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, ya sea por negación en la autorización o por las demoras injustificadas que obstaculizan el acceso a los servicios requeridos. Por estos hechos, la Sala aplicará la jurisprudencia constitucional pertinente, e indicará las medidas que se adoptarán de acuerdo con las circunstancias de cada uno de ellos.

Previo al análisis de los casos concretos, la Sala observa que se encuentra acreditada la legitimación en la causa por activa, puesto que en cada uno de ellos se demostró que las

personas agenciadas eran padres e hijo de las accionantes, y que estos se encontraban en incapacidad física y mental para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por las entidades prestadoras de salud demandadas.

En efecto, sobre el tema la Corte ha reiterado que un tercero podrá actuar como agente oficioso sin que medie poder para el efecto, cuando el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio, siempre que esta circunstancia se exprese en el escrito de la tutela[89].

Ahora bien, respecto a la procedencia de la acción constitucional, observa la Sala que se trata, en dos casos de personas de la tercera edad, y otro, de un joven en situación de discapacidad, quienes ante su delicado estado de salud, y la precaria situación económica de sus agentes, hace que tengan que incurrir en gastos, los cuales no pueden asumir, poniendo en riesgo la integridad física, la salud y la posibilidad de recuperación de sus agenciados.

Estos aspectos, indican claramente que se tratan de personas de especial protección constitucional, que además de encontrarse en estado de debilidad manifiesta[90], pertenece a un grupo social vulnerable, frente al cual el constituyente adoptó la decisión de brindar un cuidado especial[91], que puede ser exigido a través de la acción constitucional.[92]

2.3.1 EXPEDIENTE T- 3.688.601

La señora Ana Herminia Cardona Guiral en calidad de agente oficiosa de su hijo Juan Manuel Giraldo Cardona, presentó solicitud de amparo constitucional contra la EPSS SURA, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle a su hijo los pañales desechables para su higiene personal, un cojín antiescaras, crema contra la resequedad de la piel, el servicio de transporte y de un acompañante para que pueda asistir a sus terapias. Además, la exoneración de los copagos, necesarios para su subsistencia en condiciones dignas, con lo cual, tendría la posibilidad de un tratamiento que ayudaría a su rehabilitación.

De los elementos probatorios allegados al proceso se tiene que el joven Juan Manuel

Giraldo Cardona, de 18 años de edad, nació con parálisis cerebral espástica y epilepsia focal, como así lo demuestra la Historia Clínica expedida por Rehabilitamos de la ciudad de Medellín, y los resúmenes de atención de la Fundación Instituto Neurológico de Antioquia. De lo anterior se colige que, se encuentra impedido física y mentalmente, a causa de su enfermedad, la cual ha dejado secuelas cerebrales y lo imposibilita para caminar, por lo que se mantiene en silla de ruedas y en cama.

La señora Ana Herminia Cardona Guiral, asegura que su hijo requiere de tratamiento permanente y no tiene como pagar los copagos, los pañales desechables, el medicamento para combatir la resequedad de la piel y los transportes para él y de un acompañante, dado que las citas médicas son muy distantes de su residencia y tiene que movilizarlo en taxi. La necesidad la obligó a solicitar ayuda a Acción Social, pero esa entidad le negó el servicio toda vez que el joven Juan Manuel Giraldo Cardona, se encontraba afiliado a una EPS.

Como se evidencia del expediente, la accionante recurrió a la EPS SURA, para que le suministre a su hijo los insumos, elementos, el medicamento y los servicios que requería para su rehabilitación, y para ello acudió a los médicos tratantes, para que le expedieran las órdenes correspondientes. Éstos se negaron aduciendo que los servicios solicitados no se encontraban incluidos en el POS. De ello, solo se entregó la orden médica para un cojín antiescaras, que de igual manera fue negada su entrega por parte de la entidad accionada.

Se encuentra probado en el proceso, que al joven Juan Manuel Giraldo Cardona se le ordenaron hasta cinco terapias con el fisiatra, de las cuales, su madre solo podía llevarlo a una por no contar con los recursos para el transporte, por lo que tuvo la necesidad de suspenderlos. De igual forma, debió suspender el tratamiento odontológico, a pesar de que presentaba mucho dolor. Además, debido a que no podía cancelar los copagos.

En esas circunstancias, ante su precaria situación, no podía asumir los gastos que le generaban un costo de aproximadamente \$30.000.00 pesos por día, lo que excedía su capacidad económica, ya que no cuenta con los medios para que su hijo pueda vivir en forma digna, y a pesar de tener casa propia, ésta se encontraba embargada, ya que lo que ganaban mensual tanto ella como el padre de su hijo, no alcanzaba para sufragar los gastos requeridos por el joven ante su estado de salud.

Ante dicha negativa, la accionante presentó acción constitucional, a fin de que se ordenara a la EPS SURA, asumir los gastos de los insumos, elementos, medicamentos y servicios que requería su hijo para poder llevar una vida en condiciones dignas, y le fueran exonerados el cobro de los copagos.

En esta ocasión, el juez constitucional amparó parcialmente los derechos fundamentales de la actora a la salud y a la vida, ordenando a la EPS para que le sea suministrado el cojín antiescaras, ya que éste sí fue ordenado por su médico tratante. Pero negó las demás pretensiones de la accionante.

En el caso sub examine, considera la Sala que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción de tutela y se protejan los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la agenciada, por las siguientes razones:

2.3.1.1 En primer lugar, se encuentra plenamente demostrado que el joven Juan Manuel Giraldo Cardona, es una persona en situación de discapacidad, que no puede valerse por sí misma y mucho menos controlar sus esfínteres como se puede comprobar de la historia clínica que se aportó al proceso.

De esa manera y al no poder valerse por sí mismo para controlar sus necesidades primarias, el pañal desechable se convierte en un elemento esencial para sobrellevar su enfermedad, sin los cuales, si bien no compromete su derecho a la vida, si obstaculiza el desarrollo de una vida en condiciones dignas[93]. En esas circunstancias, resulta claro que la negativa de la EPS SURA de suministrar los pañales que requiere, vulnera sus derechos fundamentales.

2.3.1.2 En segundo lugar, el joven Juan Manuel Giraldo Cardona, es una persona en situación de discapacidad, que la mayor parte del tiempo se encuentra recluido en una cama y en una silla de ruedas, por lo que es frecuente en este tipo de casos que se presenten escaras o resequedad en la piel y si no se trata a su debido tiempo, puede generar mayores complicaciones afectando su vida.

2.3.1.3 En tercer lugar, se encuentra plenamente demostrado que el joven Juan Manuel Giraldo Cardona, por ser una persona en situación de discapacidad no puede valerse por sí misma, y requiere de movilizarse para cumplir con las terapias ordenadas por su

médico fisiatra tratante, a las cuales necesita de una persona que le acompañe en su desplazamiento.

La Corte Constitucional, ha reiterado que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento, debe el juez constitucional analizar si se acredita 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”.[94]

Por otra parte, tenemos que la jurisprudencia constitucional determina la viabilidad del servicio de transporte por fuera del lugar de la residencia del solicitante, y excepcionalmente, dentro del ámbito residencial, cuando se ha probado que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y, de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

“... que la dimensión de los gastos de traslado llega a desbordar la capacidad económica del paciente y de su familia, en cuyo caso se advierte la existencia de una barrera informal al acceso del servicio de salud que debe ser eliminada, según lo ordena el criterio de accesibilidad, pues en estos casos el disfrute material del derecho a la salud del individuo resulta entorpecido por un elemento -capacidad económica- que en ningún caso puede restringir su plena satisfacción.

(...)

Ahora bien, como fue señalado en sentencia T-295 de 2003, en aquellos eventos en los cuales el procedimiento médico sea practicado a un menor de edad, a un discapacitado o a una persona de la tercera edad, se hace indispensable, adicionalmente, cubrir los gastos de desplazamiento de un acompañante, dado el estado de indefensión y el grado de dependencia en que pueden encontrarse.”[95]

En efecto, en sentencia T-760 de 2008[96], la Corte ha reiterado que el transporte es un medio para acceder al servicio de salud[97], y aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones se constituye en una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los recursos económicos para sufragarlo.

Por ello, ha considerado que:

“toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que [le] impidan... acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”.

En estos eventos, ha dicho la Corte Constitucional[98] “... que los gastos de transporte adquieren el carácter de fundamental y deben ser amparados por este mecanismo constitucional.”

Respecto a ello, por una parte, la Sala observa que efectivamente la señora Ana Herminia Cardona no cuenta con los recursos económicos para asumir el traslado de su hijo a las terapias que debe realizarse en la Clínica Rehabilitamos en la ciudad de Medellín, las cuales fueron ordenadas por su médico fisiatra tratante, y que son imprescindibles para su rehabilitación, por lo tanto al no ser autorizados, la EPS SURA está vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del agenciado.

2.3.1.4 Por último, la señora Ana Herminia Cardona solicita que sea exonerada en el pago de los copagos, por no tener los dineros necesarios para cubrir el gasto que ello genera si se tiene en cuenta que el tratamiento de su hijo es permanente.

Al respecto, la Corte en sentencia T-158 de 2008[99], ha sostenido:

“De lo precedente es posible concluir que en materia de copagos y cuotas moderadoras, es indispensable atender a la capacidad económica de los afiliados y al tipo de tratamiento, medicamento o procedimiento sobre el cual se pretende aplicar el pago moderador, puesto que, en ocasiones, además de estar de por medio el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, también puede afectarse el mínimo vital del afiliado o de su familia, toda vez que, aun cuando el servicio sea prestado, exigir con posterioridad la cancelación de un copago cuando éste supera el nivel de ingresos del usuario, trae como consecuencia un detrimento grave del patrimonio económico de quien está obligado a pagar.”

Como ya se dijo, el paciente es una persona de escasos recursos que padece de parálisis

cerebral espástica y epilepsia focal, situación que le imposibilita trabajar limitándolo a una dependencia económica que puedan brindarles sus familiares. Para la Sala es claro que Juan Manuel Giraldo Cardona, tiene el derecho constitucional a no ser excluido del servicio de salud que requiera, y mucho menos condicionar la prestación de ese servicio al pago previo de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas, por lo tanto la Sala procederá a ordenar su exclusión del pago de las cuotas moderadoras en razón del servicio de salud que requiera.

Lo anterior, por cuanto quedó demostrado que la señora Ana Herminia Cardona, no podía asumir los gastos de transporte y cancelación de los copagos que le generaban un costo de aproximadamente \$30.000.00 pesos por día, lo que excedía su capacidad económica, toda vez que ella vive de venta de minutos de celular, y el padre de su hijo, no cuenta con estabilidad laboral.

En conclusión, para la Sala no existe duda que: (i) los gastos de traslado al lugar donde se llevan a cabo las citas médicas y se realizan las terapias, dentro del tratamiento que recibe el hijo de la actora, desbordan su capacidad económica, situación que resulta insostenible para ella y su familia, generando una barrera para el acceso al servicio de salud, y (ii) la parálisis cerebral espástica y epilepsia focal que presenta el actor, implica que se encuentra impedido física y mentalmente, que le ha dejado secuelas cerebrales, por cuanto, no puede controlar los esfínteres, razón por la cual requiere los pañales desechables para su aseo personal, y cremas humectantes para su piel a fin de evitar escaras en la piel. Por lo anterior, requiere de un tratamiento continuo hasta lograr mejorar o restablecer su estado de salud o hasta tanto se le prescriba otro tipo de procedimiento para su remplazo.

Del análisis anterior, quedó demostrada la vulneración alegada por la accionante, por lo tanto la Sala confirmará la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Garantías de Copacabana, Antioquia, del 30 de agosto de 2012, en cuanto a la orden impartida a la EPS SURA de suministrar un cojín antiescaras al joven Juan Manuel Giraldo Guiral.

Sin embargo, revocará la sentencia respecto a la negación del suministro de los demás insumos de aseo personal, medicamentos, transporte y exoneración de los copagos, para en su lugar, disponer que la EPS SURA, dentro del término de las cuarenta y ocho (48)

horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el suministro de pañales desechables dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes por el tiempo que sea necesario al cubrimiento de los gastos de transporte y de un acompañante al joven Juan Manuel Giraldo Guiral; así como de una crema humectante que lo proteja de las quemaduras y resequedad de la piel. De igual forma, autorizar el valor del transporte para él y un acompañante al lugar donde realiza las citas médicas y las terapias, necesarias para el tratamiento que recibe, y sea excluido del pago de las cuotas moderadoras en razón del servicio de salud que requiera.

2.3.2 EXPEDIENTE T- 3.689.726

En el presente caso, la señora Jaqueline Montero Marchena, actúa como agente oficiosa de su madre Clara Marchena de Montero, quien es una persona de 72 años, y le fue diagnosticada una enfermedad cerebro vascular isquémica, trombolizado con transformación hemorrágica en territorio de la arteria cerebral media que le ocasionó varios daños a nivel cerebral, razón por la cual, permaneció 58 días en cuidados intensivos por un coma superficial con estado “vegetativo persistente”, por lo que se encuentra en imposibilidad de promover por sí misma la tutela.

Respecto al suministro de elementos como son los pañales desechables, el servicio de enfermería las 24 horas, y una cama hospitalaria adecuada para su condición, si bien no cabe duda de que aquellos no pudieran entenderse como servicios médicos strictu sensu, la Corte advierte que dichos elementos y servicios inciden propia y directamente en la salud y la vida digna de la agenciada.

En el caso sub examine, considera la Sala que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción de tutela y se protejan los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la agenciada, por las siguientes razones:

Se encuentra demostrado que la persona en favor de quien se interpone la acción de tutela: (i) tiene setenta y dos (72) años de edad y pertenece a la población de adultos mayores[100], por lo cual es considerada como un sujeto de especial protección constitucional; (ii) padece de una enfermedad cerebro vascular isquémica, y (iii) carece de recursos económicos para sufragar el costo de los elementos requeridos para su patología.

2.3.2.1 En primer lugar, se encuentra plenamente demostrado que la señora Clara Marchena de Montero, pertenece a la tercera edad y padece de una enfermedad cerebro vascular isquémica trombolizada con transformación hemorrágica en territorio de la arteria cerebral, que le impide valerse por sí misma y controlar sus esfínteres, como se puede comprobar de la historia clínica que se aportó al proceso.

Esta Corporación desde sus inicios se ha pronunciado sobre el tema, en especial en la Sentencia T-099 de 1999, donde tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una persona perteneciente a la tercera edad que sufría de incontinencia urinaria ocasionada por una disfunción cerebral y a quien la entidad demandada le había negado el suministro de pañales desechables bajo el argumento de que se encontraban excluidos del POS. En esa oportunidad consideró que tal determinación, tornaba indigna la existencia del paciente, por cuanto no le permitía el goce de una óptima calidad de vida.

“En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le permite acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona (heridas, llagas, hongos) no le permiten una vida normal, ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que se le proporcionen en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia. Recuérdese además que en tratándose de personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social se erige en fundamental y su protección se torna insoslayable en casos como el presente.

De esa manera y al no poder valerse por sí misma para controlar sus necesidades primarias, el pañal desechable se convierte para la agenciada en algo esencial para sobrellevar su enfermedad, sin los cuales, si bien no compromete su derecho a la vida, si es un obstáculo para desarrollar una vida en condiciones dignas[101]. En esas circunstancias, resulta claro que la negativa de la Nueva EPS de suministrar los pañales que requiere, vulnera sus derechos fundamentales.

2.3.2.2 En segundo lugar, se encuentra demostrado que la señora Clara

Marchena de Montero, al padecer de una enfermedad cerebro vascular isquémica trombolizado con transformación hemorrágica en territorio de la arteria cerebral, se encuentra recluida a una cama, donde requiere atención especial y permanentemente por un profesional de la salud, debido a una traqueotomía y una gastrostomía.

En efecto, en la historia clínica de señora Clara Marchena de Montero, se encuentra registrado a fecha del 27 de mayo de 2012 que "...en el día de hoy neurológicamente se encuentra en igual estado", es decir, por un coma superficial con cuidados de cánula de traqueotomía, para lo cual, se le ha autorizado un plan de atención domiciliaria de manera mensual e ininterrumpida, que requiere de especiales cuidados de forma permanente, por profesionales en la salud.

Es evidente que para la señora Jaqueline Montero Marchena, se le dificulta la atención de su madre en forma permanente, para lo cual se inscribió en el programa de Atención Domiciliaria a cargo de la Fundación Grupo Estudio de la ciudad de Barranquilla, para su progenitora recibiera la atención de enfermería como lo prescribió su médico tratante.

Como se evidencia del proceso, la Nueva EPS, suspendió el servicio de enfermería desde el 15 de mayo de 2012, a pesar de su estado neurológico, argumentando que solo se realizará el procedimiento dentro de las fechas programadas.

Sobre el tema, esta Corporación ha reiterado que las personas de la tercera edad son consideradas como un grupo de especial protección constitucional, que necesitan una atención preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran "en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran"[102].

Siguiendo los anteriores derroteros, y considerando que es una persona de la tercera edad que ha sufrido un accidente cerebro vascular, la Sala considera que sí se configuran los elementos requeridos para que se conceda la presente acción y se proteja el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, y se ordene a la Nueva EPS para que se autorice a la señora Clara Marchena de Montero, el servicio de enfermería las 24 horas hasta tanto su médico tratante así lo considere procedente.

2.3.2.3 En tercer lugar, la señora Clara Marchena de Montero por su enfermedad se encuentra recluida a una cama, donde se le debe cambiar de posición para evitar la formación de escaras, por lo anterior la señora Jacqueline Montero Marchena, solicitó una cama hospitalaria adecuada para su condición, la cual fue negada por la Nueva EPS aduciendo que no es un servicio prescrito por el médico tratante por cuanto no está contenido en la cobertura del POS. No obstante, esta situación torna indigna la existencia de la agenciada puesto que no le permite gozar de una óptima calidad de vida y le impide recuperarse plenamente.

Para la Sala es evidente que el suministro de una cama hospitalaria que cumpla con condiciones especiales para la paciente, es vital para el tratamiento de la enfermedad y movilidad del accionante, y considera que al no autorizar la EPS su entrega, se están vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Clara Marchena de Montero, toda vez su no utilización repercute directamente en el deterioro de su salud.

2.3.2.4 Para concluir, es preciso tener en cuenta que la señora Jacqueline Montero Marchena, es una persona que no cuenta con los recursos económicos para sufragar el costo que le genera la enfermedad de su progenitora que cada día requiere de más cuidados, y la adquisición periódica y constante de elementos como son los pañales desechables, el servicio de enfermería las 24 horas, y la cama hospitalaria, lo cual afecta en forma desproporcionada su capacidad económica y se constituye en una carga que no podría soportar de manera continua, so pena de afectar el derecho al mínimo vital de su núcleo familiar.

A la luz de estas consideraciones, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, Atlántico, el día 3 de julio de 2012, confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla - Sala Penal-, del 22 de agosto de 2012, y en su lugar, concederá el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Clara Marchena de Montero.

En consecuencia, ordenará a la Nueva EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el servicio de enfermería las 24 horas, y la cama hospitalaria requeridos por la agenciada. De igual forma,

dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, se le suministre los pañales desechables que requiera.

2.3.3. EXPEDIENTE T-3.694.861

La señora Luz Dary Gutiérrez Reita, actuando en calidad de agente oficiosa de su padre, el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, presentó solicitud de amparo constitucional contra Solsalud EPSS, la Secretaría de Salud del Meta y la Clínica Cooperativa de Colombia, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales considera vulnerados por las entidades demandadas, al no brindarle el tratamiento integral tendiente a su recuperación, y al suministro de pañales desechables por el tiempo que sea necesario.

De los elementos probatorios que conforman el expediente se tiene que el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, es una persona de 63 años, afiliado a Solsalud EPSS, régimen subsidiado, quien sufrió un accidente de tránsito, y como consecuencia presentó fractura en la clavícula, en la tibia y el peroné, razón por la cual fue trasladado a la clínica Cooperativa de Colombia, donde le prestaron atención médica a través del SOAT.

Igualmente se observa, que encontrándose hospitalizado sufrió una caída golpeándose fuertemente en la cabeza, por lo que fue operado de urgencia, y como consecuencia quedó en estado de coma superficial.

Ante la situación precaria de salud en que se encontraba su padre, la señora Luz Dary Gutiérrez Reita, presentó una queja a la Secretaría de Salud del Meta, quien dictaminó que “el paciente se encontraba en mal estado”. Por su parte Solsalud EPSS, programó una visita a la que nunca se presentaron.

Debido al estado de salud y abandono en que se encuentra el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, la accionante acudió a la acción constitucional, para que se amparen los derechos fundamentales de su padre, los cuales considera que se están vulnerando toda vez que la Clínica no le presta la atención que requiere teniendo en cuenta su estado en razón a que (i) las escaras le invaden su cuerpo, y (ii) los evidentes síntomas de desnutrición. Aseguró que los médicos no realizan visitas a su padre y la clínica lo quiere entregar aduciendo que el SOAT está vencido y no hay entidad que responda por él.

Por ello, solicita que se le brinde a su padre, el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, una atención médica integral de acuerdo a sus condiciones de salud, y además, se autorice el suministro de pañales desechables para su higiene personal y cremas antiescaras que requiere con urgencia.

De las Pruebas allegadas por la Secretaría de Salud del Meta, se observa que en el acta de visita, esta informa que de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES, la prestación de los servicios requeridos por la señora Luz Dary Gutiérrez, en los casos de cobertura parcial como en el caso del señor Gutiérrez (accidente de tránsito), le corresponde inicialmente al SOAT y posterior a la EPSS correspondiente, en este caso a Solsalud EPSS.

Por su parte la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia, remitió la copia de la historia clínica del señor Pedro Eliseo Gutiérrez, quien se encuentra hospitalizado en esa institución, presentando "... un cuadro postoperatorio de traqueotomía con bastante movilización de secreciones con secuelas de AC, el paciente actualmente en mejores condiciones clínicas médicamente se considera necesario un manejo en casa hospitalaria por el nivel de riesgo de infección al tenerlo en las instalaciones de la Cooperativa." Y aseguró que la EPSS está en la obligación de prestar ese servicio porque se encuentra contemplado en el POS.

A pesar de ello, el juez de instancia negó las pretensiones de la accionante declarando hecho superado en la causa, y negó la protección solicitada, con el argumento de que la Clínica prestó los servicios médicos requeridos, y realizó la recomendación de que al paciente se le brinde casa hospitalaria por parte de Solsalud EPSS.

En el presente caso, la Sala observa que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción de tutela y se protejan los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas del agenciado, por las siguientes razones:

En primer lugar, cabe recordar lo dicho por la jurisprudencia constitucional, tratado en el acápite de las consideraciones, donde reitera que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas que se encuentren en situación de indefensión, bien sea por razones económicas, físicas o mentales, son equiparables a medidas discriminatorias[104], por cuanto la situación de estas personas les impiden ejercer sus derechos y responder por sus

obligaciones, y el Estado está en la obligación de tomar las medidas para que se supere esa situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven avocadas.

En ese sentido, esta Corporación ha reiterado que tratándose del derecho al mínimo vital de las personas merecedoras de especial protección, éste es consecuencia directa del principio de dignidad humana.[105].

Para la Sala es evidente que pertenecen al régimen subsidiado y no cuentan con los recursos para el mantenimiento y costo que le genera la enfermedad del señor Pedro Eliseo Gutiérrez, y ninguna de las entidades asume su tratamiento encontrándose en total abandono.

Esta Corporación, en reiterados pronunciamientos ha dicho que las entidades prestadoras de salud deben dar continuidad a los tratamientos ordenados a los pacientes, con el fin de garantizarles su efectiva recuperación. Para ello, deben facilitar los medios adecuados para acceder a las instituciones que presten los servicios en salud que requieren con necesidad.

Por lo tanto, se observa que las entidades accionadas están incumpliendo sus deberes legales y constitucionales en la prestación del servicio en forma oportuna, adecuada e ininterrumpida, a partir de los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima, evidenciando la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna del accionante, a quien se pone en riesgo afectando el desarrollo de su vida en condiciones dignas, por cuanto es indispensable la continuidad de los controles médicos para su recuperación.

De las pruebas aportadas se hace evidente el total abandono en que se encuentra el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, donde las entidades prestadoras en salud no asumen su responsabilidad en la atención integral del paciente.

Por las anteriores razones, encuentra la Sala que existe una violación de los derechos fundamentales del agenciado, por lo tanto reiterará lo dicho en los casos anteriores sobre la atención especial en salud, por lo que ordenará a Solsalud EPSS, que cubra todos los gastos hospitalarios generados por el paciente desde la fecha del vencimiento del SOAT, y asuma la atención integral en salud que requiera y se le ordene, además del suministro de pañales

desechables para su higiene personal, una crema antiescaras que requiere con urgencia. Además, se le preste el servicio de casa hospitalaria para evitar el riesgo de posibles infecciones al tenerlo en las instalaciones de la Clínica.

Respecto a la capacidad económica de la accionante, para la Sala es claro que se trata de una persona de escasos recursos, perteneciente al régimen subsidiado en salud, que debido a la enfermedad de su padre es poco o nada lo que puede trabajar dependiendo en algunos casos de familiares, quienes igualmente no cuentan con los recursos suficientes.

Si bien la accionante no aporta prueba dentro del proceso que demuestre su insolvencia económica, debe tenerse como cierta su afirmación teniendo en cuenta que ninguna de las entidades probó lo contrario y en esta medida se tutelarán los derechos del beneficiario de esta acción.

En consideración a lo anterior, el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, tiene el derecho constitucional a no ser excluido del servicio de salud que requiera, y mucho menos condicionar la prestación de ese servicio al pago previo de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas, por lo tanto la Sala procederá a ordenar su exclusión del pago de las cuotas moderadoras en razón del servicio de salud que requiera.

Al tenor de estas consideraciones, la Sala revocará el fallo único de instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, Meta, el 21 de agosto, y, en su lugar, concederá el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor Pedro Eliseo Gutiérrez. En consecuencia, ordenará a Solsalud EPSS para que para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, que cubra todos los gastos de hospitalarios generados por el paciente desde la fecha del vencimiento del SOAT, y asuma la atención integral en salud, incluyendo el servicio de casa hospitalaria para evitar el riesgo de posibles infecciones. De igual forma, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, se le suministre los pañales desechables que requiera para su higiene personal y una crema antiescaras para el cuidado de su piel, y sea excluido del pago de las cuotas moderadoras en razón del servicio de salud que requiera.

En mérito de lo anterior, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo único de instancia proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Garantías de Copacabana, Antioquia, del 30 de agosto de 2012, en cuanto a la orden impartida a la EPS SURA de suministrar un cojín antiescaras al joven Juan Manuel Giraldo Guiral; y REVOCAR el fallo citado respecto a la negación del suministro de los demás insumos, elementos y servicios solicitados, y en consecuencia CONCEDERÁ el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas del joven Juan Manuel Giraldo Guiral, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la EPS SURA, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, autorice el valor del transporte para el joven Juan Manuel Giraldo Guiral, y de un acompañante al lugar donde realiza las citas médicas y las terapias, y sea excluido del pago de las cuotas moderadoras en razón del servicio de salud que requiera. De igual forma, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, se le suministre los pañales desechables por el tiempo que sea necesario; así como de una crema humectante que lo proteja de las quemaduras y resequedad de la piel.

TERCERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, Atlántico, el día 3 de julio de 2012, confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla - Sala Penal-, del 22 de agosto de 2012, y en su lugar, CONCEDERÁ el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Clara Marchena de Montero, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- ORDENAR a la Nueva EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el servicio de enfermería las 24 horas, y la cama hospitalaria requeridos por la agenciada. De igual forma, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, se le suministre los pañales desechables que requiera.

QUINTO.- REVOCAR el fallo único de instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, Meta, el 21 de agosto, y en su lugar, CONCEDERÁ el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor Pedro Eliseo Gutiérrez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- ORDENAR a Solsalud EPSS para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, que cubra todos los gastos de hospitalarios generados por el paciente desde la fecha del vencimiento del SOAT, y asuma la atención integral en salud, incluyendo el servicio de casa hospitalaria para evitar el riesgo de posibles infecciones. De igual forma, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, se le suministre los pañales desechables que requiera para su higiene personal y una crema antiescaras para el cuidado de su piel, y sea excluido del pago de las cuotas moderadoras en razón del servicio de salud que requiera.

SÉPTIMO.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

- [1] Sentencia T-845 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- [2] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- [3] Sentencia T-531 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- [4] Sentencia T-552 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- [5] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
- [6] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- [7] Constitución Política, art. 13.
- [8] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.
- [9] Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.
- [10] Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- [11] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- [12] M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- [13] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- [14] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [15] Esta propuesta teórica fue inicialmente expuesta en sentencia T-573 de 2005 y posteriormente desarrollada en sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [16] Sentencia T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- [17] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

- [18] Sentencia T-1185 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- [19] Sentencia T-540 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- [20] Sentencia T-096 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.
- [21] Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- [22] Reiterada por la sentencia T-093 de 2007.
- [23] Entre otras, Sentencia T-378 de 1997.
- [24] Sentencia T-841 de 2006.
- [25] Ver Sentencia T- 285 de 2007.
- [26] Sentencia T- 970 de 2007 MP. Humberto Antonio Sierra Porto
- [27] MP. Eduardo Montealegre Lynett.
- [28] Sentencia T-970 de 2007 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [29] “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011, que define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud”.
- [30] Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- [31] Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.
- [32] Sentencia T-775 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- [33] MP. Alejandro Martínez Caballero.
- [34] SU480 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero.
- [35] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- [36] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[37] Sentencias T-236 de 1998; T-1019 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[38] Humberto Antonio Sierra Porto.

[39] Sentencias SU-480 y T-640 de 1997, T-236 de 1998, SU-819 de 1999, T-1204 de 2000, T-683 de 2003, T-1331 de 2005, T-1083 de 2006 y T-760 de 2008, entre otras.

[40] Sentencia T-760 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[41] Sentencia T-1204 de 2000, se ordenó a Colmena Salud EPS realizar el servicio requerido, el cual era un examen de carga viral. "(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos."

[42] Sentencias T-760 de 2008, T-875 de 2008 y T-1024 de 2010.

[43] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[44] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[45] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[46] Sentencia T-1204 de 2000, reiterada en las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

[47] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[48] Ver sentencias: T-099 de 1999, T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-965 de 2007, T-202 de 2008, T-437 de 2010, entre otras.

[49] Sentencia T-540 de 2002 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[51] Ver sentencia T-975 de 2008.

[52] La sentencia T-760 de 2008 precisó que: “cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.”

[53] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[54] Sentencia T-760 de 2008, T-003 de 2009 y T-037 de 2010.

[55] “En las sentencias T-899 de 2002, T-202 de 2008, T-975 de 2008, T-053 de 2009, T-352, T-437 y T-574 de 2010, entre otras, la Corte ha ordenado el suministro de tales elementos por tratarse de personas en debilidad manifiesta ante el hecho notorio y evidente de la incontinencia urinaria o la imposibilidad para valerse por sí mismo propias de la avanzada edad o de quienes se encuentran afectados por patologías relacionadas con la próstata, la cadera, disfunción o parálisis cerebral, cuadriplejía o hemiplejía o cuando la persona afronta una enfermedad ruinosa o catastrófica, siempre que los peticionarios no cuenten con los recursos económicos para sufragarlos. En dichas oportunidades, se ha considerado que su provisión “más que obedecer a un tratamiento médico, tienen por finalidad dar un estado salubre y de bienestar de la persona que los requiere”, se constituyen en medios para garantizar la integridad personal y la vida digna de quien los necesita”.

[56] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[57] *Ibíd.*

[58] Sentencias T-350 de 2003 M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-745 de 2004 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-962 de 2005 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-200 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-201 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1019 de 2007 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-212 de 2008 M. P. Jaime Araujo Rentarías; T-642 de 2008 M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-391 de 2009 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-716 de 2009 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y, T-834 de 2009 M. P. María

Victoria Calle Correa.

[59] El Acuerdo 09 de 2009 de la CRES.

[60] Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

[61] MP. Mauricio González Cuervo.

[62] M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[63] “El Acuerdo 72, art. 1, literal d señala: ARTICULO 1.- Contenidos del Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Subsidiado. El Plan Obligatorio de Salud Subsidiado comprende los servicios, procedimientos y suministros que el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a las personas aseguradas con el propósito de mantener y recuperar su salud.

La cobertura de riesgos y servicios a que tienen derecho los afiliados al Régimen Subsidiado es la siguiente:

“(…) “D. Transporte de pacientes:

“1. Pacientes de alto costo: cubre traslado de los pacientes hospitalizados por enfermedades de alto costo que por sus condiciones de salud y limitaciones de la oferta de servicios del lugar donde están siendo atendidos, requieran de un traslado a un nivel superior de atención.”

“2. Urgencias. Se cubre el costo del traslado interinstitucional de los pacientes a otros niveles de atención cuando medie la remisión de un profesional de la salud.”

[64] En relación con el régimen contributivo la Resolución 5261 dispone: “ARTICULO 2o. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD. En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.”

- [65] Sentencia T-197 de 2003 M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- [66] Artículo 187 de la Ley 100 de 1993.
- [67] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [68] Ver sentencias T-617 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería; T-734 de 2004 Manuel José Cepeda Espinosa.
- [69] Decreto 1938 de 1994.
- [70] Artículo 164 de la Ley 100 de 1993.
- [71] Artículo 164 de la Ley 100 de 1993.
- [72] Artículo 61 del Decreto 806 de 1998.
- [73] Decreto 806 de 1998.
- [74] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 1°.
- [75] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 2°.
- [77] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 4°.
- [78] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (1) 'Equidad. Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.'
- [79] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (2) 'Información al usuario. Las Entidades Promotoras de Salud deberán informar ampliamente al usuario sobre la existencia, el monto y los mecanismos de aplicación y cobro de cuotas moderadoras y copagos, a que estará sujeto en la respectiva entidad.
- [80] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (3) 'Aplicación general. Las Entidades Promotoras de Salud, aplicarán sin discriminación alguna a todos los usuarios tanto los copagos como las cuotas moderadoras establecidos, de conformidad con lo dispuesto en el

presente acuerdo.’

[81] Acuerdo 260 de 2004, CNSS.

[82] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 6°, parágrafos 1° y 2°.

[83] Acuerdo 260 de 2004, CNSSS, artículo 7°.

[84] El artículo 185 de la Ley 100 de 1993, se establece que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, tienen por función ‘prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.’

[85] Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con esta norma, los recaudos por estos conceptos ‘serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud’, no obstante, advierte que ‘el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía’, Fosyga.

[86] Ley 100 de 1993 artículos 187 y 188 ‘Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios’

[87] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[88] MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

[89] Sentencia T-294 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[90] Artículo 13 de la Constitución Política.

[91] Artículo 47 de la Constitución Política.

[92] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[93] Ver sentencias T-1219 de 2003 y T-202 de 2008.

[94] Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

[95] Sentencia T-200 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[96] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[97] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[98] Sentencia 352 de 2010 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[99] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[100] Artículos 5 y 7 de la Ley 1276 de 2009.

[101] Ver sentencias T-1219 de 2003 y T-202 de 2008.

[102] Sentencia T-540 de 2002 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[103] Artículos 5 y 7 de la Ley 1276 de 2009.

[104] Entre otras, Sentencia T-378 de 1997.

[105] Ver Sentencia T- 285 de 2007.