

T-171-18

Sentencia T-171/18

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa en defensa de sus propios intereses

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad que se ocupa de prestar el servicio público de salud

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA-Reglas generales

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

LEY 1438/11-Reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, e instituyó un procedimiento “preferente y sumario”

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

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

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

DERECHO A LA SALUD-Bloque de constitucionalidad e instrumentos internacionales de protección

LEY ESTATUTARIA QUE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Ley Estatutaria 1751 de 2015

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

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

En concordancia con lo señalado por la sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la ley estatutaria, el mencionado principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. La adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que “está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor”.

PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

Las implicaciones económicas de garantizar el derecho a la salud fueron analizadas por la Corte en la mencionada sentencia C-313 de 2014, particularmente cuando estudió el principio de sostenibilidad consagrado en el literal i) del artículo 8°, y los criterios de exclusión de los servicios y tecnologías del sistema de salud consagrados en el artículo 15. Por razones de complejidad y extensión no es necesario entrar a detallar los argumentos presentados, no obstante, es importante mencionar que esta Corporación admitió tales exclusiones y resaltó que el equilibrio financiero tiene como finalidad garantizar la viabilidad del sistema de salud y, por lo tanto, su permanencia en el tiempo. Ahora bien, dicha conclusión –según se aclaró en la sentencia– no puede conducir al equívoco de estimar que el reconocimiento del principio de sostenibilidad es una libertad costo-efectiva para proferir normas y tomar decisiones que lesionen los derechos de los usuarios y desconozcan la jurisprudencia constitucional sobre el acceso efectivo e integral a los servicios de salud. En todo caso, la Corte declaró la exequibilidad del principio de sostenibilidad financiera “bajo el entendido de que no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario”.

LEY ESTATUTARIA QUE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Exclusiones al Plan de Beneficios en Salud

INAPLICACION DE LAS EXCLUSIONES DE SERVICIOS DE SALUD-Criterios jurisprudenciales

DERECHO AL DIAGNOSTICO DE UNA ENFERMEDAD HACE PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-
Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Orden a EPS disponer y asegurar visita al domicilio de la accionante, de un médico adscrito a su red para que valore de manera integral la situación y se autoricen y prescriban los servicios y tecnologías que requiera

Referencia: Expediente T-6.406.033

Acción de tutela interpuesta por MARGARITA PORRAS BARRAGÁN contra CAFESALUD E.P.S. (ahora MEDIMÁS E.P.S.).

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo emitido el 27 de junio de 2017 por el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela promovida por Margarita Porras Barragán contra Cafesalud E.P.S. (en adelante Medimás E.P.S.[1]). El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez mediante auto del 27 de octubre de 2017.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

1.1. La señora Margarita Porras Barragán de 88 años de edad, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela el 20 de junio de 2017 solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, por la presunta vulneración por parte de Medimás E.P.S. debido a la falta de atención médica integral. Funda su solicitud en los siguientes hechos:

2. Hechos

2.1. El 12 de marzo de 2017 la accionante sufrió un accidente doméstico en el que se fracturó la cadera y estuvo hospitalizada hasta el 09 de abril del mismo año, fecha en la que le fue comunicada el alta médica y remitida a su casa.[2]

2.2. Sostiene que debido a la osteoporosis que sufre no le pudo ser practicada operación quirúrgica correctiva para la unión del hueso fracturado, por lo que ha quedado inmovilizada. Anexa la historia clínica de la atención donde el médico tratante le formuló recomendaciones de reposo y tratamiento ortopédico hasta nueva cita de control por consulta externa.[3]

2.3. Refiere que desde el 09 de abril de 2017 no ha recibido ningún tipo de atención médica. Añade que la fractura le ha impedido levantarse de su cama, lo que le ha generado importantes molestias que afectan su salud y calidad de vida.

2.4. La accionante se encuentra afiliada a Medimás E.P.S. en el régimen contributivo en la calidad de cotizante.

2.5. Anexa a la tutela copia de un certificado del Sistema de Selección de Beneficiarios (SISBEN) donde se indica que en evaluación de las condiciones socioeconómicas, realizada el 17 de agosto de 2011, se le asignó un puntaje de 19,67.[4]

2.6. Con base en lo expuesto, la accionante solicita se ordene a Medimás E.P.S. adelantar las gestiones necesarias para proporcionarle lo siguiente: “(i) valoración médica domiciliaria; (ii) terapias para recuperar la movilidad (iii) atención médica por parte de una enfermera; (iv) cama hospitalaria reclinable; y (v) pañitos húmedos, guantes para enfermera, cremas antiescaras, pañales tena sleep y Ensure”[5].

3. Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Bucaramanga, mediante auto del 20 de junio de 2017, admitió la acción de tutela y ordenó vincular a la Secretaría de Salud Departamental de Santander para que se pronunciara sobre los hechos objeto de controversia. De igual forma, ordenó notificar a Medimás E.P.S. para que, en el término de 2 días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, ejerciera su derecho a la defensa.

3.1. Respuesta de Medimás E.P.S.

3.1.1. En escrito del 22 de junio de 2017, la apoderada judicial de la entidad accionada contestó la acción de tutela y basó su defensa en los siguientes argumentos: (i) la autorización de servicios de salud debe estar precedida por un dictamen médico que racionalice la pertinencia y procedencia del tratamiento; y (ii) los pacientes tienen deberes cuyo cumplimiento está sujeto a la garantía efectiva del derecho fundamental a la salud.

3.1.2. Sobre el primer argumento, señaló que los servicios de salud deben tener como fundamento un dictamen médico que marque la idoneidad de la atención. De esta manera, la prestación de servicios e insumos para tratar una patología deben ser racionalizados por un especialista, quien es el encargado de determinar el tratamiento correcto para la recuperación del paciente. En el caso particular, la accionante solicita servicios e insumos inciertos que no cuentan con el fundamento médico necesario, ni con el análisis mínimo de pertinencia, procedencia y conexidad requerido para acceder a sus pretensiones.

3.1.3. Sobre el segundo argumento, indicó que la Ley 100 de 1993 además de establecer derechos para los usuarios del sistema de salud, también establece deberes sin los cuales no puede entenderse la realización plena de sus disposiciones. Concretamente, destacó el deber de cooperación del paciente en relación con el tratamiento de su patología, el cual se deriva de la obligación consagrada en numeral 1 del artículo 160 de la citada ley que compele a todos los usuarios y beneficiarios del sistema de salud a procurar su cuidado integral y el de su comunidad[6]. Con base en ello, alega que la accionada ha incumplido sus deberes como paciente al desconocer las instrucciones de cuidado establecidas por el médico tratante. Al respecto, adjuntó copias de autorizaciones de servicios médicos con fechas de abril y mayo, sin embargo, sostuvo que la accionante no asistió a estos controles.[7]

3.1.4. El escrito termina indicando que en el caso particular no es posible derivar la

vulneración de un derecho fundamental por parte de Medimás E.P.S. en tanto no se ha negado la prestación del servicio de salud. En efecto, destaca que un médico tratante formuló instrucciones precisas de cuidado a la señora Margarita Porras Barragán, entre las cuales se encontraba una orden de radiografía y una cita de control con un ortopedista, servicios que fueron debidamente autorizados por la entidad accionada y desdeñados por la accionante.

3.1.5. Finalmente, destaca que antes de acceder a las pretensiones es necesario que un médico actualice el cuadro clínico de la paciente y formule nuevamente los servicios e insumos que considere necesarios para tratar la patología.

3.2. Respuesta Secretaría de Salud Departamental de Santander

3.2.1. El Secretario de Salud del Departamento de Santander, Luis Alejandro Rivero Osorio, señaló, en contestación del 21 de junio de 2017, que luego de revisar la base de datos de su entidad, del FOSYGA y del Departamento Nacional de Planeación (DNP) pudo evidenciar que la accionante se encuentra afiliada a Medimás E.P.S. en el régimen contributivo en la modalidad de cotizante. Sobre ello, sostuvo que los entes territoriales tienen obligaciones respecto del régimen subsidiado, siendo de su competencia la identificación de la población vulnerable que habita en su jurisdicción para afiliarla a dicho régimen y garantizar su acceso a la salud.

3.2.2. En el escrito, el Secretario puntualizó que los recursos en materia de salud del Departamento están enfocados en las poblaciones vulnerables y la financiación de su atención en salud. Por lo anterior, concluye que en el presente caso corresponde exclusivamente a la E.P.S. de la accionante, y no a la Secretaría de Salud Departamental de Santander, prestar la atención médica integral requerida. Finaliza su respuesta solicitando al juez de tutela se excluya a la Secretaría de cualquier responsabilidad.

4. Decisión judicial de primera instancia objeto de revisión

4.1. El Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Bucaramanga, mediante sentencia del 27 de junio de 2017, negó el amparo al considerar que los servicios e insumos solicitados por la accionante no tienen fundamento, pues no están precedidos por una valoración expresa de un médico tratante que determine su idoneidad en el tratamiento de la patología.

4.2. El juzgado llevó a cabo un análisis de la jurisprudencia referente al criterio de necesidad como garantía de accesibilidad a los servicios de salud y resaltó que “de acuerdo con las directrices señaladas por la Corte Constitucional, es claro que debe mediar la orden de un médico tratante (...) En el caso que nos ocupa, no existe orden expresa de un médico con respecto a los servicios de salud requeridos por la señora Margarita Porras Barragán, pues lo que obra en el expediente es la historia clínica, en la cual se considera seguir con las recomendaciones”[8].

4.3. Para concluir, señaló que una autoridad judicial no puede suplantar las funciones y la competencia del médico tratante, cuyo ámbito de conocimiento es el indicado para determinar la pertinencia y procedencia de los servicios e insumos de salud.

5. Actuaciones en sede de revisión

5.1. Auto del 18 de diciembre de 2017

5.1.1. La Magistrada Ponente, mediante Auto del 18 de diciembre de 2017[9], solicitó a la señora Margarita Porras Barragán información sobre: (i) si ha recibido atención médica desde el momento en que instauró la acción de tutela; (ii) si tiene a su disposición una silla de ruedas o algún otro medio para movilizarse; (iii) cómo está conformado su núcleo familiar y cómo es la distribución de cargas en el sostenimiento del hogar; y (iv) cuáles son sus ingresos y egresos económicos mensuales. Lo anterior, en razón a que la accionante no hizo una mención relevante sobre su ámbito personal y familiar en los hechos descritos en la tutela y, sin embargo, se pudo constatar –según la contestación de la Secretaría de Salud Departamental de Santander– que en la actualidad se encuentra afiliada a Medimás E.P.S. en el régimen contributivo y activa en la modalidad de cotizante.

5.1.2. De igual forma, en el mismo auto se solicitó información a Medimás E.P.S. sobre si ha adelantado gestiones administrativas tendientes a proveer la atención médica solicitada por la accionante.

5.2. Respuesta de la señora Margarita Porras Barragán

5.2.1. Mediante escrito del 22 de enero de 2018, la señora Margarita Porras Barragán respondió lo solicitado en el Auto del 18 de diciembre de 2017. La accionante expuso que

desde la fecha en que interpuso la acción de tutela sí ha recibido atención médica, no obstante, ésta no ha sido congruente con las solicitudes formuladas en la tutela pues se ha limitado a la autorización de tratamientos ortopédicos de rehabilitación y a la entrega de medicamentos.

5.2.2. Señala que en cita de control con fecha del 12 de diciembre de 2017 el médico tratante ordenó 20 terapias de tratamiento ortopédico las cuales, a pesar de haber sido autorizadas por Medimás E.P.S., no han sido realizadas debido a que –según describe en el escrito– el personal médico se ha negado acudir a su casa a causa de las condiciones de la carretera del lugar donde vive.[10] Sostiene, además, que el médico tratante no le formuló todos los medicamentos e insumos requeridos para el tratamiento de su patología, sino que se limitó a prescribir los que entran en el ámbito de su competencia y conocimiento; en efecto, la accionante alega que fue remitida al médico general para las prescripciones adicionales.[11]

5.2.3. Refiere que por falta de recursos económicos no dispone de una silla de ruedas y que, a pesar de su condición, el médico tratante no ha considerado necesario ordenar una. Adiciona que a partir del accidente doméstico no ha podido volver a caminar por lo que le es forzoso contar con atención médica domiciliaria o con un transporte que le permita acudir a las citas y tratamientos.

5.2.5. Por último, la accionante no hace mención alguna al origen y cantidad de sus ingresos y egresos económicos mensuales. Solamente refiere que se encuentra afiliada al sistema de salud en el régimen contributivo porque son sus hijos quienes pagan el aporte por ella. No obstante, al no estar trabajando su hija, su hijo ha tenido que asumir el pago “con mucha dificultad, al punto de que me dijo que no iba a poder seguirme pagando el seguro”[12].

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedibilidad

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y en virtud de

la selección y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1.1. Legitimidad en la causa por activa y pasiva

1.1.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar, de manera directa o por quien actúe legítimamente a su nombre, la protección de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, la acción de amparo debe ser dirigida “contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”[13].

1.1.2. En el caso particular, los requisitos en mención se cumplen a cabalidad pues la acción de tutela fue interpuesta por Margarita Porras Barragán, actuando en nombre propio, quien era mayor de edad para la fecha en que fue presentada la demanda, esto es, el 20 de junio de 2017. Por su parte, la tutela fue dirigida contra Cafesalud E.P.S. (ahora Medimás E.P.S.), entidad legitimada por pasiva por ser la encargada de la prestación del servicio público de salud.

1.2. Inmediatez

1.2.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela debe interponerse en un término prudencial contado a partir de la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales. Sobre el particular, la sentencia SU-961 de 1999 estimó que “la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto”.[14] En el mismo sentido la sentencia SU-391 de 2016 señaló que “[n]o existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable”[15].

1.2.2. En este caso, la parte accionante considera que luego de la atención de urgencias recibida entre los meses de marzo y abril del año 2017, no ha recibido atención integral en salud por parte de Medimás E.P.S. Por su parte, la acción de tutela tiene fecha de reparto

del 20 de junio de 2017, por lo que entre uno y otro evento transcurrieron menos de 2 meses, término que la Sala estima razonable. En todo caso, cabe añadir que si bien el expediente no da cuenta de una actuación por parte de la accionante encaminada a solicitar la atención médica y los insumos antes de acudir a la acción de tutela, como quiera que se trata de un adulto mayor sujeto de especial protección constitucional, la valoración de este requisito debe presumirse superado.

1.3. Subsidiariedad

1.3.1. Los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sin embargo, esta Corporación ha establecido que “un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salva-guarda del derecho fundamental invocado”.^[16]

1.3.2. En el presente caso se debe considerar si la acción de tutela es procedente, pese a que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 asignó a la Superintendencia Nacional de Salud la función jurisdiccional de “conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez” los asuntos en los que exista conflicto entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios. Por su parte, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 estableció que el procedimiento dispuesto ante la Superintendencia de Salud es “preferente y sumario” y deberá sujetarse a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

1.3.3. En ese sentido, el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud tiene una competencia principal y prevalente, mas no excluyente, frente a la acción de tutela para conocer sobre los numerosos conflictos entre usuarios y entidades en torno a la prestación del servicio público de salud. Así fue establecido por la Corte Constitucional cuando se refirió a la constitucionalidad de la nueva función jurisdiccional de la Superintendencia:

“[E]n modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y

preponderante. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder ‘como mecanismo transitorio’, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente”[17]

1.3.4. Con base en lo anterior, no obstante la existencia paralela del mecanismo jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia, esta Corporación ha seguido aceptando la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud.[18] Lo anterior no significa que la jurisdicción en salud de la Superintendencia no sea idónea y eficaz, por el contrario, es clara su competencia prevalente, a excepción de los casos en que: (i) la acción de tutela pueda proceder como mecanismo transitorio en caso de la inminente consumación de un perjuicio irremediable; o (ii) cuando en la práctica y en un caso concreto acudir a la Superintendencia no resulte el mecanismo más adecuado para la efectiva protección del derecho fundamental.

1.3.5. En ese orden de ideas, el juez constitucional debe analizar –para cada caso concreto– si el mecanismo judicial establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 es eficaz e idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales alegados, o si por el contrario su utilización puede conllevar la configuración de un perjuicio que haga forzosa la presentación de una tutela debido a la necesidad apremiante de la protección.

1.3.6. En el caso específico lo primero a destacar es la condición de especial protección constitucional que tiene la accionante, quien por ser un adulto mayor goza de un amparo reforzado de sus derechos fundamentales por disposición expresa de la Constitución Política (arts. 13, 46 y 47). Sumado a ello, sobresale la circunstancia de vulnerabilidad manifiesta de la accionante a causa de su condición física, pues, según manifiesta, luego de la fractura de cadera no ha podido volver a caminar. Lo anterior repercute directamente en sus derechos fundamentales y merece una protección directa por parte del juez constitucional.

1.3.8. Por otro lado, si bien esta jurisdicción ha sido ampliamente promovida por la Superintendencia y cuenta con canales de acceso apropiados, la expedición de una

normatividad nueva sobre las exclusiones específicas de servicios y tecnologías en salud amerita el análisis de la Corte Constitucional en torno a los límites de su aplicación.

1.3.10. Por lo anterior, en razón de la situación de vulnerabilidad manifiesta de la accionante debido a su condición física, así como por ser un adulto mayor sujeto de especial protección constitucional, y en vista de la existencia de una amenaza real de sus derechos fundamentales, la jurisdicción constitucional resulta la vía idónea y eficaz en el presente caso.

2. Problema jurídico

Con base en los antecedentes expuestos con antelación, le corresponde a la Sala de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿Una E.P.S. (Medimás E.P.S.) vulnera los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de un usuario afiliado al sistema de salud en la modalidad de cotizante (Margarita Porras Barragán) cuando no ofrece una atención médica integral que permita determinar de manera completa los servicios y tecnologías que requiere para tratar su patología y garantizar su dignidad?

Para resolver el problema jurídico planteado, a continuación se estudiarán los siguientes temas: (i) la connotación de la salud como servicio público y su desarrollo como derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) las exclusiones de la Ley 1751 de 2015 al Plan de Beneficios en Salud; (iii) los parámetros de análisis desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para determinar la aplicabilidad de las exclusiones en cada caso concreto; (iv) el diagnóstico médico como elemento esencial del derecho fundamental a la salud; y finalmente (v) la resolución del caso concreto.

3. Naturaleza jurídica y protección constitucional del derecho a la salud

La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la

Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución.

3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo[19]

3.1.1. La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho[20]–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).[21]

3.1.2. Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.

Derecho fundamental por conexidad

3.1.3. Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la

postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su “conexidad” con el derecho fundamental a la vida.

3.1.4. Es decir, según el criterio de “conexidad”, bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales.[22]

Dignidad humana como base de los derechos fundamentales

3.1.5. Más adelante, en la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló:

“Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”[23].

3.1.6. La Corte sostuvo en este pronunciamiento que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Por ello, los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales.[24]

3.1.7. Esta postura marcó un nuevo avance en la concepción de la salud, pues determinó

que el elemento central que le da sentido al uso de la expresión derechos fundamentales es el concepto de dignidad humana, el cual está íntimamente ligado al concepto de salud.

La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.8. La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la “conexidad” como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:

“Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental” [25].

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”[26].

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.[27]

3.1.12. Hechas las anteriores consideraciones, es importante hacer una breve referencia a los instrumentos internacionales que han sustentado y guiado el desarrollo del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.[28]

3.2.1. La sentencia T-760 de 2008, además de resumir y sistematizar los pronunciamientos precedentes de la Corte Constitucional en materia de salud, también hizo referencia a los tratados y convenios internacionales que han consagrado este derecho. Así, dentro de los numerosos instrumentos internacionales que reconocen la salud como derecho del ser humano, destaca de forma especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su artículo 12 que establece el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, así como el profundo desarrollo que hace de este artículo la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).[29]

3.2.2. La mencionada Observación ha tenido un impacto importante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues ha servido como referente central en la construcción y delimitación del derecho a la salud. En ella, el Comité establece de manera clara y categórica que la salud “es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”[30]. En referencia al contenido normativo, señala que una parte esencial del derecho es la existencia de “un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”[31]. Es decir, para el CDESC la salud es un derecho humano elemental e irrenunciable cuya efectiva realización está ligada a la existencia de un sistema de protección a cargo del Estado. Por ello, la salud es entendida también como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.[32]

3.2.3. Ahora, de lo anterior se extrae que si bien la salud es un derecho humano

indiscutible de todo ser humano, su realización está sujeta a ciertos límites relacionados con los recursos materiales disponibles para su prestación. El concepto del “nivel más alto de salud posible” tiene en cuenta tanto las necesidades de la persona, como la capacidad del Estado. La misma Observación señala la existencia de varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los ciudadanos. Por ejemplo, se destaca la imposibilidad de “brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano”[33].

3.2.4. Por último, el Comité establece que el servicio de salud abarca “en todas sus formas y a todos los niveles” cuatro elementos esenciales e interrelacionados cuya aplicación constituye el nivel mínimo de satisfacción del derecho, a saber: “disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”. [34] Estos elementos, no obstante, son amplios en su definición y sirven como pautas indiscutibles para que el Estado –a través de su legislación interna– concrete e implemente su contenido.

3.3. Ley 1751 de 2015 – Ley Estatutaria de Salud

3.3.1. La categorización de la salud como derecho fundamental autónomo fue finalmente consagrada por el legislador en la Ley 1751 de 2015. Los desarrollos de la jurisprudencia constitucional en torno a la naturaleza y alcance de este derecho, fueron su principal sustento jurídico[35] y sirvieron para establecer normativamente la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para brindar a las personas acceso integral al servicio de salud; derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela.[36]

3.3.2. Los artículos 1 y 2 de la ley estatutaria establecieron la naturaleza y el contenido del derecho a la salud y reconocieron, explícitamente, su doble connotación: primero (i) como derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y la promoción de la salud; segundo, (ii) como servicio público esencial obligatorio cuya prestación eficiente, universal y solidaria se ejecuta bajo la indelegable responsabilidad del Estado.[37]

3.3.3. Por su parte, el artículo 6 de la mencionada ley es el que mejor determina y estructura jurídicamente el contenido del derecho fundamental a la salud. En él se condensan las características que debe cumplir –tomadas de la Observación General No. 14

del CDESC-, así como los principios que estructuran su prestación como servicio público. Este artículo puntualiza los principios de universalidad, equidad, solidaridad, sostenibilidad, eficiencia y progresividad del derecho, entre otros, como definitorios del sistema de salud y agrega que éstos deben ser interpretados de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás.

Principio de integralidad

3.3.4. Aunado a lo anterior, se destaca el principio de integralidad consagrado en el artículo 8°, que por su relevancia en la materialización efectiva del derecho a la salud, el Legislador dispuso su explicación en norma aparte. Este principio fue definido de la siguiente manera:

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada"[38].

3.3.5. En concordancia con lo señalado por la sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la ley estatutaria, el mencionado principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. La adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que "está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor"[39].

3.3.6. Según el inciso segundo del artículo 8°, el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. En ese sentido, la Corte ha señalado que el servicio "se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno"[40].

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

Principio de sostenibilidad

3.3.8. Al mismo tiempo, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 señala que el derecho a la salud será garantizado a través de la prestación de servicios y tecnologías[41] “estructurados sobre una concepción integral”, los cuales, no obstante, deben estar limitados por una serie de criterios que racionalicen la destinación de recursos públicos para financiar el acceso a la salud.[42] Esta limitación es una expresión del principio de sostenibilidad del sistema de salud y, en particular, hace referencia a una de las implicaciones más complejas e importantes de la faceta prestacional del derecho fundamental: su costo económico.

3.3.9. En ese sentido, si bien la integralidad es uno de los principios cardinales del sistema de salud, el artículo 6° también estipula otros principios que armonizan el sistema y permiten una interpretación consistente de la Ley 1751 de 2015. En la exposición de motivos de la Ley en cita se señaló que el derecho fundamental a la salud debe ser definido y concretado en un esquema de aseguramiento que delimite y cubra integralmente las necesidades en materia de salud de los ciudadanos. Pero que también sea, a su vez, sostenible económicamente con el fin de hacer real y efectivo el goce del derecho. Textualmente se dijo lo siguiente: “Colombia carece de la suficiencia financiera para proporcionar una atención ilimitada de los servicios de salud, por ello, se debe establecer un Plan de Beneficios acorde con nuestra realidad y con la bolsa de recursos económicos que permita garantizar de manera sostenible el disfrute de los derechos”[43].

3.3.10. Las implicaciones económicas de garantizar el derecho a la salud fueron analizadas por la Corte en la mencionada sentencia C-313 de 2014, particularmente cuando estudió el principio de sostenibilidad consagrado en el literal i) del artículo 8°, y los criterios de exclusión de los servicios y tecnologías del sistema de salud consagrados en el artículo 15. Por razones de complejidad y extensión no es necesario entrar a detallar los argumentos

presentados, no obstante, es importante mencionar que esta Corporación admitió tales exclusiones y resaltó que el equilibrio financiero tiene como finalidad garantizar la viabilidad del sistema de salud y, por lo tanto, su permanencia en el tiempo.

3.3.11. Ahora bien, dicha conclusión –según se aclaró en la sentencia– no puede conducir al equívoco de estimar que el reconocimiento del principio de sostenibilidad es una libertad costo-efectiva para proferir normas y tomar decisiones que lesionen los derechos de los usuarios y desconozcan la jurisprudencia constitucional sobre el acceso efectivo e integral a los servicios de salud. En todo caso, la Corte declaró la exequibilidad del principio de sostenibilidad financiera “bajo el entendido de que no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario”[44]

4. La Ley 1751 de 2015 y las exclusiones al Plan de Beneficios en Salud

4.1. La entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015 representó un cambio trascendental en el acceso a la salud al estipular con claridad que la prestación del servicio público debe hacerse de manera completa e integral. No obstante, también estableció un límite a la faceta prestacional del derecho reflejado en los criterios de exclusión del artículo 15, que impiden la financiación de ciertos servicios y tecnologías con recursos públicos. Es decir, bajo la nueva concepción, el Plan de Beneficios en Salud –antes conocido como Plan Obligatorio de Salud (POS)– garantiza el cubrimiento de todos los servicios y tecnologías necesarios para proteger el derecho a la salud, salvo aquellos que sean expresamente excluidos con base en los mencionados criterios.[45]

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

4.3. Por su parte, los criterios establecidos en el artículo 15 hacen referencia a los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados a cargo de la UPC, los cuales serán

excluidos por el Ministerio de Salud luego de un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.[46] Las exclusiones de servicios y tecnologías que no podrán ser financiadas a con recursos públicos están consagradas actualmente en dos resoluciones del Ministerio de Salud: (i) Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 y (ii) Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017.

4.4. La primera Resolución, por la cual “se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, parte del entendido de que el derecho fundamental a la salud es de contenido cambiante por lo que exige del Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Salud, una labor de permanente actualización, ampliación y modernización en su cobertura. En ella se consagran, para efectos del caso bajo análisis en esta providencia, dos exclusiones específicas: en primer lugar, el párrafo 2° del artículo 59 se señala expresamente: “No se financian con recursos de la UPC sillas de ruedas (...)”; por su parte, el párrafo del artículo 54 señala: “No se financian con recursos de la UPC las nutriciones enterales u otros productos como suplementos o complementos vitamínicos, nutricionales o nutracéuticos para nutrición”.

4.5. La segunda Resolución, por la cual “se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud” fue expedida luego de adelantado el procedimiento participativo establecido por el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015. Entre otras exclusiones, para efectos del presente caso, es importante destacar las descritas en el numeral 42 de su Anexo Técnico: “Toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo”. Respecto al término “insumos de aseo” la Corte Constitucional ha catalogado los pañales desechables como elementos integrantes de este concepto.[47]

5. Inaplicación de las exclusiones de servicios de salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: parámetros de análisis para cada caso concreto

5.1. Ahora bien, en este punto es crucial señalar que si bien las exclusiones obedecen, como se dijo, a los límites de sostenibilidad que impone el esquema de aseguramiento en salud a los servicios y tecnologías financiados con recursos públicos, su aplicación no es de ninguna manera absoluta. En efecto, la sentencia C-313 de 2014 señaló categóricamente la posibilidad de inaplicar las normas que regulan exclusiones o prohibiciones a la prestación

del servicio de salud de conformidad con la protección plena de los derechos fundamentales. En este sentido, puntualizó que la jurisprudencia constitucional ha decantado con claridad unos criterios para resolver la aplicabilidad o inaplicabilidad de una exclusión en materia de salud, a saber:

“El juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de dichos derechos (Art. 2º C.P.), está en la obligación de inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o fármaco correspondiente, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

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

d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”[48]

5.2. En ese sentido, en el análisis de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Salud la Corte matizó claramente las exclusiones absolutas del artículo 15 –reflejadas en las Resoluciones 5267 y 5269 del 22 de diciembre 2017– al señalar que el juez constitucional debe atender a lo considerado por la jurisprudencia para resolver sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma que prohíbe el suministro de servicios o tecnologías. En la misma sentencia la Corte sostuvo lo siguiente:

“En el decurso de los pronunciamientos emanados por este Tribunal en sede de tutela, a propósito del derecho fundamental en estudio, se han advertido situaciones en las cuales algunos requerimientos que en el sentir de quien debe prestar el servicio, no parecieran aquejar la salud, terminan incidiendo de manera significativa en el goce efectivo del derecho. Recurrentes en este punto son los casos en los cuales el suministro de pañales ha supuesto la intervención del juez de tutela, dada la censurable práctica de negar este servicio en casos incontestablemente claros, a modo de ejemplo, tal acontece con los mayores adultos afectados por varios padecimientos, entre los cuales la pérdida del control de esfínteres acarrea otros problemas de salud y amenaza la dignidad humana”[49].

5.3. Esta posición fue aplicada recientemente por la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional en el caso de un adulto mayor con parálisis cerebral, afiliado a la E.P.S. en calidad de cotizante, quien solicitaba una atención integral en salud que no estuviera reducida a la prescripción de terapias y a la entrega de medicamentos. La Corte protegió los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana del accionante y determinó que la atención integral implica para la E.P.S. prestar todos aquellos servicios encaminados no solo a garantizar la recuperación del paciente, sino también asegurar su dignidad. En particular, pudo evidenciar con claridad la necesidad del accionante de acceder a servicios y tecnologías excluidos del Plan de Beneficios en Salud, así como la dificultad económica (suya y de su familia) de proveer los insumos requeridos para sobrellevar la enfermedad. En la resolución del caso la Sala Cuarta sostuvo:

“Cuando dada las particularidades del caso concreto, la Sala verifique que se trata de situaciones que reúnen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para excepcionar lo dispuesto por el legislador y se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento, es procedente la acción de tutela a fin de inaplicar el inciso 2 del artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que excluye del acceso a servicios y tecnologías con recursos destinados a la salud (...)”[50].

5.4. En el caso del suministro de pañales desechables, por ejemplo, existen determinadas patologías o situaciones de discapacidad que alteran significativamente la posibilidad de las personas de realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares. Por ello, la jurisprudencia ha señalado que aun cuando los pañales desechables no son un remedio

para revertir esta situación, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia.[51] En repetidas ocasiones esta Corporación ha considerado que negarse a suministrar pañales a pacientes que padecen enfermedades limitantes de su movilidad o que impiden el control de esfínteres, implica someterlas a un trato indigno y humillante que exige la intervención del juez constitucional.[52]

5.5. Así las cosas, si bien el acceso a ciertos servicios y tecnologías complementarios[53] puede encontrarse expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud, la aplicación de estas prohibiciones debe ser analizada en cada caso concreto por el juez constitucional a la luz de los parámetros desarrollados por la jurisprudencia. La regla general es que, en principio, los elementos de aseo no están incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud y no pueden ser financiados con recursos públicos, sin embargo, cuando en el caso concreto se evidencia de manera notoria su necesidad para garantizar los derechos a la salud y vida digna de las personas, el suministro de estos elementos es procedente por vía de tutela.

6. El diagnóstico médico: elemento esencial del derecho fundamental a la salud

6.1. Dentro de la construcción y aceptación de la salud como derecho fundamental autónomo, el derecho al diagnóstico también fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 como uno de sus elementos principales. En efecto, la posibilidad de un paciente de obtener por parte de un profesional médico una valoración integral que determine los servicios de salud necesarios para el tratamiento de su patología es un presupuesto elemental en la protección del derecho a la salud.[54]

6.2. El artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 establece los derechos y deberes de las personas en relación con el servicio de salud. El derecho al diagnóstico, además de ser reconocido por la jurisprudencia como elemento integrante del derecho a la salud, también encuentra un reconocimiento normativo en los literales a), c) y d) del mencionado artículo. En ellos se estipula el derecho a obtener una atención en salud integral, oportuna y de alta calidad; a mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante y, a su vez, a obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud sobre el tratamiento y los procedimientos a seguir. Estos literales integran el concepto de derecho al diagnóstico que ha sido precisado por la jurisprudencia como “una valoración técnica, científica y oportuna que defina con

claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere”[55].

6.3. En este sentido, la Corte ha venido desarrollando el contenido del diagnóstico médico y lo ha dividido en tres momentos principales: identificación, valoración y prescripción, a saber:

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

6.4. El diagnóstico efectivo es entonces el derecho a que el profesional médico adelante una apreciación de la patología del paciente con fundamento en su conocimiento científico y los hallazgos particulares del caso, y ordene las conductas a seguir y la decisión terapéutica. De esta manera, es claro que el criterio científico cobra absoluta trascendencia para el sistema de salud en concordancia con los principios de integralidad, sostenibilidad y eficiencia, entre otros. La opinión del profesional médico supera cualquier otra apreciación sobre las necesidades del paciente respecto a su condición. En ese sentido, garantizar el derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho fundamental a la salud hace parte del procedimiento idóneo para asegurar la efectiva recuperación del paciente.

6.5. Es entonces a partir del diagnóstico -cuyo desarrollo incluye la orden médica ulterior- que se pueden trazar los límites y racionalizar la prestación integral del servicio de salud. El criterio del médico cobra plena trascendencia para el sistema pues es el fundamento científico de los servicios y tecnologías que deben ser suministrados al paciente para lograr su efectivo restablecimiento. Por esta razón cobra sentido reiterar lo señalado por la Corte Constitucional en anteriores pronunciamientos cuando explica que,

“[l]os jueces carecen del conocimiento adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, [un juez] podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos, [servicios o tecnologías complementarias] que son ineficientes respecto de la patología del paciente (...) lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en

amparo de sus derechos”[56].

6.6. En consecuencia, si no se hace presente la existencia de un hecho notorio dentro del proceso que a todas luces sugiera la necesidad del paciente de un determinado insumo, el juez constitucional está sujeto al diagnóstico del médico tratante en relación con la prescripción de servicios y tecnologías en salud. El tratamiento idóneo y eficaz en materia de salud se da en el marco de la relación entre el médico y el paciente. Es el profesional de la salud, por su conocimiento científico y contacto directo con el caso, el llamado en primer lugar a establecer el tratamiento más eficaz de la enfermedad, así como los servicios y tecnologías necesarios para garantizar el bienestar del paciente.[57] De esta forma, lo que configura la principal fuente de vulneración del derecho a la salud de una persona es la ausencia de un diagnóstico clínico efectivo e integral.

6.7. Solamente cuando del material probatorio se pueda encontrar que de manera notoria el paciente requiere el uso de servicios y tecnologías, el juez constitucional puede ordenar la prestación de la atención que resulte necesaria con el fin de generar condiciones de existencia acordes con la dignidad humana del paciente. De lo contrario, debe ser la entidad prestadora del servicio de salud a través de sus profesionales quien determinará con precisión y suficiencia, de conformidad con un diagnóstico efectivo integral, las necesidades en materia de salud del paciente.[58]

7. Caso concreto

7.1. Resumen de los hechos

7.1.1. Margarita Porras Barragán de 88 años de edad, actuando en nombre propio, interpuso en el mes de junio de 2017 acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por Cafesalud E.P.S. (ahora Medimás E.P.S.) debido a la falta de atención médica integral.

7.1.2. La accionante estimó vulnerados sus derechos debido a que desde la atención de urgencias recibida luego de fracturarse la cadera en abril del 2017, la entidad prestadora de salud no le ha suministrado los servicios e insumos médicos suficientes. Señala que actualmente se encuentra inmovilizada lo que le ha generado importantes molestias que afectan su salud y calidad de vida, por lo que necesita le sea suministrado lo siguiente: “(i)

valoración médica domiciliaria; (ii) terapias para recuperar la movilidad (iii) atención médica por parte de una enfermera; (iv) cama hospitalaria reclinable; y (v) pañitos húmedos, guantes para enfermera, cremas antiescaras, pañales tena sleep y Ensure”[59].

7.1.3. La entidad accionada, por su parte, sostuvo en el escrito de contestación a la acción de tutela que la señora Margarita Porras Barragán sí ha recibido atención médica. Manifiesta que desde el momento en que fue remitida a su casa luego de la operación, un médico tratante le formuló instrucciones precisas de cuidado, entre las cuales se encontraba una orden de radiografía y una cita de control con un ortopedista. Servicios que fueron debidamente autorizados. Agrega que la accionante desconoció las instrucciones del médico y no utilizó los servicios.

7.1.4. El juez de primera instancia negó el amparo solicitado al considerar que las pretensiones de la accionante no tienen fundamento, pues no están precedidos por una valoración expresa de un médico tratante que determine su idoneidad en el tratamiento de su patología. De igual forma, señaló que una autoridad judicial no puede suplantar las funciones y la competencia del médico tratante, cuyo ámbito de conocimiento es el indicado para determinar la pertinencia y procedencia de los servicios e insumos de salud.

7.1.5. En sede de revisión, la accionante señaló que desde el momento en que interpuso la acción de tutela sí ha recibido atención médica, no obstante, ésta no ha sido congruente con sus pretensiones pues se ha limitado a la autorización de tratamientos ortopédicos de rehabilitación y a la entrega de medicamentos. Agregó que se encuentra inmovilizada y por falta de recursos económicos no dispone de una silla de ruedas. Indicó, además, que por la ubicación geográfica de su vivienda los médicos encargados de realizar las terapias de rehabilitación se han negado a asistir argumentando el difícil acceso. Por último, agregó que su hija tuvo que hacerse cargo de su cuidado lo que ha afectado la estabilidad económica de su hogar.

7.2. Solución del problema jurídico

7.2.1. Ahora bien, en aras de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá a los siguientes aspectos: (i) la procedencia de las solicitudes de la accionante a la luz de la actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) establecida en la Resolución 5269 de 2017 y de sus exclusiones establecidas en la Resolución 5267 de 2017; (ii) la garantía del

derecho fundamental a la salud reflejado en un diagnóstico médico efectivo por parte de Medimás E.P.S; y (iii) la posibilidad de no aplicar en el caso concreto las exclusiones a los servicios y tecnologías según los parámetros de análisis desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

Procedencia de las solicitudes de la accionante a la luz del Plan de Beneficios en Salud

7.2.2. Para comenzar el análisis lo primero que advierte la Sala es que las pretensiones de la accionante se pueden dividir en servicios y tecnologías que se encuentran expresamente incluidos dentro del PBS, servicios y tecnologías que no se encuentran expresamente incluidos pero que no han sido excluidos e insumos que fueron explícitamente excluidos.

7.2.3. Respecto a la (i) valoración médica domiciliaria y las (ii) terapias para recuperar la movilidad, debe destacarse que se trata de servicios que hacen parte del PBS y se encuentran financiados con recursos de la UPC según los artículos 26 y 28 de la Resolución 5269 de 2017.[60] El PBS es el esquema de aseguramiento básico que busca cubrir el universo de prestaciones en salud, el cual, no obstante, es dinámico por lo que requiere la actualización permanente de su contenido. Lo anterior, sin perjuicio del acceso a otros servicios y tecnologías en salud a través de otros mecanismos.

7.2.4. Sobre la (iii) atención médica por parte de una enfermera y (iv) la cama hospitalaria reclinable, servicios que si bien no han sido incluidos en el PBS tampoco han sido explícitamente excluidos, debe hacerse una precisión sobre su efectiva prestación. El derecho fundamental a la salud está estructurado sobre el principio de integralidad, según el cual la atención en salud debe ser completa y continua. Por tanto, bajo el nuevo esquema, si un insumo no ha sido expresamente incluido en el PBS puede ser solicitado y suministrado a través de un aplicativo denominado “MIPRES”[61], el cual sirve como plataforma para que el médico tratante prescriba los servicios y tecnologías necesarios para garantizar la salud y el bienestar del paciente.

7.2.5. Finalmente, en relación a los (v) pañitos húmedos, guantes para enfermera, cremas antiescaras, pañales tena sleep y Ensure es necesario señalar que estos insumos han sido explícitamente excluidos del PBS, por lo que su financiación no podrá hacerse con recursos públicos asignados a la salud. Como se explicó en la parte considerativa de la presente sentencia, si bien estas prohibiciones encuentran una justificación en los principios de

sostenibilidad y eficiencia de la Ley Estatutaria de Salud, su alcance no es absoluto y siempre estará sujeto a los parámetros de aplicabilidad para cada caso concreto establecidos por la jurisprudencia constitucional.

Derecho fundamental a la salud reflejado en un diagnóstico médico efectivo que determine con precisión los procedimientos, medicamentos e insumos necesarios para el restablecimiento de la salud y la calidad de vida de la señora Margarita Porras Barragán

7.2.6. En segundo lugar, y como se dejó claro en la parte considerativa de esta sentencia, la garantía efectiva del derecho fundamental a la salud tiene como presupuesto un dictamen médico efectivo. En ese sentido, el principal fundamento de un tratamiento idóneo e integral está basado en el criterio científico de un profesional médico especializado en ortopedia. La autonomía del dictamen médico es crucial en el desarrollo de la prestación del servicio de salud, por tanto, el juez constitucional no está en la capacidad de prescribir la prestación de servicios y tecnologías en salud si del expediente no se desprende de manera clara y notoria tal necesidad según la condición médica del paciente.

7.2.7. En el caso objeto de estudio, para la Sala no es posible determinar a partir del material probatorio la existencia de un hecho notorio que justifique la intervención directa del juez constitucional para ordenar la prestación de los servicios y tecnologías solicitados. Si bien es cierto que la accionante sufrió un accidente que ha afectado su movilidad, en ninguna parte de la historia clínica se observa un diagnóstico médico que señale la existencia de una incontinencia o imposibilidad de control de esfínteres. El presente fallo está encaminado a garantizar a la accionante la visita domiciliaria de un médico tratante quien será el encargado de valorar su situación real, y con base en ello, hará un informe completo y detallado dirigido a la Junta de Profesionales en la Salud donde se determinará y aceptará la pertinencia de los servicios y tecnologías requeridos.[62] En ese sentido, únicamente respecto de las solicitudes (i) y (ii) es posible verificar la existencia de un hecho notorio que amerita su prescripción directa en sede de revisión.

7.2.8. Sobre la solicitud (i), no cabe duda que la accionante tiene derecho a recibir por parte de Medimás E.P.S. una valoración científica completa y oportuna que defina con claridad su estado de salud y los tratamientos médicos que requiere, así como los insumos necesarios para garantizar su bienestar y calidad de vida. Lo anterior significa que es

específicamente a partir de la efectiva valoración médica domiciliaria que podrá determinarse la necesidad o no de las solicitudes (iii), (iv) y (v). Sobre las primeras dos, se destaca la posibilidad que tiene el médico tratante, con fundamento en su autonomía y en el diagnóstico que realice de la accionante y su entorno, de solicitar a través del aplicativo “MIPRES” dichos servicios y tecnologías. Sobre la última, en el siguiente acápite se hará un breve análisis de la posibilidad de no aplicar para el caso concreto las exclusiones establecidas por la Resolución 5267 de 2017.

7.2.9. Sobre la solicitud (ii), debe precisarse que las terapias para recuperar la movilidad son un servicio que se encuentra incluido dentro del PBS y constituyen una necesidad notoria de la accionante en razón de su condición médica. Como se señaló anteriormente, en virtud de los artículos 26 y 28 de la Resolución 5269 de 2017 los usuarios del sistema de salud tienen derecho a recibir, incluso en su domicilio, la atención en salud que requieran para la rehabilitación de su condición. Es entonces claro para la Sala que debido a la dificultad de movilidad que supone una fractura de cadera la señora Margarita Porras Barragán no está en condiciones de acudir personalmente a sesiones de rehabilitación ortopédica. En consecuencia, la entidad accionada debe encargarse de adelantar las gestiones necesarias para garantizar el acceso efectivo a las terapias mencionadas directamente en su domicilio. En este punto, cabe señalar de manera enfática que la prestación de este servicio no admite excusas ni obstáculos relacionados con el acceso a la vivienda de la accionante.

Parámetros de análisis establecidos por la jurisprudencia constitucional para determinar la aplicabilidad de las prohibiciones al PBS

7.1.1. En tercer y último lugar se analizará la posibilidad de suministrar a la accionante los insumos que han sido explícitamente excluidos del PBS. Como se anotó, la jurisprudencia constitucional ha definido una serie de parámetros para analizar en cada caso concreto la posibilidad de inaplicar una prohibición respecto de ciertos servicios y tecnologías en salud. En particular, se estudiará la posibilidad de suministrar a la accionante (v) pañitos húmedos (...), cremas anti escaras, pañales tena sleep. A continuación, se presentará cada uno de los parámetros desarrollados por la jurisprudencia y enseguida el análisis del caso concreto.

i. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas

ii. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento, insumo o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario

7.1.3.Sobre el segundo parámetro, cabe anotar que el Ministerio de Salud en la actualización más reciente del PBS no incluyó elementos o insumos que puedan remplazar los pañales desechables, los pañitos húmedos y las cremas anti escaras. Por tanto, debe entenderse satisfecho el cumplimiento de este parámetro en el presente caso.

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

7.1.4.Con respecto al tercer parámetro, debe subrayarse que de las pruebas allegadas al proceso de la referencia la Sala no contó con elementos suficientes para asumir que la señora Margarita Porras Barragán se encuentre en una situación de vulnerabilidad económica que le impida sufragar los insumos que solicita. Al respecto, es de destacar la omisión en relación con la solicitud de información formulada por la Magistrada Ponente en sede de revisión sobre sus ingresos y egresos económicos mensuales. No obstante lo anterior, debe considerarse la existencia de otros indicios que permiten suponer en cierta medida la condición económica actual de la accionante.

7.1.5.Si bien determinar la capacidad de pago de una persona no es un asunto simple, para la Sala el hecho de que la accionante se encuentre afiliada al sistema de salud en la calidad de cotizante del régimen contributivo permitiría suponer objetivamente que, en principio, está en la capacidad cubrir los costos de servicios o tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios de Salud, como los pañales desechables para adultos, los pañitos húmedos y las cremas anti escaras. No obstante, de los elementos probatorios presentes en el expediente, así como de la solicitud de información solicitada en sede de revisión no es posible concluir

con certeza la condición de vulnerabilidad socioeconómica de la accionante, por lo que el cumplimiento del presente parámetro debe ser condicionado.

7.1.6. Cabe añadir que la Sala pudo verificar en los datos personales registrados en la historia clínica de la accionante, que en la casilla correspondiente a la ocupación aparece que se encuentra pensionada. Este es un criterio menor, sin embargo, llama la atención verificar tal información y contrastarla con el silencio de la accionante respecto a sus ingresos y egresos mensuales.

7.1.7. Es entonces lógico suponer que la señora Margarita Porras Barragán, o su grupo familiar, cuentan al menos con un ingreso mensual del cual depende proporcionalmente el monto de cotización al sistema de salud. Por tanto, la Sala condicionará el cumplimiento del tercer parámetro a la verificación del ingreso base de cotización sobre el cual la accionante realiza el pago mensual al sistema: si se comprueba que el ingreso base de cotización de los últimos 3 meses es inferior a 1.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, debe entenderse por satisfecho el cumplimiento del presente parámetro.

7.1.8. Queda entonces en cabeza de Medimás E.P.S. la obligación de verificar e informar sobre el ingreso base de cotización de la accionante al sistema de salud.

iv. Que el medicamento, insumo o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro

7.1.9. Por último, el cumplimiento del cuarto parámetro queda entonces supeditado a la realización efectiva del diagnóstico médico domiciliaria, que debe gestionar Medimás E.P.S., en donde un profesional de la salud deberá valorar de manera integral y suficiente el cuadro clínico actual de la señora Margarita Porras Barragán para determinar un tratamiento integral que permita su restablecimiento, así como los servicios y tecnologías que requiera para sobrellevar con dignidad su condición de salud.

III. DECISIÓN

Una E.P.S. (Medimás E.P.S.) vulnera los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de un usuario afiliado al sistema de salud en modalidad de cotizante (Margarita

Porras Barragán) cuando no ofrece una atención médica integral que permita determinar de manera completa los servicios y tecnologías que requiere para tratar su patología y garantizar su dignidad. En estos casos corresponde al médico tratante determinar, de manera autónoma y con fundamento en su criterio científico, los servicios y tecnologías que sean necesarios para proteger los derechos a la salud y dignidad del paciente.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del veintisiete (27) de junio de 2017 proferida por el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Bucaramanga dentro del proceso de tutela promovido por Margarita Porras Barragán contra Cafesalud E.P.S. (ahora Medimás E.P.S.), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en consecuencia, TUTELAR sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

SEGUNDO.- ORDENAR a Medimás E.P.S. que en un término de cinco (5) días contados a partir de la notificación del presente fallo, disponga y asegure la visita al domicilio de la accionante de un médico adscrito a su red de prestadores para que valore de manera integral la situación y se sirva enviar un informe a la Junta Médica de Profesionales de la Salud para que ésta autorice y prescriba, según el procedimiento establecido en la Resolución 3951 de 2016, los servicios y tecnologías que requiera la señora Margarita Porras Barragán para recuperar su salud y sobrellevar su afección de manera digna. En el evento de considerar que la accionante requiere la prestación de servicios o tecnologías excluidos explícitamente del Plan de Beneficios en Salud, la Junta deberá constatar con base en la información facilitada por Medimás E.P.S que su ingreso base de cotización sea inferior a 1.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes para poder prescribirlos.

CUARTO.- ORDENAR a Medimás E.P.S. que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente fallo disponga y asegure la prestación de terapias de rehabilitación ortopédica directamente en el domicilio de la accionante.

QUINTO.- ADVERTIR a Medimás E.P.S. que la prestación a la accionante de servicios y tecnologías adicionales no implica dejar de autorizar y prestar los servicios, tecnologías,

insumos y medicamentos que venían siendo garantizados a la señora Margarita Porras Barragán.

SEXTO.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como DISPONER las notificaciones a las partes a través del juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Mediante la Resolución 2426 del 19 de julio de 2017 la Superintendencia de Salud aprobó el Plan de Reorganización Institucional presentado por Cafesalud E.P.S. en el que solicitó la creación de Medimás E.P.S y la cesión de la totalidad de los activos, pasivos y contratos relacionados con la prestación del servicio de salud. Cafesalud E.P.S. solicitó ceder por completo a Medimás E.P.S. su habilitación como Entidad Promotora de Salud, situación que se formalizó el 1 de agosto de 2017. Los afiliados fueron trasladados de manera automática y los efectos prácticos de la decisión no supuso, para ellos, nada más que el cambio de nombre de la E.P.S. que les prestaba el servicio público de salud.

[2] Fractura intertrocantérica del fémur izquierdo. Cuaderno principal del expediente, Folio 7.

[3] La accionante adjunta historia clínica firmada por el especialista César Augusto Alzate Moncada con información sobre el procedimiento realizado, diagnóstico de salida e instrucciones de cuidado: “Fecha Evolución: 2017/04/09. Subjetivo: Paciente femenino con fractura de cadera izquierda angulada en varo con intento fallido de osteosíntesis por lo que se decidió dejarla en tratamiento ortopédico, bota anti rotatoria y reposo en cama. Objetivo: Consciente, orientada, afebril con acortamiento de la extremidad inferior izquierda, ligero dolor a la movilización. Hay buena perfusión distal con adecuada sensibilidad de la pierna. Se dejan cuidados y recomendaciones, y se deja salida por ortopedia con cuidado en casa. No apoyo hasta nueva orden y cita de control con Dr. Puche. Análisis: Salida. Naproxen Tabletetas. Enoxaparina 40 Mgr. No apoyo. En 10 días se puede sentar en silla de ruedas. Control por consulta externa en 25 días con radiografía nueva.” Cuaderno principal del expediente, Folio 7.

[4] Según el Decreto 1082 DE 2015 el SISBEN es un instrumento para la focalización del gasto social, el cual utiliza herramientas estadísticas y técnicas que permiten identificar y ordenar a la población, para la selección y asignación de subsidios, de acuerdo con sus características socioeconómicas. El artículo 2.2.8.3.2 del Decreto establece la obligación de las personas de mantener actualizada su información respecto al cambio de lugar de residencia, caso en el cual se deberá realizar una nueva valoración de las condiciones socioeconómicas. Esta es precisamente la situación de la accionante, quien en la actualidad vive en el municipio de Piedecuesta (Santander) según el escrito de tutela y no en el municipio de Floridablanca (Santander), como lo señala el certificado del SISBEN que adjunta. En consecuencia, es posible presumir que el certificado ha perdido vigencia respecto de la condición socioeconómica actual de la accionante. Se destaca la importancia de contar con elementos de prueba actualizados para constatar la existencia o no de una situación de vulnerabilidad.

[5] Cuaderno principal del expediente, Folio 2.

[6] La apoderada judicial de Medimás E.P.S. defendió la existencia del deber de cooperación del paciente en los siguientes términos: “Este deber, de gran valía en el campo de la medicina atañe a la conducta responsable del paciente, quien, en sintonía con el tratamiento trazado por su médico, debe ceñirse a él, habida consideración de que su recuperación o mejoría depende de ello. Es lo mínimo que debe hacer: seguir las pautas e

instrucciones del galeno. (Jaramlillo J., Carlos Ignacio; Responsabilidad Civil Médica. Colección No. 8. Pontificia Universidad Javeriana. 2008, pp. 282 y 283)” Cuaderno principal del expediente, Folios 12 y 13.

[7] Dentro del expediente se encuentran dos fotocopias con las siguientes características: (i) Autorización de servicios No. 180508648 a nombre de la paciente Margarita Porras Barragán, con fecha del 10 de abril de 2017, donde se aprueba toma de radiografías de cadera con fines de diagnóstico, válida por 90 días; (ii) Autorización de servicios No. 182519623 a nombre de la paciente Margarita Porras Barragán, con fecha del 25 de mayo de 2017, donde se aprueba consulta con especialista en ortopedia con fines de diagnóstico, válida por 90 días siguientes a su expedición. Cuaderno principal del expediente, Folios 14 y 15.

[8] Cuaderno principal del expediente, folio 32 (reverso).

[9] En Auto del 18 de diciembre de 2017 se resolvió lo siguiente: “PRIMERO. ORDENAR por Secretaría General de la Corte Constitucional se OFICIE a la señora Margarita Porras Barragán para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto amplíe los hechos descritos en la acción de tutela e informe bajo la gravedad de juramento: 1. Si desde la fecha en que interpuso la acción de tutela ha recibido algún tipo de atención médica, gestionada por parte de Cafésalud E.P.S., tendiente a garantizar sus derechos fundamentales y aliviar la situación que expone en los hechos. 2. Si tiene a su disposición una silla de ruedas o algún otro medio que le permita movilizarse. 3. Explique cómo está constituido su núcleo familiar. Particularmente, detalle con cuántas personas vive y de qué manera colaboran con el sostenimiento del hogar. 4. Si es propietaria de bienes muebles o inmuebles y, de ser afirmativa dicha respuesta, manifieste de manera detallada cuáles son. Cuáles y de dónde provienen sus ingresos mensuales y cuáles son sus egresos en el mismo periodo de tiempo. Informe por qué motivos se encuentra afiliada como cotizante al sistema de seguridad social en salud régimen contributivo. || SEGUNDO. ORDENAR por Secretaría General de la Corte Constitucional se OFICIE a Cafésalud E.P.S., para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe si desde el veinte (20) de junio de 2017 se han adelantado gestiones tendientes a garantizar la atención integral en salud a la señora Margarita Porras Barragán. || TERCERO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte

Constitucional, COMUNICAR la presente providencia a las partes”.

[10] En efecto, la accionante afirma lo siguiente: “El médico ortopedista dio orden de 20 terapias en la cita del 12 de diciembre de 2017 (...) las cuales ya fueron autorizadas, pero hasta la fecha no se han realizado porque la Dra. que una vez realizó 10 terapias que me habían sido autorizadas anteriormente, me dice que no las puede hacer porque no tiene tiempo, y como el barrio donde vivo tiene carretera destapada, me dice que ella no baja”. Cuaderno de revisión del expediente, Folio 26.

[11] Sobre ello, la accionante señala lo siguiente: “El 20 de diciembre me autorizaron y entregaron algunos de los medicamentos ordenados [por el médico especialista] porque no me los entregaron todos. El Naproxeno no me lo entregaron porque el gramaje fue ordenado de 500gr. y ellos solo tenían de 250gr. Desde hace más de 2 años no tengo cita con médico general, a mí me ven los especialistas, y creo que ellos saben más que un médico general (...) no entiendo por qué el médico general tiene que dar la autorización [de los otros medicamentos]”. Cuaderno de revisión de expediente, Folio 26.

[12] Cuaderno de revisión del expediente, Folio 27.

[13] Decreto 2591 de 1991, art. 13.

[14] Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[15] Corte Constitucional, sentencia SU-391 de 2016, M.P. Alejandro Linares.

[16] Corte Constitucional, sentencias T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández y SU-772 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[17] Corte Constitucional, sentencia C-117 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

[18] Ver, entre otras, las sentencias T-603 de 2015 y T-400 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz; T-450 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-707 de 2016, MP Luis Guillermo Guerrero.

[19] La Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la salud, sin embargo, algunas de las sentencias más relevante en torno al proceso de construcción de la

salud como servicio público y derecho fundamental son: T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón; T-102 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-227 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynnet; C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-875 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.; T-921 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy; T-053 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-120 de 2009, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; entre otras.

[20] Tanto la jurisprudencia como la doctrina y la filosofía jurídica coinciden en considerar que el reconocimiento de la salud como un derecho parte del convencimiento de que el ser humano no puede existir dignamente y no puede realizar sus funciones vitales si carece de salud: “El ser disminuido en sus facultades solo puede ejercer sus funciones imperfectamente. A partir de allí el derecho a la vida se amplía e incorpora una serie de derechos más concretos como el derecho a la vida saludable e íntegra. La salud se constituye en el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana –sus condiciones físicas y mentales– como requisito indispensable para ser lo que está llamado a ser” Arbeláez Rudas, Mónica, Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud, Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), 2006, pp. 71 y 71.

[21] Al interior de la Carta Política la salud era entendida como un servicio público y solo se reconocía explícitamente como derecho fundamental en el caso de los niños según el artículo 44. En la actualidad la jurisprudencia constitucional ha reconocido para todas las personas el derecho fundamental autónomo a la salud.

[22] Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

[23] Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

[24] Se elimina la distinción del Título II de la Constitución Política entre los derechos fundamentales del Capítulo I y los derechos económicos, sociales y culturales del Capítulo II por su clara interrelación en la realización efectiva de la dignidad humana en el marco de un Estado Social de Derecho.

[25] Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

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

[27] La salud pasa de ser un derecho de los ciudadanos en relación con el Estado en el ámbito de prestación de un servicio público, para ser entendida como un derecho pleno, irrenunciable y exigible de la persona. Esta postura ha sido desarrollada, entre otras, por las sentencias: T-358 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-671 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-104 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.

[28] La Corte Constitucional también ha interpretado los derechos a la educación, trabajo y vivienda digna en los términos de las Observaciones Generales del Comité de DESC. Concretamente, la Corte ha interpretado el derecho a la salud a la luz de la Observación General No. 14 en las sentencias: T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda y T-591 del 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[29] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Diciembre 16, 1966. Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968. Cabe destacar que el Comité de DESC se estableció el 28 de mayo de 1985 en virtud de la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC, por sus siglas en inglés) para desempeñar las funciones de supervisión, monitoreo y adecuada aplicación del PIDESC.

[30] Naciones Unidas. Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Noviembre de 2002. párr. 1.

[31] *Ibídem*, párr. 8.

[32] *Ibídem*, párr. 9.

[33] *Ibídem*, párr. 12.

[34] “(i) Disponibilidad. Cada estado debe tener disponibles un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. (ii) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, en cuatro dimensiones

superpuestas: (a) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna; (b) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados; (c) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, en especial, la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos; y (d) Acceso a la información: el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud, sin perjuicio de la debida confidencialidad. (iii) Aceptabilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser (aceptables) respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate. (iv) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también de buena calidad, apropiados desde el punto de vista científico y médico”. Ibídem, párr. 12.

[35] La exposición de motivos señala expresamente: “2. Fundamentos jurídicos. Esta ley tiene sustento en distintas disposiciones constitucionales, tales como: (...) la célebre sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008 y la sentencia T-853 de 2003”. Gaceta del Congreso de la República No. 116 de 2013, pp. 5 y 6.

[36] Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

[37] El artículo 1 de la ley en cita establece que: “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”. Por su parte, el artículo 2 dispone: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De

conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

[38] Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

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

[40] Cita Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[41] Sobre la expresión “servicios y tecnologías” para garantizar el acceso a la salud, la Corte Constitucional señaló lo siguiente: “Reiteradamente se ha indicado en esta providencia que los medios integrantes del conjunto de elementos de acceso al servicio, implican las facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud, por ende, la interpretación amplia y a favor del goce efectivo del derecho fundamental tiene también lugar en este contenido del artículo 15. Por ello, el enunciado del inciso primero, se declarará constitucional en razón y acorde con las precisiones hechas”. Sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

[42] El artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece: “El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. // En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) Que se encuentren en fase de experimentación; f) Que tengan que ser prestados en el exterior. // Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que

determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente (...).”.

[43] Gaceta del Congreso de la República No. 116 de 2013, pp. 5 y 6.

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

[45] El artículo 15 de la ley estatutaria no define qué está incluido, simplemente define unos criterios para que el Ministerio de Salud, cada cierto tiempo, establezca qué será excluido del derecho a la atención en salud. Esto será todo aquello que se considere “cosmético o suntuario”, que esté en fase de “experimentación”, que se preste en el exterior o no esté aceptado por “autoridad sanitaria” y que no demuestre “evidencia científico-técnica” sobre su “seguridad y eficacia clínica” y sobre su “efectividad clínica”.

[47] Corte Constitucional, sentencias T-594 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas; T-216 de 2014, M.P. María Victoria Calle y T-025 de 2014, M.P. Manuel José Cepeda.

[48] Desde la sentencia SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se fueron decantando tales criterios, particularmente sintetizados en la sentencia T-237 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[49] Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Acápite 5.2.15.3.

[50] Corte Constitucional, sentencia T-178 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo.

[51] En numerosas decisiones, entre ellas las Sentencias T-752 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa y T-152 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo, la Corte ha resaltado la importancia de los pañales desechables para los pacientes que se encuentran inmovilizados, puesto que protegen su dignidad humana.

[52] Respecto del suministro de pañales como servicio médico para garantizar la vida en condiciones dignas, pueden revisarse, entre otras, las sentencias: T-680 de 2013, T-025 de 2014, T-152 de 2014, T-216 de 2014 y T-401 de 2014.

[53] El Ministerio de Salud y Protección Social estableció en la Resolución 3951 del 31 de

agosto 2016 la siguiente definición: “Artículo 3. Definiciones // 8. Servicios o tecnologías complementarias: Corresponde a un servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”.

[54] La misma sentencia que declaró el acceso a la salud como derecho fundamental y autónomo, señaló lo siguiente: “En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud”. Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

[55] Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2016, M.P. María Victoria Calle.

[56] Corte Constitucional, sentencia T-1325 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[57] Corte Constitucional, sentencias: SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002 y T-760 de 2008.

[58] En todo caso, en la sentencia T- 056 de 2015 se estableció que la orden médica no puede convertirse en una condición insuperable o requisito sine qua non para garantizar el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, cuando por las condiciones en que se encuentra el paciente es palmaria la necesidad de determinados insumos, o la omisión misma de facilitar y permitir el acceso al servicio de salud impide obtener la prescripción médica y avanzar así en el tratamiento o atención de la afectación de la salud del paciente.

[59] Cuaderno principal del expediente, Folio 2.

[60] El artículo 26 señala: “La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud”. Por su parte, el artículo 28 dispone: “Las EPS o las entidades que hagan sus veces podrán incluir la utilización de medicinas y

terapias alternativas o complementarias por parte de los prestadores que hagan parte de su red de servicios, siempre y cuando estas se encuentren autorizadas y reglamentadas debidamente para su ejercicio, de acuerdo con lo establecido en la normatividad vigente sobre la materia”. Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017.

[61] Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016. “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”. El artículo 5 de esta Resolución señala: “El reporte de la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC será realizada por el profesional de la salud, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS-EOC, a través del aplicativo que para tal efecto disponga este Ministerios, el cual operará mediante la plataforma tecnológica del Sistema Integral de Información de la Protección Social – SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica. (...)”.

[62] De conformidad con lo establecido por la Resolución 3951 de 2016, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.