

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA CON DISCAPACIDAD-Reiteración de jurisprudencia

En los casos bajo estudio los niños y el adulto cuyo amparo se solicita están afectados por padecimientos que menoscaban gravemente su salud y la posibilidad de vivir una vida digna. Es evidente que tanto la parálisis cerebral como la hidrocefalia o la microcefalia y la esclerosis múltiple, son afecciones que impactan gravemente la salud, que ponen en peligro la vida y que hacen que quien las padece requiera de cuidados extremos para mantener una vida digna. Son enfermedades que requieren de atención y tratamiento no solo en lo que se refiere a la atención médica, sino además en lo que implica el mantenimiento de condiciones dignas para quien las padece, con el fin de que puedan sobrevivir en la mejor situación posible.

TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Reiteración de jurisprudencia de circunstancias en que procede su prestación

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCION INTEGRAL-Atención en salud comprende todo cuidado, medicamento, intervención quirúrgica, practicas de rehabilitación y exámenes de diagnostico necesarios para el restablecimiento de la salud del paciente

La atención médica que deben prestar las EPS debe ser en todos los casos integral y completa, incluso en aquellos eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento cuando éste parece vital. Hay eventos en los que es necesario que el juez de tutela ordene a la EPS accionada que preste un determinado tratamiento o suministre determinados medicamentos o insumos, que resultan de vital importancia para el paciente o bien porque de ellos depende su vida, o bien porque sin ellos se vulneran sus derechos fundamentales como la dignidad humana, y que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud.

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

Si bien el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no son servicios médicos, hay ciertos casos en los que el acceso efectivo al servicio de salud depende de que el

paciente pueda desplazarse hacia los lugares donde le será prestada la atención médica que requiere, desplazamiento que, en ocasiones, debe ser financiado porque el paciente no cuenta con los recursos económicos para acceder a él. De hecho, la jurisprudencia constitucional, basándose en la regulación existente al respecto, ha señalado que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía. De este modo, se ha establecido que la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladará a las EPS únicamente en los eventos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”. Adicionalmente, no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario. La regla jurisprudencial aplicable para la procedencia del amparo constitucional respecto a la financiación del traslado del acompañante ha sido definida en los siguientes términos, “(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.” Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de su residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. Tiene derecho además, a que se costee el traslado de un acompañante, si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud. Para que el paciente tenga derecho a que la EPS cubra los gastos de transporte y estadía que sean necesarios para que pueda recibir los servicios médicos que necesita, se requiere que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y también que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.

PAGOS MODERADORES, COPAGOS, CUOTAS MODERADORAS Y CUOTAS DE RECUPERACION-
Exoneración

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Carga de la prueba es de EPS demandada

DERECHO A LA SALUD-Deber de garantizar el acceso a los servicios de salud, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber de suministrar silla de ruedas, servicio de ambulancia, pañales, pañitos húmedos, servicio de enfermería domiciliaria

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCION INTEGRAL-Suministro de pañales

Referencia: expedientes T-2865846, T-2868276, T-2869782 y T-2866434.

Acciones de tutela instauradas separadamente por GLORISSABETH CASTAÑEDA DÍAZ contra Aliansalud EPS., JENNY ESPERANZA TELLEZ RODRÍGUEZ contra Humana Vivir EPS, CLAUDIA MARÍA GÓMEZ CANO contra Saludcoop EPS y CLAUDIA YANET PATIÑO CONGOTE contra Caprecom EPS y Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Colaboró: Diana Carolina Rivera Drago

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil once (2011)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por (i) el Juzgado Treinta y Uno Civil de Bogotá, de fecha 22 de septiembre de 2010 – que confirmó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá-; (ii) el Juzgado Treinta y

Uno Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 20 de septiembre de 2010 -, que confirmó el fallo del Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá-; (iii) el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín, de fecha 29 de septiembre de 2010 -en única instancia-; y (iv) el Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, de fecha 1° de septiembre de 2010 - en única instancia -, providencias que negaron la tutela de los derechos de los accionantes.

I. Expediente T-2869782

1. Antecedentes.

El día 19 de julio de 2010 la señora Glorissabeth Castañeda Díaz, obrando en representación de su hijo menor de edad y discapacitado Raúl Felipe Chávez Castañeda, interpuso acción de tutela contra Aliansalud EPS y el Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), solicitando que dichas entidades asumieran todos los costos que acarreen los tratamientos de salud, rehabilitación y sostenimiento de su hijo, en defensa de sus derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad personal. La acción de tutela se fundamentó en los siguientes

1.1 Hechos.

1.1.1. La accionante ha estado afiliada como cotizante en Colmena EPS desde el año 1995, entidad que posteriormente pasó a llamarse Colmédica EPS y que actualmente se llama Aliansalud EPS.

1.1.2. En 1996 la accionante dio a luz a su hijo Raúl Felipe Chávez Castañeda, quien nació prematuro y tras haberse presentado placenta previa, lo que generó que su estado de salud al nacer fuera muy delicado.

1.1.3. El niño permaneció en la unidad de recién nacidos del Hospital Universitario San Ignacio desde el 20 de agosto de 1996 hasta el 3 de diciembre del mismo año, tiempo durante el cual sufrió de meningitis a los 22 días de nacido, de lo que derivó su posterior hidrocefalia.

1.1.4. Para contrarrestar los efectos de lo anterior se practicó una cirugía, producto de la cual

el menor contrajo una infección generalizada que afectó su corteza cerebral, ocasionándole una profunda y severa discapacidad que no le permite actuar ni defenderse por sí mismo y que hace que frecuentemente contraiga otro tipo de enfermedades, tales como infecciones respiratorias, entre otras.

1.1.5. En 1998 la accionante interpuso acción de tutela contra la EPS demandada, por cuanto esta última decidió no seguir autorizando el tratamiento de rehabilitación para discapacitados visuales y auditivos que hasta el momento le había autorizado. En dicho proceso el juez constitucional decidió tutelar los derechos del menor ordenando a la EPS el cubrimiento del mencionado tratamiento.

1.1.6. En el año 2001 la actora fue desvinculada de su empleo por lo que el menor pasó a ser beneficiario de su padre en la misma EPS en la que ha permanecido hasta la fecha.

1.1.7. En el 2005 la accionante interpuso nuevamente acción de tutela en representación de su hijo por cuanto la EPS tratante se negó a proporcionarle un medicamento por encontrarse por fuera del POS. Igualmente, en este evento el juez constitucional decidió tutelar los derechos del menor y ordenó a la EPS demandada suministrar el medicamento con posibilidad de recobro al Fosyga.

1.1.8. Actualmente el diagnóstico del menor es el siguiente: Hidrocefalia obstructiva no comunicante, retardo severo en el neurodesarrollo, epilepsia focal sintomática y parálisis cerebral tipo cuadriparesia espástica. Además de lo anterior, el menor sufre frecuentemente de afecciones respiratorias graves que hacen necesaria su hospitalización, la última vez que estuvo hospitalizado fue en abril del año 2010.

1.1.9. La última de las cirugías que se le han practicado al menor fue en el mes de abril del año 2010, en esta ocasión se le practicó una rizotomía con el fin de disminuir la espasticidad en sus miembros inferiores.

1.1.10. Desde su nacimiento, la EPS accionada le ha otorgado a este menor una serie de tratamientos, procedimientos y terapias en diferentes instituciones. Actualmente el niño está siendo tratado en las siguientes especialidades: neuropediatría (Dr. Juan Carlos Pérez Poveda), fisiatría (Dr. Carlos Francisco Fernández), ortopedia de cadera (Dr. Juan Carlos Taborda Aitken), ortopedia de columna (Dr. Montero), neurocirugía y terapia física.

1.1.11. En varias ocasiones los médicos tratantes Carlos Francisco Fernández Rincón y Juan Carlos Pérez Poveda, han recomendado que se provea al menor con enfermera diurna, silla de ruedas, adaptaciones locativas en baño, cama en planos y elementos para transporte y movilizaciones básicas en su cuarto y baño.

1.1.12. En julio de 2009 la accionante presentó derecho de petición ante la EPS accionada, solicitando que se autorizaran y ordenaran dichos servicios pero la EPS adujo no haber recibido el escrito.

1.1.13. Manifiesta la accionante que en los últimos meses el menor ha dejado de asistir a varias citas médicas de suma importancia debido a que se ha tornado imposible transportarlo si no se tienen los instrumentos adecuados para hacerlo. Además, considera la accionante que reiniciar todo el trámite ante el Comité Técnico Científico tardaría más de cuatro semanas y el estado de salud del menor cada vez está más deteriorado.

1.1.14. Por otra parte, cuando el Comité Técnico Científico aprueba los servicios lo hace solo por tres meses, de manera que cada tres meses es necesario hacer todo el trámite nuevamente lo que implica traslados constantes a la ciudad de Bogotá y una afectación grave a la economía de la familia del menor; implica además que cada tres meses el estado de salud del mismo se deteriore y tenga que dejar de acudir a sus citas y tratamientos médicos.

1.1.15. Además de todos los trámites y esperas que debe soportar la accionante cada tres meses, se le exigen copagos y cuotas moderadoras para la prestación de los servicios de cama, grúa y algunos medicamentos así como las hospitalizaciones que se presentan entre dos y tres veces al año. Sin contar con que la accionante es quien ha asumido desde siempre el costo de los pañales, de los elementos para el aseo del menor, de los medicamentos para el estreñimiento y de aquellos para la irritación ocular.

1.1.16. Adujo la accionante que para el momento de la presentación de la tutela el Hospital San Ignacio tenía suspendido el servicio de neuropediatría, lo cual estaba afectando gravemente la situación de su hijo ya que no había quien le entregara la fórmula para los medicamentos con los que se controla su epilepsia.

1.1.17. Por último, la EPS accionada negó el servicio de enfermería domiciliaria que la

accionante solicitó porque ya no puede cargar a su hijo sin ayuda dado su peso actual.

1.1.18. Por todo lo anterior, la accionante solicita que se le ordene a Aliansalud EPS reconocer a Raúl Felipe Chávez Castañeda el otorgamiento de todas sus citas y controles; proveer los servicios médicos domiciliarios necesarios tales como consultas médicas pediátricas, controles, terapias física y del lenguaje, servicio de cuidador permanente y sin interrupciones y todos los elementos requeridos para su hospitalización domiciliaria; proveer el transporte adecuado para que el menor pueda asistir a todos los eventos relacionados con su salud y bienestar; exonerar al menor del pago de cuotas moderadoras y copagos en aquellos tratamientos, procedimientos, medicamentos, insumos, aditamentos y elementos inherentes al sostenimiento de su salud y calidad de vida, y que son de carácter permanente; mantener la continuidad y constancia en el suministro de medicamentos, terapias y procedimientos que el menor recibe actualmente y en los otros que llegare a necesitar en el futuro; exonerar al menor y a sus representantes del diligenciamiento de engorrosos formularios, de las largas esperas para la aprobación de los Comités Técnico Científicos y de cualquier otra exigencia que dilate la prestación de los servicios que requiere, teniendo en cuenta que, dichas exigencias hacen que los tratamientos se vean interrumpidos por largos periodos de tiempo mientras se obtienen las autorizaciones correspondientes; cubrir todos los costos necesarios para el sostenimiento de la salud del menor, lo mismo que para mantener su calidad de vida, en forma permanente y sin interrupciones, entendiendo incluidos aquí todo tipo de tratamientos, procedimientos y medicamentos tales como aquellos que requiere para controlar su epilepsia, estreñimiento, resequedad en los ojos, oxígeno domiciliario, cama en planos eléctrica con barandas y colchón anti escaras, mesa hospitalaria para facilitar la administración de medicamentos o alimentos desde su cama, silla de ruedas, grúa de movimiento, así como todos los insumos tales como pañales, pañitos húmedos y cremas para mantener la lubricación de su piel.

1.2. Documentos Relevantes Cuyas Copias Obran en el Expediente.

1.2.1. Fotocopia de la Cédula de ciudadanía de la señora Glorissabeth Castañeda Díaz.

1.2.2. Fotocopia de la tarjeta de identidad del menor Raúl Felipe Chávez Castañeda en la que consta que tiene 15 años de edad.

1.2.3. Fotocopia del registro civil de nacimiento del menor Raúl Felipe Chávez Castañeda en

el que se establece que efectivamente la accionante es su madre.

1.2.4. Fotocopia del carné de Colmédica EPS de la señora Glorissabeth Castañeda Díaz.

1.2.5. Fotocopia de la historia clínica del menor, proveniente de Servicio de Recién Nacidos del Hospital Universitario San Ignacio, en la que consta que el niño nació prematuro y por cesárea. Se establece allí que fue necesario reanimarlo al nacer y que 23 días después fue diagnosticado con hidrocefalia y varios problemas cerebrales.

1.2.6. Fotocopia de la historia clínica del menor en la que consta que a los 9 meses de edad su cerebro fue intervenido quirúrgicamente.

1.2.7. Fotocopia de la historia clínica del menor del hospital Franklin D, Roosevelt en la que consta que a los 5 meses de edad se estableció compromiso auditivo y visual y crisis convulsivas hasta 15 veces al día. Se diagnosticó Síndrome de West, hidrocefalia, retardo en desarrollo sicomotor, parálisis cerebral, cuadraplejía, lesión en las vías retinianas y lesión de las vías auditivas.

1.2.8. Fotocopia de la sentencia de primera instancia por la que se resolvió la primera acción de tutela interpuesta por la accionante en representación de su hijo en febrero de 1998, por cuanto la EPS Colmena se negó a seguir cubriendo los gastos del tratamiento integral que el menor venía recibiendo en un centro de rehabilitación para personas con discapacidad visual y auditiva. Concluyó el juez de primera instancia que la EPS tenía que seguir cubriendo dichos costos y tuteló los derechos del menor.

1.2.9. Fotocopia de la sentencia de segunda instancia que puso fin al proceso de tutela iniciado por la señora Glorissabeth Castañeda en el año de 1998 en contra de Salud Colmena E.P.S., por haberse negado a continuar sufragando los gastos que demanda la atención del menor en un centro especial de rehabilitación para limitados visuales y auditivos. Consideró el juez constitucional de segunda instancia que se debía confirmar la sentencia de primera

instancia por cuanto los derechos a la vida y a la salud del menor habían sido efectivamente vulnerados por la EPS demandada. Indicó el juez de tutela que era necesario continuar con el tratamiento integral de rehabilitación y que el mismo no podía considerarse un procedimiento educativo. Por las razones anteriores, el juez ordenó a la EPS Colmena continuar prestando el servicio de salud solicitado por la accionante, y sin posibilidad de recobro al Fosyga teniendo en cuenta que se trataba de un tratamiento cubierto por el POS.

1.2.10. Fotocopia de la sentencia que puso fin al segundo proceso de tutela iniciado por la accionante en agosto de 2005, por cuanto en el mes de julio del mencionado año, el médico tratante de su hijo ordenó el fármaco “toxina botulínica” como parte del tratamiento para su parálisis cerebral severa, principalmente con el fin de obtener el relajamiento de sus músculos y facilitar las labores de su aseo. Sin embargo, la EPS accionada negó el mencionado fármaco argumentando que la no administración del mismo no ponía en peligro inminente ni la vida ni la salud del paciente y además, no hacía parte del POS. Al respecto, consideró el juez constitucional que, si bien el medicamento estaba excluido del POS, era obligación de la EPS suministrarlo por cuanto la necesidad que el menor tenía del mismo era evidente. Ordenó entonces conceder la tutela e indicó a la EPS que podía recobrar los costos ante el Fosyga.

1.2.11. Fotocopia de la historia clínica referente a una cirugía cerebral que se le realizó al menor en el año 2007.

1.2.12. Fotocopia de la solicitud de medicamentos al Comité Técnico-Científico hecha en el año 2009, en la que se autoriza entregar un medicamento antiepiléptico que no está incluido en el POS por tres meses.

1.2.13. Fotocopia de la historia clínica del año 2009 en la que se establece que el menor fue atendido en el Hospital Universitario San Ignacio por neumonía. En esta oportunidad la pediatra adscrita a Colmédica EPS indicó que dado que el menor ya tenía 13 años de edad empezaban a presentarse dificultades para su madre con respecto a su movilidad y transporte, por lo que sugirió tratamiento domiciliario con enfermera diurna, cama en planos alta, silla para baño y grúa transportadora.

1.2.14. Fotocopia de comunicación por parte de la EPS a la accionante en la que se le informa que la cama hospitalaria, el servicio de enfermería y los elementos de transporte y movilidad,

no se encuentran incluidos en el POS, por lo que su solicitud pasaría a ser analizada por el Comité Técnico Científico.

1.2.15. Fotocopia emitida por la EPS demandada, del listado de los valores correspondientes a cuotas moderadoras y/o copagos sufragados por la accionante desde el 1° de enero de 2009. Consta allí que el alquiler de cama hospitalaria le fue aprobado por los meses de noviembre de 2009, y enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 2010.

1.2.16. Comprobante de pago del salario del padre del menor expedido por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en el que consta que el señor Raúl Ernesto Chávez Varela devenga \$3.331.819.

1.2.17. Fotocopia de comunicación expedida por Colmédica EPS, en la que se le informa a la accionante que su solicitud para que todas las consultas y tratamientos de su hijo se lleven a cabo en el Hospital Universitario San Ignacio fue aprobada. De esta manera se le indica que cada vez que requiera de una autorización lleve consigo la mencionada comunicación para que el servicio requerido se autorice en dicho hospital.

1.2.18. Fotocopia de petición hecha por la accionante en la que solicita que se le sigan entregando los medicamentos anticonvulsivos no POS a su hijo por tres meses más (hasta septiembre de 2010), fecha en la que ella procederá a hacer una nueva solicitud para el Comité Técnico Científico. Lo anterior por cuanto su hijo solo está siendo atendido en el Hospital Universitario San Ignacio dados sus problemas de movilidad y hasta el mes de agosto este hospital no prestaría servicios de neuropediatría.

1.2.19. Fotocopia del documento en el que el Comité Técnico Científico negó el servicio de atención por cuidador diurno.

1.2.20. Fotocopia de la acción de tutela instaurada por la señora Glorissbeth Castañeda el 19 de julio de 2010, contra Aliansalud EPS y el Fosyga por considerar que se están vulnerando los derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad personal de su hijo discapacitado al negársele algunos de los servicios, al obligarla a acudir cada tres meses a solicitarlos nuevamente y al imponerle infinidad de requisitos y trámites burocráticos para la obtención de los mismos.

1.2.21. Constancias de las citas que el menor no ha podido cumplir por no poderse desplazar hasta el lugar de las consultas.

1.3. Intervención del Ministerio de Protección Social.

El Ministerio de Protección Social intervino en el presente proceso y se pronunció frente a cada una de las pretensiones de la accionante de la siguiente manera:

1.3.1. Con respecto a la terapia física, terapia del lenguaje, a las citas con el médico especialista y a la enfermera permanente se indicó que estos servicios hacen parte del POS. Sin embargo, para que su prestación se lleve a cabo en el domicilio del paciente, se requiere que el médico tratante así lo haya ordenado.

1.3.2. En cuanto al oxígeno y a los supositorios, se precisó que éstos también están incluidos en el POS y que no existe ningún requisito adicional para su suministro.

1.3.3. En cuanto al suministro de ortesis¹, se aclaró que éstas pueden suministrarse al paciente que las requiera en calidad de préstamo, teniendo en cuenta que se encuentran excluidas las sillas de ruedas y todo lo demás que no esté expresamente autorizado por el POS. Indicó además el Ministerio que, cuando los procedimientos o medicamentos están incluidos en el POS, la obligación en la prestación del servicio recae exclusivamente en cabeza de la EPS, de manera que el juez de tutela, siempre que el procedimiento o medicamento esté en el POS, tendrá que ordenar a la EPS que lo entregue sin posibilidad de recobrar su costo ante el Fosyga.

1.3.4. Respecto del suministro de cama en planos eléctrica con barandas y colchón, mesa hospitalaria, grúa de movimiento, férulas, pañitos húmedos, pañales desechables, cremas lubricantes y silla de ruedas, se indicó que todo esto se encuentra excluido del POS de manera que para obtenerlo se debe solicitar un estudio ante el Comité Técnico Científico.

1.3.5. En cuanto al suministro de los medicamentos Laxoberón, Fresh Tears y Bisacodilo, se precisó que estos tampoco están incluidos en el POS. En estos casos, se indicó que se le puede solicitar al Comité Técnico Científico que evalúe la situación y si éste autoriza la entrega del medicamento, la EPS podrá proceder con la entrega y el posterior recobro de costos ante el Fosyga. Por otra parte, si el Comité Técnico Científico no aprueba la entrega

del medicamento, el paciente podrá acceder al mismo a través de la adquisición de Planes Adicionales de Salud -PAS-, que se adquieren de manera voluntaria.

1.3.6. Respecto al pago de copagos y cuotas moderadoras indicó que la ley 100 creó dichas figuras con el propósito de racionalizar la utilización de los servicios de salud y de contribuir con la financiación del servicio. Los copagos tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema de salud y se dan cuando se debe realizar un procedimiento de alto costo para el que el afiliado tiene que contribuir con parte del pago del mismo para que se pueda llevar a cabo, esto sólo se da para los beneficiarios, nunca para el cotizante. Por su parte, las cuotas moderadoras tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, de suerte que, cada vez que se acude a una cita se debe pagar la cuota moderadora. Estas las pagan tanto los cotizantes como los beneficiarios. Así, teniendo en cuenta la función de estas figuras, el Ministerio de Protección Social solicitó que se negaran las pretensiones de la accionante en lo que a la exoneración de estos pagos se refiere.

1.4 Contestación de la Accionada

Aliansalud EPS procedió a dar respuesta a la acción de tutela manifestando que el menor Raúl Felipe Chávez efectivamente se encuentra afiliado en condición de beneficiario en dicha institución y que, como tal, tiene derecho a recibir todos los servicios de salud contemplados dentro del POS.

En cuanto al servicio de cuidador (enfermera 24 horas) indicó que, en efecto, el médico tratante ordenó dicho servicio por cuanto se trata de un paciente con parálisis cerebral y epilepsia severa. Dado que dicho servicio no se encuentra cubierto por el POS, la accionante sometió su solicitud ante el Comité Técnico Científico y la decisión del mismo fue negativa. Dicha negación obedeció a que la persona requerida es para actividades tales como alimentación, baño, vestido, movilización, etc., es decir, que lo que se requiere es un “cuidador” y no un enfermero. Los cuidadores son personas que, sin pertenecer a ninguna institución, cuidan a los individuos que no son autónomos y que viven en su domicilio. De hecho, el 92% de los cuidadores hacen parte del núcleo familiar de la persona no autónoma. Esta actividad no requiere conocimientos de enfermería y puede realizarla cualquier persona de la familia del paciente. Al respecto, la entidad accionada hizo referencia a las obligaciones que tienen los hijos frente a sus padres consagradas en el Código Civil, lo que no tiene nada

que ver con el caso concreto.

Frente a los servicios de silla especial para el baño, grúa de transporte, cama hospitalaria y medicamentos excluidos, se indicó que ninguno de ellos hace parte del POS, razón por la cual la accionante acudió al Comité Técnico Científico y éste los autorizó desde noviembre de 2009.

En lo que se refiere a pañales, pañitos húmedos, silla de ruedas y transporte se indicó que no existe orden médica conocida por Aliansalud EPS que sugiera la necesidad de dichos elementos por lo que la entidad no ha podido ni negarlos ni autorizarlos. Tampoco han sido sometidos a la decisión del Comité Técnico Científico ya que si no existe orden médica, dicho comité no puede valorar el caso. Se precisó además que sin orden médica y solo por solicitud de un paciente la EPS no puede conceder autorizaciones y se afirmó que Aliansalud EPS autorizará todos los servicios que requiera el niño, siempre que los mismos sean ordenados por los médicos tratantes adscritos a la entidad y que la usuaria radique las ordenes en la misma; para aquellos que no estén incluidos en el POS se acudirá al Comité Técnico Científico.

En cuanto a la obligación de pagar copagos y cuotas moderadoras, consideró la accionada que la accionante no puede solicitar que se le exonere de dichos pagos dado que estos constituyen una obligación legal.

Por último, se solicitó que si el juez constitucional llegase a considerar que se debe autorizar el cuidador, así no sea un servicio de enfermería y así no haya orden médica para el mismo, se le de a la EPS la posibilidad de recobrar ante el Fosyga su valor. Solicitó lo mismo frente a los pañales, los pañitos húmedos, la silla de ruedas y el transporte.

2. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

El Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá manifestó que el derecho a la salud está previsto en la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado, que además debe ser garantizado a todas las personas ya que es también un derecho fundamental, razón por la cual la acción de tutela resultaba procedente.

Indicó además que las EPS no pueden desconocer los derechos fundamentales de las

personas negando la autorización de procedimientos o medicamentos necesarios para mantener la vida, la integridad personal o un mejor funcionamiento del organismo con el argumento de que no se encuentran incluidos en el POS. De hecho, la Corte Constitucional ha ordenado que el servicio se suministre si este resulta fundamental para preservar la vida del interesado y se acuda al Fosyga o a la entidad territorial correspondiente para que ésta responda por los gastos adicionales.

Reiteró además que para la entrega del servicio o medicamento excluido se deben cumplir algunos requisitos específicos: que la ausencia del fármaco o procedimiento amenace el derecho a la vida o a la integridad física del paciente, que no exista dentro del POS otro medicamento o tratamiento que supla el excluido con el mismo nivel de efectividad, que el paciente carezca de los recursos económicos para sufragar el medicamento o tratamiento y que el medicamento o tratamiento haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud.

Sin embargo, se consideró en primera instancia que en el caso concreto la tutela no podía prosperar por las siguientes razones:

- En lo que se refiere al cuidador, se dijo que la familia tendría que coordinar internamente la atención del niño, pues a las EPS no se les puede atribuir toda la responsabilidad referente a la vida en condiciones dignas de esta persona.
- En cuanto a las consultas médicas y a las terapias físicas y del lenguaje, se indicó que estas pueden ser suministradas a domicilio por parte de la entidad prestadora de salud, siempre y cuando el médico tratante así lo conceptúe y, se afirmó que lo mismo sucede con los pañales y los pañitos húmedos, caso en el cual la entidad puede autorizar su suministro pero en este caso, el médico tratante no lo ordenó, de manera que la accionante no lo puede solicitar.
- Reiteró que la silla de baño, la grúa de transporte, la cama hospitalaria y el transporte ya habían sido autorizados.
- Afirmó que la exoneración de los copagos y de la cuota moderadora no era posible porque, en primer lugar, es una obligación legal ayudar a financiar el sistema de salud y, en segundo

lugar, analizada la condición económica del núcleo familiar de la accionante se encontró que la familia cuenta con los ingresos suficientes para hacer los aportes correspondientes.

- Indicó que tampoco se puede exonerar a la accionante del procedimiento ante el Comité Técnico Científico ya que éste es un presupuesto legal.

2.2. Impugnación.

La accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia anteriormente citada por considerar que, por una parte la apreciación del juez de instancia frente a su situación económica había sido errada ya que, no tuvo en cuenta que los gastos de transporte y medicinas son excesivos y que la familia no puede sufragarlos. Consideró además que, en el expediente consta que en todos los eventos los médicos tratantes han ordenado todo lo que ella solicita y, teniendo en cuenta que la situación de su hijo es permanente, no resulta lógico que cada tres meses tenga que realizar todos los procedimientos ante el Comité Técnico Científico para que le aprueben los mismos servicios que el menor necesitará hasta el fin de sus días.

2.3. Sentencia de Segunda Instancia.

El Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá consideró que se estará frente a una violación del derecho a la salud siempre que estando afiliado legalmente a una EPS, esta se niegue a brindar un tratamiento médico que requiera cualquiera de sus usuarios. De esta manera, las normas que regulan la exclusión de prestaciones del POS, no pueden constituirse en una barrera frente al acceso a los servicios de salud de la población más pobre. Dichas normas se pueden inaplicar si se cumple con 4 requisitos: que la falta del medicamento o tratamiento ponga en peligro la vida del paciente, que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por alguno de los que se encuentra en el POS, que el paciente no pueda sufragar su costo y que el mismo haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS en la que esté afiliado el accionante. Sin embargo, consideró el juez constitucional que, en el caso concreto, del expediente no se puede deducir que para la fecha en que se profirió el fallo de primera instancia obraran pruebas de las que se pudiera afirmar la existencia de amenazas o vulneraciones al derecho fundamental a la salud del menor en cuestión. De esta manera, se procedió a reiterar el fallo de primera instancia.

II. Expediente T 2868276

1. ANTECEDENTES.

La señora Jenny Esperanza Téllez Rodríguez interpuso acción de tutela en representación de su hijo de 2 años de edad, Johan Danilo Rodríguez Téllez, contra Humana Vivir EPS y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, solicitando que ésta entidad promotora de salud le autorizara todas las citas de neuropediatría, ortopediatría y genética; asumiera los gastos de transporte en que se incurre para el traslado del menor hacia los centros médicos y de rehabilitación; le suministrara los pañales desechables, los pañitos húmedos, la leche, el Pediasure y las férulas; le proporcionara una institución especializada en rehabilitación; y le autorizara la realización de terapias domiciliarias, especialmente terapia física, ocupacional y del lenguaje. Solicitó además que se le exonerara del pago de cuotas moderadoras y copagos. Se instauró la tutela con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y los derechos fundamentales de los niños, con base en los siguientes:

1.1. Hechos.

1.1.1. El menor Johan Danilo Rodríguez es un paciente con diagnóstico de microcefalia severa, licencefalia y otras deformidades congénitas de la cadera, lo que ha impedido su normal desarrollo y crecimiento.

1.1.2. Por lo anterior, el menor requiere de tratamientos especiales tales como terapia física, terapia ocupacional y terapia del lenguaje diariamente, terapias a las que no puede acudir dado que la accionada no cuenta con los medios económicos para sufragar el transporte.

1.1.3. Por otra parte, al menor se le ordenó cita para valoración por genética pediátrica, que fue autorizada el 28 de agosto de 2008 en la Fundación Cardio Infantil pero que no ha podido llevarse a cabo ya que la entidad no ha concedido la cita aduciendo que no hay cupo dada la gran cantidad de niños especiales que requieren del servicio.

1.1.4. Se le ordenó también una cita en neuropediatría, cita que fue autorizada el 19 de enero de 2010 y que tampoco ha podido obtenerse porque, según la accionante, la EPS no tiene convenio con ninguna entidad que cubra este tipo de servicio.

1.1.5. El menor requiere del uso constante de pañales desechables, férulas, pediasure y

pañeros desechables, sin embargo, los médicos tratantes han manifestado que no pueden ordenar la entrega de estos elementos por órdenes de sus superiores.

1.1.6. Los padres del menor aducen que no pueden sufragar el tratamiento integral que este necesita dado que la madre devenga un salario mínimo y su cónyuge \$800.000, con lo que deben mantener el hogar que tiene 3 hijos menores de edad.

1.1.7. El 5 de marzo de 2010 la accionante radicó un derecho de petición en Humana Vivir EPS, solicitando que se convocara una junta médica en la que se estudiara el caso de su hijo, con el fin de determinar cuál era el tratamiento más adecuado para el niño. Solicitó además que, una vez se llevara a cabo la junta la EPS procediera a cumplir con dicho tratamiento y a entregarle todos los elementos que el menor requiere tales como pañales, férulas, leche, Pediasure, paños desechables, terapia física, ocupacional y del lenguaje al menos tres veces por semana, institución especializada, valoración por genética, neuropediatría y ortopedia.

1.1.8. El 15 de marzo de 2010 la EPS accionada procedió a dar respuesta al derecho de petición indicando que Humana Vivir EPS presta los servicios a sus afiliados a través de las IPS que cuentan con la capacidad de realizar un tratamiento integral. Manifestó además que en la base de datos de la institución se encontró que al menor se le ha autorizado la consulta en neuropediatría en la Fundación Salud de los Andes, que se tiene contrato con la misma institución para los pacientes que requieran terapia física, ocupacional y fonoaudiología, y que se encontró además la autorización para radiografía comparativa de cadera en Previmedica S.A.

Por otra parte, indicó la EPS que es imposible cubrir el costo del servicio de transporte ya que éste no está incluido en el POS y que, en cuanto a los pañales, los paños desechables, el Pediasure, la leche y las férulas, así como la valoración genética y la ortopediatría, estos debían ser ordenados por el médico tratante para poder estudiar la entrega de los mismos.

1.1.9. Consideró la accionante que la anterior respuesta vulnera el derecho a la salud de su hijo por cuanto se le niega el servicio de transporte y se le ordena volver a solicitar la autorización para la valoración genética y la de ortopediatría, cuando las mismas ya han sido autorizadas pero no le ha sido posible conseguir una cita.

1.1.10. De esta manera, la accionante solicitó que se ordenara a Humana Vivir EPS hacer

posibles las valoraciones por neuropediatría, ortopediatría y genética que su hijo requiere, así como que asumiera los gastos de transporte para su traslado cuando requiera acceder a los servicios médicos y centros de rehabilitación. Solicitó además que se ordenara la entrega de los pañales desechables, las férulas, la leche, el Pediasure, los paños desechables y los demás insumos e implementos que el niño necesita, así como el apoyo continuo integral multidisciplinario en institución especializada y las respectivas terapias domiciliarias del lenguaje, ocupacional y física. Todo lo anterior con el fin de que el menor reciba el tratamiento integral que le permita mejorar su calidad de vida. Solicitó además que se le exonerara del pago de los copagos y las cuotas moderadoras.

1.2. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente.

1.2.1. Registro Civil de nacimiento del menor Johan Danilo Rodríguez Téllez, en el que consta que el niño tiene 3 años de edad y que su madre es la señora Jenny Esperanza Téllez Rodríguez.

1.2.2. Fotocopia del derecho de petición que la accionante radicó ante Humana Vivir EPS el 5 de marzo de 2010, en el que solicitó que se llevara a cabo una junta médica que estableciera cuáles son las necesidades de su hijo, y que, con base en ella se procediera a prestarle un tratamiento integral con el fin de mejorar su calidad de vida.

1.2.3. Fotocopia de la respuesta al derecho de petición mencionado por parte de Humana Vivir EPS. Se indicó allí que las autorizaciones para neuropediatría, terapia física, del lenguaje y ocupacional ya existen y que deben llevarse a cabo en la Fundación Salud De los Andes; que el servicio de transporte no puede suministrarse por no estar en el POS; y que el suministro de pañales, férulas, leche, Pediasure, alimentos multivitamínicos, paños desechables, valoración genética y por ortopediatría, solo podrá llevarse a cabo si así lo ordena el médico tratante.

1.2.4. Fotocopia de la respuesta que procedió a dar la Superintendencia de Salud al mismo derecho de petición, en la que se indica que esta entidad no está facultada para ordenar a ninguna EPS el suministro de servicios en particular ya que, su función es la de pronunciarse respecto de la responsabilidad administrativa de las EPS, cuando esta se encuentre probada tras haberse cumplido un procedimiento determinado.

1.2.5. Fotocopia de la orden médica del 15 de enero de 2010 en la que el médico tratante ordena terapia física, ocupacional, respiratoria y del lenguaje para el menor Johan Danilo, centro de rehabilitación integral institucionalizada, nutricionista y alimentación suplementaria.

1.2.6. Fotocopia de la historia clínica del menor.

1.2.7. Fotocopia de la autorización para neuropediatría en la Fundación Salud de los Andes del 19 de enero de 2010.

1.2.8. Fotocopia de la autorización para valoración por genética pediátrica del 11 de agosto de 2008.

1.2.9. Fotocopia de la historia clínica del parto de la accionante en la que consta que el niño nació con microcefalia.

1.3. Intervención del Ministerio de Protección Social.

El Ministerio de la Protección indicó lo que en su concepto se debe hacer con cada una de las pretensiones de la accionada. Para el mencionado Ministerio los pañales, los pañitos desechables, el Pediasure y los demás suplementos alimenticios están excluidos del POS. De este modo, si no se tiene la capacidad económica para sufragarlos, se deberá acudir a la Secretaría de Salud (municipal, departamental o distrital) para que sus necesidades sean atendidas tras pagar una cuota de recuperación.

Respecto a la atención domiciliaria, indicó que ésta se encuentra incluida en el POS pero que debe ser ordenada por el médico tratante previo un juicioso estudio del caso concreto.

En lo que se refiere a las terapias en el domicilio, éstas también se encuentran incluidas en el POS y deben ser ordenadas por el médico tratante.

En cuanto al servicio de transporte, se indica que el POS incluye servicio de transporte en ambulancia para traslados entre IPS dentro del territorio nacional, por otra parte, el servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia para acceder a un servicio o atención incluida en el POS pero no disponible en el municipio del afiliado, estará exclusivamente a cargo de la EPS y sin posibilidad de recobrar su costo ante el Fosyga.

Respecto a los copagos y cuotas moderadoras dijo que estas figuras fueron creadas con el objeto de racionalizar la utilización de los servicios de salud y contribuir a la financiación del servicio, de esta manera, habrá que verificar siempre que el servicio esté sujeto al pago de uno de ellos y, de ser así, tendrá que pagarse.

Frente a la atención integral requerida es necesario que, en cada caso, el médico tratante precise lo requerido a fin de verificar si se encuentra o no incluido en el POS, si llega a estar excluido, se deben cumplir cuatro requisitos para que el servicio o medicamento pueda entregarse: que la falta del mismo ponga en peligro la vida del paciente, que el medicamento o servicio no pueda ser sustituido por alguno de los que sí están incluidos en el POS, que el afiliado no tenga los medios económicos para sufragarlo y que haya sido ordenado por el médico tratante.

Por último indicó que, si la accionante no cumple con los requisitos, la tutela deberá negarse, mientras que, si los cumple, tendrá que concederse pero sin otorgarle a la EPS la posibilidad de recobro de costos ante el Fosyga.

1.4 Intervención de la Secretaría de Distrital de Salud de Bogotá.

1.5 Contestación de la Accionada.

Mediante escrito del 16 de julio de 2010 Humana Vivir EPS procedió a contestar la acción de tutela. Se indicó allí que la mencionada EPS no ha recibido por parte de la accionante ninguna solicitud de suministro de pañales y otros insumos, razón por la cual la EPS no ha tenido oportunidad de realizar los estudios pertinentes. Informó que además en repetidas ocasiones han intentado ponerse en contacto con la accionante sin haber obtenido ningún resultado. Además, adjuntó las últimas autorizaciones que se le han concedido al paciente que son las siguientes: autorización para valoración en neurología pediátrica y autorización para terapia física, del lenguaje y ocupacional. Manifestó que no se ha recibido ninguna otra solicitud, razón por la cual no se han estudiado más autorizaciones.

Frente al tratamiento integral indicó que la solicitud es improcedente ya que versa sobre servicios indeterminados, tanto así, que de su no suministro no se puede deducir violación alguna a los derechos del menor. Por lo anterior, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela. Adjuntó copia de la autorización para valoración en neuropediatría y para

terapia física, ocupacional y del lenguaje.

2. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

2.1. Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá consideró en primera instancia que los niños cuentan con una protección constitucional especial. Protección que se ve reforzada si el niño padece alguna clase de discapacidad y que conlleva a que ellos tengan derecho a un trato favorable por parte del Estado. De lo anterior, la Corte Constitucional ha deducido que a los niños discapacitados debe brindárseles un servicio de salud eficiente, integral y óptimo en el tratamiento y rehabilitación para que puedan mejorar sus condiciones y su calidad de vida.

Con respecto a los copagos y cuotas moderadoras, el juez de primera instancia hizo referencia a un pronunciamiento de la Corte Constitucional en el que se estableció que el juez de tutela puede inaplicar las normas sobre pago de cuotas adicionales, con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de salud a aquellas personas que carecen de los medios suficientes para sufragar dicho pago adicional. Así, consideró el Juzgado que, la exoneración de estos pagos es imperiosa si la atención de la salud de un menor de edad se encuentra comprometida. Manifestó el juzgado que en estos casos, es el actor quien debe probar su falta de capacidad económica para sufragar los pagos adicionales.

Tras hacer estas consideraciones se indicó, sin embargo que, en el caso concreto no le asistía razón a la accionante por cuanto del expediente se puede deducir que la EPS accionada no se ha negado a prestar el servicio de salud y que, por el contrario, ésta ha procedido a dar las autorizaciones que se le han solicitado. Además, no existe prueba de que la accionante haya solicitado el suministro de pañales, férulas, pañitos, leche, Pediasure, etc., así como tampoco existe prueba de la solicitud a la entidad accionada de sufragar los gastos de transporte que el menor necesita. Por todo lo anterior, el juez de primera instancia decidió negar el amparo.

2.2. Impugnación.

Indicó la accionante que procedió a impugnar la decisión de primera instancia porque dado

que su hijo padece de microcefalia severa, licencefalia y deformidad congénita de la cadera, es un menor que no ha tenido ni un crecimiento ni un desarrollo normal por lo que necesita atención permanente, valoración por neuropediatría, ortopediatría y genética, transporte para acceder a los servicios médicos, institución de rehabilitación, pañales, terapias domiciliarias y otros servicios. Manifestó además que no es cierto que ella no ha solicitado a la EPS todos los servicios e insumos que su hijo necesita, que, por el contrario, radicó allí un derecho de petición solicitándolos e indicó por escrito al médico tratante que formulara todo lo que el menor requiere. Aclaró además que si bien las valoraciones requeridas han sido autorizadas, nunca se le han dado las respectivas citas por lo que el menor no ha sido atendido.

Adjuntó al escrito de impugnación la valoración médica hecha por un médico particular a su hijo, en la que se indica que el niño sufre de retraso mental profundo y que es completamente dependiente por lo que requiere además de terapias diarias, pañales, cremas, pañitos húmedos y centro de rehabilitación integral institucionalizada.

2.3. Sentencia de Segunda Instancia.

El Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá indicó que en el tema de salud, tanto el afiliado como la EPS tienen obligaciones. De esta manera, es deber de los afiliados procurar el cuidado integral de su salud y pagar oportunamente las cotizaciones al sistema; y, es deber de las EPS garantizar la debida prestación integral de los servicios de salud al afiliado en los términos que establece la ley. Las entidades prestadoras de salud están sometidas a reglamentaciones y procedimientos legales que no se pueden desbordar pero también están en la obligación de prestar los servicios necesarios para salvaguardar los derechos fundamentales de los afiliados.

Consideró que, en el caso bajo estudio la inconformidad de la accionante radicaba en que la entidad accionada no le había autorizado las citas para neuropediatría, ortopedia y genética, tampoco le había autorizado los gastos de transporte para el menor, ni los pañales, férulas, leche, Pediasure y paños desechables, por lo que solicitaba que se autorizara el tratamiento integral de su hijo y que se le exonerara del pago de cuotas moderadoras y copagos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez de segunda instancia reiteró los pronunciamientos existentes de la Corte Constitucional en los que se establecen los requisitos necesarios para

inaplicar la normatividad vigente en materia de POS, y manifestó que en el expediente reposan las respectivas autorizaciones para terapias, neuropediatría y genética, mientras que no haya prueba de que algún médico adscrito a la entidad accionada haya ordenado los insumos que se solicitan en la tutela.

Indicó además que, respecto de los costos de transporte y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, este es un trámite que la accionante debe agotar primero ante la entidad accionada, cosa que no ha sucedido. Por todo lo anterior se confirmó integralmente el fallo de primera instancia.

III. Expediente T 2866434

1. ANTECEDENTES.

El día 15 de septiembre de 2010 la señora Claudia María Gómez Cano interpuso acción de tutela contra Saludcoop EPS en representación de su hijo menor de edad José David Murillo Gómez, con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social y a los derechos de los niños y de las personas en situación de debilidad. La acción de tutela se interpuso con base en los siguientes

1.1 Hechos.

1.1.1. La accionante tiene un hijo de dos años y cuatro meses de edad que desde su nacimiento fue diagnosticado con ausencia del cuerpo calloso, hidrocefalia de la T8 a la T12, ausencia del hueso sacro (lo que le impide caminar) y trastorno de toda la línea media que le origina discapacidad física y mental.

1.1.2. El menor nació por cesárea antes de cumplirse los nueve meses de gestación dado que la madre sufrió de preclampsia, lo que hizo que el niño naciera en condiciones muy delicadas de salud y permaneciera por un mes en cuidados intensivos.

1.1.4. El menor está afiliado como beneficiario de su padre a Coomeva EPS, la cual le ha prestado atención en salud desde su nacimiento tanto en Puerto Berrío (domicilio de la accionante y de su hijo) como en la ciudad de Medellín. La atención en el domicilio de la misma es solo para los casos de urgencias ya que el municipio no cuenta con instituciones

especializadas para un caso como el presente, razón por la cual la mayor parte de la atención y del tratamiento ha tenido que llevarse a cabo en la ciudad de Medellín para lo que la accionante tiene que trasladarse continuamente.

1.1.5. El padre del menor interpuso acción de tutela con el fin de exonerarse del pago de cuotas moderadoras y copagos, teniendo en cuenta que la enfermedad del niño es considerada como una enfermedad catastrófica y de alto costo. Sus derechos fueron tutelados y se ordenó el tratamiento integral para el menor y la exoneración de todo tipo de pago adicional.

1.1.6. Posteriormente se instauró otra acción de tutela con el fin de que la EPS accionada cubriera todos los gastos de transporte y estadía en la ciudad de Medellín, lo cual también fue ordenado por el juez de tutela y a partir de ese momento se ha venido cubriendo por parte de la EPS.

1.1.7. En todo caso, aduce la accionante que dentro de la ciudad de Medellín también se hace necesario trasladar constantemente al niño entre las diferentes instituciones médicas y que ella no cuenta con la capacidad económica para sufragar los costos de este transporte, teniendo en cuenta que su cónyuge es el único que trabaja en el hogar y devenga un salario mínimo.

1.1.8. Además de lo anterior, el menor necesita uso constante de pañales desechables que la EPS no cubre.

1.1.9. Por último solicita la accionante que se evalúe la posibilidad de utilizar el dinero que la EPS invierte en hoteles y transporte intermunicipal, en un arrendamiento de un inmueble en Medellín por el tiempo que dure el tratamiento.

1.2. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente.

1.2.1. Veintiséis recibos de caja del año 2010 correspondientes a los gastos de transporte desde el hotel ubicado en la ciudad de Medellín hacia los centros médicos donde el menor cumple sus citas, por un valor total de \$220.500.

1.2.2. Orden para cirugía de corrección de hernia ventral por cirugía pediátrica.

1.2.3. Reporte médico de la Clínica Juan Luis Londoño en el que se evidencia que efectivamente el menor padece de múltiples enfermedades tales como disgenesia de cuerpo calloso, signos de encefalopatía hipóxica y agenesia de sacro. Se indica que a los 17 meses de edad no camina, ni gatea ni habla.

1.2.4. Reporte médico de la unidad de neurología pediátrica y genética en el que se establece que el niño sufre de los mismos padecimientos mencionados en el numeral anterior.

1.2.5. Fotocopia de estudio cerebral simple realizado en el Instituto Neurológico de Antioquia, bajo anestesia general, en el que se verifican las patologías que el menor padece.

1.2.6. Fotocopia de estudio de columna lumbosacra del que se concluye que el menor padece de ausencia del hueso sacro y de anomalías en cinco de sus vértebras.

1.2.7. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante.

1.2.8. Fotocopia de la sentencia que puso fin a la primera tutela instaurada por el padre del menor, en la que se solicitaba el tratamiento integral del niño y la práctica de algunos exámenes específicos. En la mencionada sentencia se ordenó la práctica inmediata de los exámenes requeridos, la prestación de un tratamiento integral para el menor y la exoneración para sus padres del pago de cuotas moderadoras y copagos.

1.2.9. Fotocopia de la sentencia que puso fin a la segunda acción de tutela instaurada por el padre del menor, por la que se ordenó que Saludcoop EPS costeara todos los gastos de transporte, estadía y alimentación del menor y de su acompañante cuando requiriera servicios médicos por fuera de Puerto Berrío.

1.2.10. Fotocopia del registro civil de nacimiento del menor José David Murillo Gómez en el que consta que su madre es la accionante y que está próximo a cumplir los tres años de edad.

1.2.11. Declaración de la accionante en la que afirma que acudió nuevamente a la acción de tutela por cuanto, si bien está recibiendo por parte de la EPS accionada todos los gastos de transporte desde Puerto Berrío hasta Medellín y viceversa y la estadía y alimentación en la ciudad de Medellín, no está recibiendo los gastos de transporte interno dentro de esta última

ciudad. Indica además que preferiría que la ubicaran en una vivienda en la ciudad de Medellín para no tener que viajar de manera tan frecuente. En cuanto a los ingresos de su hogar manifestó que sólo su cónyuge trabaja y devenga un salario mínimo legal mensual vigente más algunas comisiones, dinero con el que se sufragan todos los gastos de la familia.

1.3. Contestación de la Accionada.

Informó la accionada que Saludcoop EPS ha dado estricto cumplimiento a las órdenes emitidas por los juzgados que pusieron fin a las dos acciones de tutela que ya han sido presentadas por el caso de este menor. Indicó que se han autorizado todos los medicamentos, suplementos nutricionales, exámenes y controles, sin cobro de copagos ni cuotas moderadoras, así como los traslados terrestres intermunicipales, el hospedaje con acompañante y la alimentación. Manifestó además que, en cuanto a los pañales, es importante aclarar que no existe una orden médica que justifique su solicitud, por lo que se presume que son elementos de aseo que están a cargo de los padres y que no cumplen con el requisito de una orden médica que justifique su entrega. Así mismo, agregó que tampoco hay orden médica que justifique la solicitud del transporte interurbano y que este tampoco hace parte de las órdenes dadas a la EPS en las sentencias que resolvieron las tutelas anteriores. Manifestó que el tratamiento integral se ha entregado normalmente y que siempre han estado dispuestos a enviar a estudio del Comité Técnico Científico aquellos servicios que no están en el POS.

2. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

2.1. Sentencia de Única Instancia.

El Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín consideró que, teniendo en cuenta la existencia de las dos acciones de tutela interpuestas anteriormente por el padre del menor, esta acción ya había sido interpuesta por los mismos hechos y en procura de la protección de los mismos derechos.

Sin embargo, adujo que la accionante puede recurrir a otros mecanismos de defensa, como

por ejemplo promover incidente de desacato toda vez que en el fallo se ordenó el cubrimiento de los gastos de desplazamiento del niño y de su acompañante.

Consideró además que efectivamente los pañales deben ser prescritos por el médico tratante para poder solicitarse a la EPS, o que también puede interponerse incidente de desacato por cuanto el juez de tutela ordenó que se le diera tratamiento integral acorde con su patología.

Por las razones anteriores el juez constitucional declaró improcedente la tutela.

IV. Expediente T 2865846

1. Antecedentes

El día 17 de agosto de 2010 la señora Claudia Yanet Patiño Congote interpuso acción de tutela en representación de su sobrina Norbi Cristina Patiño, contra la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia y Caprecom EPS-S, por considerar que sus derechos a la vida, a la igualdad, a la seguridad social y a la salud están siendo vulnerados. La acción de tutela se interpuso con base en los siguientes

1.1 Hechos

1.1.1. Norbi Cristina Patiño tiene 36 años de edad, padece de esclerosis múltiple desde 1995 y está afiliada a la entidad accionada en el régimen subsidiado.

1.1.2. Desde que la enfermedad empezó se ha desarrollado progresivamente y en la actualidad la dificultad para caminar es casi total.

1.1.3. Hasta el año 2004 se le suministró Interferon Beta pero este fue suspendido por cuanto la paciente quedó embarazada.

1.1.4. A la paciente le fue autorizado por parte de la EPS-S accionada el suministro de pañales hasta el mes de abril del año 2009 y, a partir de ese momento esta última no volvió a autorizarlo argumentando que no son necesarios dado que la paciente tiene sonda vesical, lo cual no es cierto según afirma la accionante.

1.1.5. La paciente vive con la accionante quien se encarga de ella y de sus hijos pero no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar los pañales que la primera

necesita (3 diarios).

1.1.6. Por estas razones se solicita en la acción de tutela que la paciente sea exonerada del pago de cuotas moderadoras y copagos y que se le brinde el tratamiento integral que necesita para la recuperación de su salud.

1.2 Documentos que obran en el Expediente

1.2.1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante.

1.2.2. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Norbi Cristina Patiño.

1.2.3. Fotocopia del carné de afiliación de Caprecom EPS-S de la señora Norbi Cristina Patiño.

1.2.4. Fotocopia de resumen de atención médica del Instituto Neurológico de Antioquia en el que se establece que la paciente padece esclerosis múltiple desde los 20 años de edad y se le ordena el uso de tres pañales por día pese a que se afirma que la mujer tiene sonda vesical.

1.2.5. Fotocopia de la fórmula médica firmada por el médico tratante, Jorge Luis Sánchez, el 21 de abril de 2009, en la que se ordena el uso de tres pañales diarios talla S durante tres meses.

1.2.6. Fotocopia de informe sobre la salud de la paciente del Instituto Neurológico de Antioquia del 21 de enero de 2010 dirigido a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

1.2.7. Fotocopia de comunicación escrita proveniente de la Dirección Seccional accionada en la que se indica que la formulación de insumos tales como pañales no le compete al médico ya que éstos formulan medicamentos mas no insumos.

1.3. Contestación de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia

La Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia indicó que efectivamente la señora Norbi Patiño es beneficiaria del régimen subsidiado de salud y está afiliada a la administradora del mismo, Caprecom EPS-S, Sisbén Nivel 1, razón por la cual es esta entidad la que debe responder por la prestación de los servicios de la paciente.

1.4. Contestación de Caprecom EPS-S

Esta entidad indicó que el Acuerdo 008 del 29 de diciembre de 2009 garantiza la atención adecuada en la prestación de los servicios de salud pero tiene sus limitaciones y exclusiones, entre ellas el suministro de pañales ya que los mismos no son medicamentos sino insumos y los insumos no están cubiertos por el POS-S en el sistema subsidiado. De esta manera, la EPS-S no tiene la obligación de suministrarlos porque no existe norma que lo autorice. Además, tampoco se ha hecho ninguna solicitud formal de suministro de pañales ante la EPS-S para estudio del Comité Técnico Científico. En su concepto, la entidad territorial es la entidad competente para cubrir los servicios que estén excluidos del POS-S.

2. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Sentencia de Única Instancia

El Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín consideró que si bien el derecho a la salud es un derecho fundamental que no puede desconocerse, para la realización de un procedimiento o la entrega de un medicamento es requisito necesario que el médico tratante lo prescriba o lo formule. En el caso concreto no se aportó al expediente una fórmula vigente de los pañales y, sobre la que se anexó, la EPS ya los entregó, luego el Despacho no puede ordenar la entrega de algo que no se encuentra formulado, razón por la cual se negó el amparo de los derechos del accionante.

V. CONSIDERACIONES y fundamentos.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las Acciones de Tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política.

Los expedientes de la referencia fueron seleccionados y acumulados por medio de auto del 17 de noviembre de 2010 proferido por la Sala de Selección número Once.

2. Presentación de los casos y planteamiento del problema jurídico.

2.1 Expediente T-2869782

La señora Glorissabeth Castañeda Díaz, obrando en representación de su hijo menor de edad y discapacitado Raúl Felipe Chávez Castañeda, interpuso acción de tutela contra Aliansalud EPS y el Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), solicitando que dichas entidades asumieran todos los costos que acarrearán los tratamientos de salud, rehabilitación y sostenimiento de su hijo.

La accionante ha estado afiliada como cotizante en Colmena EPS desde el año 1995. En 1996 dio a luz a su hijo Raúl Felipe Chávez Castañeda quien nació prematuro y con un estado de salud muy delicado, tanto así que tuvo que permanecer en la unidad de recién nacidos del Hospital Universitario San Ignacio desde el 20 de agosto de 1996 hasta el 3 de diciembre del mismo año, tiempo durante el cual sufrió de meningitis a los 22 días de nacido, de lo que derivó su posterior hidrocefalia.

Para contrarrestar los efectos de lo anterior se practicó una cirugía, producto de la cual el menor contrajo una infección generalizada que afectó su corteza cerebral, ocasionándole una profunda y severa discapacidad que no le permite actuar ni defenderse por sí mismo.

En 1998 la accionante interpuso acción de tutela contra la EPS demandada, por cuanto esta última decidió no seguir autorizando el tratamiento de rehabilitación para discapacitados visuales y auditivos que hasta el momento le había autorizado, ante lo que el juez constitucional decidió tutelar los derechos del menor ordenando a la EPS el cubrimiento del mencionado tratamiento.

En el 2005 la accionante interpuso nuevamente acción de tutela en representación de su hijo por cuanto la EPS tratante se negó a proporcionarle un medicamento por encontrarse por fuera del POS. Igualmente, en este evento el juez constitucional decidió tutelar los derechos del menor y ordenó a la EPS demandada suministrar el medicamento con posibilidad de recobro al Fosyga.

Actualmente el diagnóstico del menor es el siguiente: Hidrocefalia obstructiva no comunicante, retardo severo en el neurodesarrollo, epilepsia focal sintomática y parálisis cerebral tipo cuadriparesia espástica. Además de lo anterior, el menor sufre frecuentemente de afecciones respiratorias graves que hacen necesaria su hospitalización. La última vez que

estuvo hospitalizado fue en abril del año 2010.

Desde su nacimiento, la EPS accionada le ha otorgado a este menor una serie de tratamientos, procedimientos y terapias en diferentes instituciones. En varias ocasiones los médicos tratantes han recomendado que se provea al menor con enfermera diurna, silla de ruedas, adaptaciones locativas en baño, cama en planos y elementos para transporte y movilizaciones básicas en su cuarto y baño³.

Por todo lo anterior, la accionante solicita que se le ordene a Aliansalud EPS reconocer a Raúl Felipe Chávez Castañeda el otorgamiento de todas sus citas y controles; proveer los servicios médicos domiciliarios necesarios tales como consultas médicas pediátricas, controles, terapias física y del lenguaje, servicio de cuidador permanente y sin interrupciones y todos los elementos requeridos para su hospitalización domiciliaria; proveer el transporte adecuado para que el menor pueda asistir a todos los eventos relacionados con su salud y bienestar; exonerar al menor del pago de cuotas moderadoras y copagos en aquellos tratamientos, procedimientos, medicamentos, insumos, aditamentos y elementos inherentes al sostenimiento de su salud y calidad de vida, y que son de carácter permanente; mantener la continuidad y constancia en el suministro de medicamentos, terapias y procedimientos que el menor recibe actualmente y en los otros que llegare a necesitar en el futuro; exonerar al menor y a sus representantes del diligenciamiento de engorrosos formularios, de las largas esperas para la aprobación de los Comités Técnico Científicos y de cualquier otra exigencia que dilate la prestación de los servicios que requiere, teniendo en cuenta que, dichas exigencias hacen que los tratamientos se vean interrumpidos por largos periodos de tiempo mientras se obtienen las autorizaciones correspondientes; cubrir todos los costos necesarios para el sostenimiento de la salud del menor, lo mismo que para mantener su calidad de vida, en forma permanente y sin interrupciones, entendiéndose incluidos aquí todo tipo de tratamientos, procedimientos y medicamentos tales como aquellos que requiere para controlar su epilepsia, estreñimiento, resequedad en los ojos, oxígeno domiciliario, cama en planos eléctrica con barandas y colchón anti escaras, mesa hospitalaria para facilitar la administración de medicamentos o alimentos desde su cama, silla de ruedas, grúa de movimiento, así como todos los insumos tales como pañales, pañitos húmedos y cremas para mantener la lubricación de su piel.

El Ministerio de Protección Social intervino en el proceso y se pronunció frente a cada una de

las pretensiones de la accionante aclarando que la terapia física, la terapia del lenguaje, las citas con el médico especialista y la enfermera permanente son servicios que hacen parte del POS, pero que deben ser ordenados por el médico tratante para poderse proveer. Respecto del suministro de cama en planos eléctrica con barandas y colchón, mesa hospitalaria, grúa de movimiento, férulas, pañitos húmedos, pañales desechables, cremas lubricantes y silla de ruedas, indicó que todo esto se encuentra excluido del POS de manera que para obtenerlo se debe solicitar un estudio ante el Comité Técnico Científico. Y, en cuanto al pago de copagos y cuotas moderadoras indicó que la ley 100 creó dichas figuras con el propósito de racionalizar la utilización de los servicios de salud y de contribuir con la financiación del servicio por lo que tienen que pagarse.

Por su parte, Aliansalud EPS manifestó que el menor Raúl Felipe Chávez efectivamente se encuentra afiliado en condición de beneficiario en dicha institución y que, como tal, tiene derecho a recibir todos los servicios de salud contemplados dentro del POS. En cuanto al servicio de cuidador (enfermera 24 horas) indicó que, la negación de este servicio por parte del Comité Técnico Científico obedeció a que la persona requerida es para actividades tales como alimentación, baño, vestido, movilización, etc., es decir, que lo que se requiere es un “cuidador” y no un enfermero.

Frente a los servicios de silla especial para el baño, grúa de transporte, cama hospitalaria y medicamentos excluidos, se indicó que ninguno de ellos hace parte del POS, razón por la cual la accionante acudió al Comité Técnico Científico y éste los autorizó desde noviembre de 2009.

En lo que se refiere a pañales, pañitos húmedos, silla de ruedas y transporte se indicó que no existe orden médica conocida por Aliansalud EPS que sugiera la necesidad de dichos elementos por lo que la entidad no ha podido ni negarlos ni autorizarlos. Tampoco han sido sometidos a la decisión del Comité Técnico Científico ya que si no existe orden médica, dicho comité no puede valorar el caso.

En primera instancia, el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá consideró que en el caso concreto la tutela no podía prosperar porque, en lo referente al cuidador, la familia del menor es quien tiene que coordinar internamente la atención del niño, pues a las EPS no se les puede atribuir toda la responsabilidad referente a la vida en condiciones dignas de

esta persona; en cuanto a las consultas médicas y a las terapias físicas y del lenguaje, se indicó que estas pueden ser suministradas a domicilio por parte de la entidad prestadora de salud, siempre y cuando el médico tratante así lo conceptúe y, se afirmó que lo mismo sucede con los pañales y los pañitos húmedos, la entidad puede autorizar su suministro pero en este caso, el médico tratante no lo ordenó, de manera que la accionante no lo puede solicitar; se reiteró que la silla de baño, la grúa de transporte, la cama hospitalaria y el transporte ya habían sido autorizados; se afirmó que la exoneración de los copagos y de la cuota moderadora no era posible porque, en primer lugar, es una obligación legal ayudar a financiar el sistema de salud y, en segundo lugar, analizada la condición económica del núcleo familiar de la accionante se encontró que la familia cuenta con los ingresos suficientes para hacer los aportes correspondientes; y, se indicó que tampoco se puede exonerar a la accionante del procedimiento ante el Comité Técnico Científico, ya que éste es un presupuesto legal.

La accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia anteriormente citada por considerar que, por una parte la apreciación del juez de instancia frente a su situación económica había sido errada ya que, no tuvo en cuenta que los gastos de transporte y medicinas son excesivos y que la familia no puede sufragarlos.

En segunda instancia, el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá consideró que, en el caso concreto, del expediente no se puede deducir que para la fecha en que se profirió el fallo de primera instancia obraran pruebas de las que se pudiera afirmar la existencia de amenazas o vulneraciones al derecho fundamental a la salud del menor en cuestión. De esta manera, se procedió a reiterar el fallo de primera instancia.

2.2 Expediente T-2868276

La señora Jenny Esperanza Téllez Rodríguez interpuso acción de tutela en representación de su hijo de 2 años de edad, Johan Danilo Rodríguez Téllez, contra Humana Vivir EPS, por cuanto el menor es un paciente con diagnóstico de microcefalia severa, licencefalia y otras deformidades congénitas de la cadera, lo que ha impedido su normal desarrollo y crecimiento, por lo que requiere de tratamientos especiales tales como terapia física, terapia ocupacional y terapia del lenguaje diariamente, terapias a las que no puede acudir dado que la accionada no cuenta con los medios económicos para sufragar el transporte.

Por otra parte, al menor se le ordenó cita para valoración por genética pediátrica, que ya fue autorizada pero que no ha podido llevarse a cabo ya que la entidad no ha concedido la cita aduciendo que no hay cupo dada la gran cantidad de niños especiales que requieren del servicio.

Se le ordenó también una cita en neuropediatría, cita que también fue autorizada y que tampoco ha podido obtenerse porque, según la accionante, la EPS no tiene convenio con ninguna entidad que cubra este tipo de servicio.

El menor requiere del uso constante de pañales desechables, férulas, Pediasure y paños desechables, sin embargo, los médicos tratantes han manifestado que no pueden ordenar la entrega de estos elementos por órdenes de sus superiores.

Los padres del menor afirman que no pueden sufragar el tratamiento integral que necesita el menor dado que la madre devenga un salario mínimo y su cónyuge \$800.000, con lo que deben mantener el hogar que tiene 3 hijos menores de edad.

De esta manera, la accionante solicita que se ordene a Humana Vivir EPS que haga posible las valoraciones por neuropediatría, ortopediatría y genética que su hijo requiere, así como que asuma los gastos de transporte para su traslado cuando requiera acceder a los servicios médicos y centros de rehabilitación. Solicita además que se ordene la entrega de los pañales desechables, las férulas, la leche, el Pediasure, los paños desechables y los demás insumos e implementos que el niño necesita, así como el apoyo continuo integral multidisciplinario en institución especializada y las respectivas terapias del lenguaje, ocupacional y física. Todo lo anterior con el fin de que el menor reciba el tratamiento integral que le permita mejorar su calidad de vida. Solicita además que se le exonere del pago de los copagos y las cuotas moderadoras.

El Ministerio de la Protección intervino indicando qué se debe hacer con cada una de las pretensiones de la accionada, indicó el Ministerio que: los pañales, los pañitos desechables, el Pediasure y los demás suplementos alimenticios están excluidos del POS. De este modo, si no se tiene la capacidad económica para sufragarlos, se deberá acudir a la Secretaría de Salud (municipal, departamental o distrital) para que sus necesidades sean atendidas tras pagar una cuota de recuperación. Respecto a la atención domiciliaria, ésta se encuentra incluida en el POS pero debe ser ordenada por el médico tratante previo un juicioso estudio

del caso concreto. En lo que se refiere a las terapias en el domicilio, éstas también se encuentran incluidas en el POS y deben ser ordenadas por el médico tratante. En cuanto al servicio de transporte, se indicó que el POS incluye servicio de transporte en ambulancia para traslados entre IPS dentro del territorio nacional. Por otra parte, el servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia para acceder a un servicio o atención incluida en el POS pero no disponible en el municipio del afiliado, será exclusivamente asumido por la EPS y sin posibilidad de recobrar ante el Fosyga. Por último, respecto a los copagos y cuotas moderadoras se dijo que estas figuras fueron creadas con el objeto de racionalizar la utilización de los servicios de salud y contribuir a la financiación del servicio. De esta manera, habrá que verificar siempre que el servicio esté sujeto al pago de uno de ellos y, de ser así, tendrá que pagarse.

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, por su parte, indicó que frente a los suministros de pañales, leche, Pediasure, férulas, pañitos, etc., no existe orden del médico tratante y sin ésta no se puede solicitar su autorización ante el Comité Técnico Científico. Todos los trámites deben adelantarse ante la EPS y el mencionado comité, razón por la cual existe falta de legitimación por pasiva frente a la Secretaría de Salud.

Humana Vivir EPS procedió a contestar la acción de tutela, indicando allí que la mencionada EPS no ha recibido por parte de la accionante ninguna solicitud de suministro de pañales y otros insumos, razón por la cual la EPS no ha tenido oportunidad de realizar los estudios pertinentes. Se enumeraron además las autorizaciones que se le han concedido al paciente entre las cuales figura la autorización para valoración en neurología pediátrica y la autorización para terapia física, del lenguaje y ocupacional.

El Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, en primera instancia, consideró que en el caso concreto no le asistía razón a la accionante por cuanto del expediente se puede deducir que la EPS accionada no se ha negado a prestar el servicio de salud y que, por el contrario, ésta ha procedido a dar las autorizaciones que se le han solicitado. Además, no existe prueba de que la accionante haya solicitado el suministro de pañales, férulas, pañitos, leche, Pediasure, etc., así como tampoco existe prueba de la solicitud de sufragar el transporte directamente a la entidad accionada. Por todo lo anterior, el juez de primera instancia decide negar el amparo.

La accionante impugnó la decisión de primera instancia insistiendo en que su hijo necesita atención permanente, valoración por neuropediatría, ortopediatría y genética, transporte para acceder a los servicios médicos, institución de rehabilitación, pañales, terapias domiciliarias y otros servicios. Manifestó además que no es cierto que ella no haya solicitado a la EPS todos los servicios e insumos que su hijo necesita. Que, por el contrario, radicó allí un derecho de petición solicitándolos e indicó por escrito al médico tratante que formulara todo lo que el menor requiere.

El Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá indicó, en segunda instancia, que la Corte Constitucional ha establecido los requisitos necesarios para inaplicar la normatividad vigente en materia de POS, y manifestó que en el expediente reposan las respectivas autorizaciones para terapias, neuropediatría y genética, mientras no hay prueba de que algún médico adscrito a la entidad accionada haya ordenado los insumos que se solicitan en la tutela. Indicó además que, respecto de los costos de transporte y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, este es un trámite que la accionante debe agotar primero ante la entidad accionada, cosa que no ha sucedido. Por todo lo anterior confirmó integralmente el fallo de primera instancia.

2.3 Expediente T-2866434

La señora Claudia María Gómez Cano interpuso acción de tutela contra Saludcoop EPS en representación de su hijo menor de edad José David Murillo Gómez, quien tiene dos años y cuatro meses de edad. El niño fue diagnosticado desde su nacimiento con ausencia del cuerpo calloso, hidrocingomelia de la T8 a la T12, ausencia del hueso sacro (lo que le impide caminar) y trastorno de toda la línea media que le origina discapacidad física y mental.

El menor está afiliado como beneficiario de su padre a Coomeva EPS, la cual le ha prestado atención en salud desde su nacimiento tanto en Puerto Berrío (domicilio de la accionante y de su hijo) como en la ciudad de Medellín. La atención en el domicilio de la misma es solo para los casos de urgencias ya que el municipio no cuenta con instituciones especializadas para un caso como el presente, razón por la cual la mayor parte de la atención y del tratamiento ha tenido que llevarse a cabo en la ciudad de Medellín para lo que la accionante tiene que trasladarse continuamente.

Tras dos acciones de tutela interpuestas por el padre del niño, actualmente no pagan copagos ni cuotas moderadoras y la EPS cubre todos los gastos de transporte, estadía y alimentación del menor y su acompañante en la ciudad de Medellín.

Sin embargo, la accionante aduce que dentro de la ciudad de Medellín también se hace necesario trasladar constantemente al niño entre las diferentes instituciones médicas y que ella no cuenta con la capacidad económica para sufragar los costos de transporte, teniendo en cuenta que su cónyuge es el único que trabaja en el hogar y devenga un salario mínimo. Además, el menor necesita uso constante de pañales desechables que la EPS no cubre. Por último, solicita la accionante que se evalúe la posibilidad de utilizar el dinero que la EPS invierte en hoteles y transporte intermunicipal, en el pago de un inmueble arrendado en Medellín por el tiempo que dure el tratamiento.

Informó la accionada que Saludcoop EPS ha dado estricto cumplimiento a las órdenes emitidas por los juzgados que pusieron fin a las dos acciones de tutela que ya han sido presentadas por el caso de este menor. Indicó que se han autorizado todos los medicamentos, suplementos nutricionales, exámenes y controles, sin cobro de copagos ni cuotas moderadoras, así como los traslados terrestres intermunicipales, el hospedaje con acompañante y la alimentación. Manifestó en cuanto a los pañales que no existe una orden médica que justifique su solicitud, por lo que se presume que son elementos de aseo que están a cargo de los padres y que no cumplen con el requisito de una orden médica que justifique su entrega. Así mismo se agregó que tampoco hay orden médica que justifique la solicitud del transporte interurbano.

El Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín consideró en única instancia que, teniendo en cuenta la existencia de las dos acciones de tutela interpuestas anteriormente por el padre del menor, esta acción ya había sido interpuesta por los mismos hechos y en procura de la protección de los mismos derechos. Consideró además que efectivamente los pañales deben ser prescritos por el médico tratante para poder solicitarse a la EPS, o que puede interponerse incidente de desacato por cuanto el juez de tutela ordenó que se le diera tratamiento integral acorde con su patología. De este modo, se declaró improcedente la tutela.

2.4 Expediente T-2865846

La señora Claudia Yanet Patiño Congote interpuso acción de tutela en nombre de su sobrina Norbi Cristina Patiño contra la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia y la Caprecom EPS-S, por considerar que sus derechos a la vida, a la igualdad, a la seguridad social y a la salud están siendo vulnerados.

Norbi Cristina Patiño tiene 36 años de edad, padece de esclerosis múltiple desde 1995 y actualmente la dificultad para caminar es casi total. Se encuentra afiliada a la entidad accionada en el régimen subsidiado.

A la paciente le fue autorizado por parte de la EPS-S accionada el suministro de pañales hasta el mes de abril del año 2009 y, a partir de ese momento esta última no volvió a autorizarlo argumentando que no eran necesarios dado que la paciente tiene sonda vesical, lo cual no es cierto según afirma la accionante.

La paciente vive con la accionante quien se encarga de ella y de sus hijos pero no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar los pañales que la primera necesita (3 diarios). Por estas razones se solicita en la acción de tutela que la paciente sea exonerada del pago de cuotas moderadoras y copagos y que se le brinde el tratamiento integral que necesita para la recuperación de su salud.

La Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia indicó que efectivamente la señora Norbi Patiño es beneficiaria del régimen subsidiado de salud afiliado a la administradora del mismo, Caprecom EPS-S, Sisbén Nivel 1, razón por la cual es esta entidad la que debe responder por la prestación de los servicios de la paciente.

Por su parte, Caprecom EPS-S indicó que el Acuerdo 008 del 29 de diciembre de 2009 garantiza la atención adecuada en la prestación de los servicios de salud pero tiene sus limitaciones y exclusiones, entre ellas el suministro de pañales ya que los mismos no son medicamentos sino insumos y los insumos no están cubiertos por el POS-S en el sistema subsidiado. De esta manera, la EPS no tiene la obligación de suministrarlos porque no existe norma que lo autorice. Además, tampoco se ha hecho ninguna solicitud formal de suministro de pañales ante la EPS para estudio del Comité Técnico Científico.

El Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín consideró, en única instancia, que si bien el derecho a la salud es un derecho fundamental que no puede

desconocerse, para la realización de un procedimiento o la entrega de un medicamento es requisito necesario que el médico tratante lo prescriba o lo formule. En el caso concreto no se aportó al expediente una fórmula vigente de los pañales y, sobre la que se anexó, la EPS ya los entregó, luego el Despacho no puede ordenar la entrega de algo que no se encuentra formulado, razón por la cual se negó el amparo de los derechos del accionante.

2.5 Teniendo en cuenta todo lo anterior, el problema jurídico a resolver es si en los cuatro casos anteriores se vulneraron o no los derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de los representados por los accionantes, al no brindárseles, reconocérseles y pagárseles los tratamientos y procedimientos médicos que se requieren para mejorar y conservar su buen estado de salud, específicamente lo que tiene que ver con entrega de pañales, sillas de ruedas, ostesis, suplementos alimenticios, medicamentos no POS y pago de transporte, bajo el argumento de que se trata de tratamientos e insumos que no están incluidos en el plan obligatorio de salud-POS-; al no brindárseles un tratamiento integral adecuado y al cobrar copagos y cuotas moderadoras. Para resolver dicho problema se desarrollarán los siguientes temas: i. El derecho fundamental a la salud de las personas en estado de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia. ii. Prestación de medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud -POS- y recobro ante el Fosyga. Reiteración de jurisprudencia. iii. El principio de atención integral en materia del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia. iv. Reglas jurisprudenciales sobre el cubrimiento de gastos de transporte para pacientes y sus acompañantes por las EPS. Reiteración de Jurisprudencia. v. La naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y las hipótesis en las que cabe su exoneración. vi. Deber de garantizar el acceso a los servicios de salud, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios. vii. Análisis de los casos concretos.

i. El derecho fundamental a la salud de las personas en estado de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia.

1. En el presente acápite se procederá a analizar el derecho a la salud y la protección con que éste cuenta tanto en la Constitución Política de 1991, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Valga recordar que la importancia de este derecho se deriva, básicamente, de su estrecha y directa relación con otros derechos fundamentales como lo son el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana de que gozan todos los habitantes

del territorio nacional.

2. En la sentencia T-574 de 2010 se indicó que la Constitución Política de 1991 dispone una especial protección a las personas que se encuentran en condición de discapacidad. De las disposiciones constitucionales es preciso destacar el artículo 13 y el 47. El artículo 13 de la Constitución enuncia que:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

De igual manera, el artículo 47 constitucional prescribe que:

“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

La mencionada sentencia indicó lo siguiente:

“(...) la Corte, en reiterada jurisprudencia ha establecido, respecto de la especial protección que merecen las personas en situación de discapacidad, lo siguiente:

“El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

“Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del

derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13).”⁴

De igual forma, en la Sentencia T-197 de 2003, en cuanto al tema de la salud y la necesidad de su protección respecto a aquellas personas que sufren problemas de salud, se indicó:

“(…) es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”

Una conclusión acertada acerca del tema objeto de la presente exposición se encuentra en la sentencia T-818 de 20085:

“En síntesis, las circunstancias de vulnerabilidad e indefensión en las cuales desarrollan su vida las personas afectadas con algún tipo de discapacidad, son reconocidas por la Constitución Política y por la jurisprudencia de esta Corporación, la cual ha establecido como deber de todas las personas que participan del Sistema de Seguridad Social en Salud, el deber de proteger especialmente a aquellos que por su condición física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.”

3. Frente a la ‘fundamentalidad’ del derecho en cuestión, esta corporación señaló en sentencia T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, lo siguiente:

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

protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significa de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios -económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar... Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción)."

4. Posteriormente, en sentencia T-144 de 2008 (febrero 15), M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se precisó:

"Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte⁶, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...⁷

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de

distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.”

5. Por último, es importante recordar que esta Corte, en sentencia T-126 de 2010 indicó que:

“(…) En la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esta corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.[16] Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.[17] La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.[18]”⁸

6. Por todo lo anterior, es posible concluir que si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela⁹. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse

amenazado o vulnerado.

7. Por otra parte, resulta importante mencionar que, además de que el derecho a la salud es un derecho fundamental de todo ser humano, tal y como se ha explicado anteriormente, en el caso de los niños, existe una protección especial por tratarse de sujetos de especial protección constitucional. Así se estableció en la sentencia T 760 de 2008, en los siguientes términos:

“(…) La Corte Constitucional ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional. En primer lugar ha protegido a los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (art. 44, CP).

El derecho a la salud se viola especialmente, cuando el servicio requerido con necesidad es negado a una niña o a un niño, sujetos de especial protección constitucional (ver sección 4.5.).

Así pues, su derecho fundamental a la salud no sólo protege el acceso a los servicios que se requieran para conservar la salud, en especial si se encuentra comprometida su vida, su integridad personal o su dignidad. En el caso de los niños y las niñas, su derecho a la salud les garantiza también, por ejemplo, el acceso a los servicios de salud que se requieran para lograr ‘un desarrollo armónico e integral’ (art. 44, CP). El proceso de desarrollo y crecimiento de los niños y las niñas implica considerar aspectos en los que un determinado servicio de salud puede ser indispensable y significar mejoras enormes, frente a lo que representa el mismo servicio de salud en personas adultas.

(…)”.

8. En los cuatro casos bajo estudio los niños y el adulto cuyo amparo se solicita están afectados por padecimientos que menoscaban gravemente su salud y la posibilidad de vivir una vida digna. Es evidente que tanto la parálisis cerebral como la hidrocefalia o la microcefalia y la esclerosis múltiple, son afecciones que impactan gravemente la salud, que ponen en peligro la vida y que hacen que quien las padece requiera de cuidados extremos

para mantener una vida digna. Son enfermedades que requieren de atención y tratamiento no solo en lo que se refiere a la atención médica, sino además en lo que implica el mantenimiento de condiciones dignas para quien las padece, con el fin de que puedan sobrevivir en la mejor situación posible.

ii. Prestación de medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud - POS- y recobro ante el Fosyga. Reiteración de jurisprudencia.

1. En la sentencia T-574 de 2010 la Corte Constitucional distinguió dos grupos en los cuales se presentan controversias sobre el derecho a la salud: cuando la vulneración o amenaza versa sobre un medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y cuando la vulneración o amenaza versa sobre procedimientos o medicamentos que no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud, o NO POS. De esta manera, la Corte ha establecido reglas jurisprudenciales para los dos tipos de controversias, las cuales deben ser verificadas por los jueces de tutela al momento de conceder o denegar el amparo en materia de derecho a la salud:

“Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.”¹³

2. Respecto de procedimientos o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, en la sentencia en comento, la Corte fijó las siguientes reglas:

“Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación (sic) la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud.¹⁴ Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser

sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”¹⁵ En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,¹⁶ como en el régimen subsidiado,¹⁷ indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,¹⁸ a la enfermedad que padece la persona¹⁹ o al tipo de servicio que ésta requiere.²⁰”²¹”²²

3. De cumplirse con los requisitos antes mencionados, la entidad prestadora de servicios se verá obligada a proporcionar y pagar el tratamiento requerido por el paciente así éste no se encuentre incluido dentro del plan obligatorio de salud -POS-. Sin embargo, la respectiva EPS aún cuenta con la posibilidad de recurrir al Fondo de Solidaridad y Garantías para recobrar los gastos en que haya tenido que incurrir para sufragar el tratamiento o procedimiento que tuvo que prestar por fuera del plan obligatorio de salud. Así quedó establecido en la sentencia T-126 de 2010 de la siguiente manera:

“La EPS es autorizada a recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA, cuando debe prestar o suministrar un servicio o medicamento que no se encuentra referenciado en el plan obligatorio de salud, POS, todo con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de un ciudadano. En la sentencia T-223 de 2006 se manifestó:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no

existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-223-06.htm> – _ftn27#_ftn27”23

Luego, la sentencia T-760 de 2008, que sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales referidas al derecho a la salud, indicó con relación a la facultad de recobro lo siguiente:

“.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si (sic) carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.²⁴”

Así, pues, deben cumplirse dos condiciones para que se autorice a la EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Estado: (i) por un lado, que el accionante requiera determinado medicamento o tratamiento que no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud y que este sea esencial para salvaguardar su derecho fundamental a la salud; y por el otro, (ii) que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del tratamiento o medicamento que requiere.

De hecho, ya desde el año 2008 la Corte Constitucional estableció las bases jurisprudenciales con respecto al presente tema, en la sentencia T 760 de 2008 en la que se dijo lo siguiente:

“(…) La Sala, reiterando jurisprudencia constitucional aplicable, señalará que una entidad encargada de garantizar la prestación de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que requiera, únicamente invocando como razón para la negativa el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios (...). Toda

persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él).

(...)

(...)

2.2.5.1. Cuando una persona requiere un servicio de salud que no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Servicios, y carece de recursos para cubrir el costo del mismo que le corresponda asumir, las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio (EPS) deben cumplir con su responsabilidad y, en consecuencia, asegurar el acceso a éste. No obstante, es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional y la regulación han reconocido a la entidad aseguradora el derecho de repetir contra el Estado a través del Fosyga.

(...)

5.9. Las dudas acerca de lo que se encuentra incluido o no en el POS deben ser interpretadas conforme al principio de integralidad, mientras no exista un mecanismo institucional para resolverlas.

El noveno y último problema jurídico formulado es ¿Vulnera el derecho a la salud la interpretación restrictiva del POS, según la cual se entienden excluidos los insumos no incluidos expresamente en el POS, y procede en consecuencia su recobro ante el Fosyga cuando son ordenados por un juez de tutela? Como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad. En la práctica este criterio de interpretación del POS implica que en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización.

(i) Las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.²⁵ La aplicación concreta de este criterio se ha orientado a señalar que en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, de conformidad con el principio de integralidad, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización de tal forma que cumpla su finalidad de lograr la recuperación de la salud.²⁶

(ii) En caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del POS, debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio 'pro homine'. En consecuencia, la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. Al respecto la Corte ha señalado que "si se presentan dudas acerca de si un servicio, elemento o medicamento están excluidos o no del POS, la autoridad respectiva tiene la obligación de decidir aplicando el principio pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona.²⁷ Por ello, una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con dicho principio."²⁸ Con idénticos efectos la Corte ha señalado que en los casos de duda acerca de si un servicio médico se encuentra excluido se debe acudir a una interpretación que permita el goce efectivo del derecho.

Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.

Indica el artículo 43 de esa norma: "Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (...) 43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de

salud públicas o privadas. || 43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental”.

4. De las pruebas recogidas se advierte que en los cuatro casos bajo análisis los medicamentos, insumos y servicios que requieren los pacientes, en su mayoría, no están cubiertos por el plan obligatorio de salud -POS- ni en el régimen contributivo ni en el subsidiado, entre ellos los pañales, las sillas de ruedas, el servicio de transporte, etc. Por esta razón, se estudiará en cada caso concreto si se cumplen los requisitos para ordenar a la EPS el suministro de lo solicitado y la posibilidad de recobro de los costos al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

iii. El principio de atención integral en materia del derecho a la salud. Reiteración de Jurisprudencia.

1. La jurisprudencia de la Corte ha recalcado, en varias ocasiones²⁹, que el ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T 760 de 2008 en la que se estableció lo siguiente:

“(…) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad

personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.³⁰ (...)”.

Por su parte, el numeral 3° del artículo 153 de la ley 100 de 1993, enuncia este principio de la siguiente manera:

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

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone que

“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

Así mismo, en la sentencia T-576 de 2008 se precisó el contenido de este principio:

“16.- Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de

integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente³¹. (subrayas fuera de texto).

17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud – SGSSS – deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento³².”³³ (Subrayado fuera del texto original).

En esta sentencia también se precisaron las facetas del principio de atención integral en materia de salud:

“A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.³⁴ La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente.”

2. La jurisprudencia constitucional ha aplicado este principio en diferentes casos, por ejemplo, en la sentencia T 212 de 2008 se protegió el derecho a la salud, a la vida y a la dignidad humana de una menor que presentaba retardo sicomotor, crisis convulsivas y parálisis derecha, dolencias que no le permitían hacer nada por sí misma, estando imposibilitada para hablar y caminar. La accionante solicitaba para la niña el suministro de 120 pañales desechables cada mes, el pago del transporte para trasladar a la menor al sitio indicado por la E.P.S., para la realización de las terapias dispuestas por el médico tratante, y una silla de ruedas.

La EPS accionada negó lo solicitado por considerar que los pañales son insumos de aseo personal que están a cargo exclusivamente de la familia de la menor, y que los gastos de transporte obedecen a una solicitud efectuada voluntariamente por la madre de la menor únicamente con fines económicos.

En esta oportunidad la Corte consideró lo siguiente:

“(…) No es de recibo para la Sala, el argumento esgrimido por la entidad accionada en el escrito de contestación de la acción de tutela, en relación con la solicitud de suministro de 120 pañales desechables mensuales para la menor Juliana Muñoz Jiménez, quien padece desde su nacimiento de síndrome de Sturge Weber³⁵, en el sentido de señalar que se trata de insumos que hacen parte del aseo personal, que deben estar a cargo de los familiares de la paciente, en tanto “NO CONSTITUYEN una atención médico - asistencial, ni hacen parte de ningún protocolo médico de atención, ni se encuentran registrados en ninguna guía terapéutica, por lo tanto no determinan un resultado al manejo de la patología y su cobertura no estaría dentro de los alcances de atención en salud y su no cubrimiento por parte del Sistema General de Salud no atenta contra ningún derecho fundamental.”

Bajo este argumento de orden formal, salta a la vista que el principio constitucional a la dignidad humana de la menor Juliana Muñoz Jiménez, como orientador del Estado Social de Derecho, se encuentra seriamente afectado, razón por la cual no puede permitirse desde la perspectiva constitucional, que este tipo de justificaciones evasivas perduren, pues sería tanto como aceptar dilaciones injustificadas que ponen en grave peligro los derechos fundamentales, máxime cuando se trata de una persona discapacitada que requiere de

especial cuidado y atención por parte de las autoridades públicas, pues se trata de un sujeto de especial protección constitucional (Art. 13 de la Constitución), de quien se predica la prevalencia de sus derechos (Art. 44 de la Constitución) y debe gozar de una atención integral por parte del Estado (Art. 47 Superior)³⁶.

[Con el suministro de los pañales desechables] lo que busca en últimas es la protección del derecho fundamental a la vida en condiciones de dignidad³⁷.

De esta forma, es claro que no suministrar los pañales solicitados por la madre de la menor Juliana Muñoz Jiménez, vulnera el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, pues por tratarse de un menor discapacitado, es deber del Estado prestar el servicio de salud en condiciones de eficiencia e integralidad, de tal suerte que las condiciones de vida mejoren, en tanto se trata de una facultad inherente a todos los seres humanos, y con mayor razón de aquellos que padecen algún tipo de limitación física.

(...)”.

3. La sentencia T-053 de 2009 también es un ejemplo de la aplicación de este principio. En ese caso, la accionante era cotizante directa de la EPS Cruz Blanca S.A. y tenía como beneficiario del servicio de salud a su hijo, quien padecía de parálisis cerebral y epilepsia parcial de difícil control. El hijo vivía con sus padres, quienes eran personas de la tercera edad. El padre contaba con 86 años y la madre con 80 años de edad. Debido a las afecciones que el hijo sufría, dormía en la misma cama con sus padres para evitar que se desplomara en las noches ante un eventual ataque epiléptico. Era una familia de escasos recursos, que no tenía la opción de comprar pañales desechables, ni tampoco la posibilidad de bañarlo diariamente. Ante esas circunstancias la Corte indicó, con base en los postulados acerca del principio de atención integral, lo siguiente:

“Ahora bien, como quiera que en decisiones anteriores esta Sala ha ordenado el suministro de prestaciones sin una orden médica³⁸ y que en el caso concreto el señor Luis Eduardo Rivera Cortés presenta una PARÁLISIS CEREBRAL y sufre de EPILEPSIA PARCIAL DE DIFÍCIL CONTROL lo que produce, como es evidente y notorio, una INCONTINENCIA URINARIA y su IMPOSIBLE MOVILIZACIÓN esta Sala le ordenará a la EPS Cruz Blanca que le suministre (i) los

PAÑALES DESECHABLES necesarios para mantenerlo en condiciones higiénicas, (ii) el SERVICIO MÉDICO DOMICILIARIO y (iii) LA ENTREGA DE LOS MEDICAMENTOS REQUERIDOS POR EL PACIENTE EN SU DOMICILIO.”³⁹

4. En ese orden es posible concluir que la atención médica que deben prestar las EPS debe ser en todos los casos integral y completa, incluso en aquellos eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento cuando éste parece vital.

Al respecto, resulta pertinente mencionar además una sentencia más reciente, la T-437 de 2010, en la que también se estudió el tema de la integralidad de los tratamientos y del suministro de pañales y otro tipo de insumos. En dicha sentencia la Corte se pronunció acerca del caso de una persona de la tercera edad que requería del uso de pañales desechables y guantes para su cambio, tras haber sufrido una parálisis total de su cuerpo. La EPS accionada negó el suministro de dichos productos por considerar que éstos están excluidos del POS. En este caso la Corte consideró lo siguiente:

“(…) Ahora bien, no debe olvidarse que el sistema que orienta la seguridad social en salud, busca garantizar los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad e integridad, por lo tanto y dada la indiscutible escasez de recursos, la legislación ha establecido un régimen de exclusiones, priorizando lo más urgente y necesario para salvaguardar los derechos de los afiliados, pasando por alto aquello que no los comprometa de manera grave y vital.

No obstante, existen circunstancias que ameritan el suministro de un medicamento o la práctica de un tratamiento o intervención que, a pesar de no estar contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), su no autorización vulnera o pone en peligro derechos constitucionales fundamentales de las personas como la vida, la integridad personal y la dignidad humana.

En este sentido, esta Corporación ha indicado la necesidad de verificar el cumplimiento de determinados requisitos, a saber:

i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta

las condiciones de existencia digna. (Subrayas fuera de texto).

ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.

iii) Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud -EPS- a la que se encuentre afiliado el accionante.

iv) Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo, v. gr. contrato de medicina prepagada o planes de salud ofrecidos por determinadas empresas a sus empleados.⁴⁰

Bajo este entendido, arguye la Sala que cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple con los anteriores requisitos y necesita, como en el presente caso, del suministro de unos elementos que aunque no se consideren propiamente medicamentos, son esenciales para proporcionar una vida en condiciones dignas al paciente, los mismos deben suministrársele por parte de la E.P.S encargada de brindarle el servicio de salud, aun cuando se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

(...)”.

5. Es posible concluir entonces que, hay eventos en los que es necesario que el juez de tutela ordene a la EPS accionada que preste un determinado tratamiento o suministre determinados medicamentos o insumos, que resultan de vital importancia para el paciente o bien porque de ellos depende su vida, o bien porque sin ellos se vulneran sus derechos fundamentales como la dignidad humana, y que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, tal y como lo estableció la jurisprudencia anteriormente citada, que

resulta plenamente aplicable a los casos bajo estudio.

iv. Reglas jurisprudenciales sobre el cubrimiento de gastos de transporte para pacientes y sus acompañantes por las EPS. Reiteración de Jurisprudencia.

1. Tal y como quedó establecido en la sentencia T-760 de 2008, si bien el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no son servicios médicos, hay ciertos casos en los que el acceso efectivo al servicio de salud depende de que el paciente pueda desplazarse hacia los lugares donde le será prestada la atención médica que requiere, desplazamiento que, en ocasiones, debe ser financiado porque el paciente no cuenta con los recursos económicos para acceder a él.

2. Adicionalmente, no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario. La regla jurisprudencial aplicable para la procedencia del amparo constitucional respecto a la financiación del traslado del acompañante ha sido definida en los siguientes términos, “(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.”⁴⁴

3. Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de su residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. Tiene derecho además, a que se costee el traslado de un acompañante, si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud, tal y como lo precisó la Corte en sentencia T 352 de 2010:

“ (...)

1.3. La garantía constitucional de acceso a los servicios de salud, implica que, además de brindarse los tratamientos médicos para proteger la salud de la persona, se deben eliminar

las barreras que impiden la materialización efectiva del servicio. Esta Corte ha identificado que el transporte es un medio para acceder al servicio de salud, y aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones se constituye en una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los recursos económicos para sufragarlo. Por ello, ha considerado que “toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que [le] impidan... acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”.

El transporte es un servicio que, de conformidad con el Acuerdo 08 de 2009 emitido por la Comisión de Regulación en Salud⁴⁵, se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, en los siguientes casos⁴⁶: (i) para el traslado en ambulancia entre instituciones prestadoras de servicios de salud de pacientes remitidos por otra institución, que no cuenta con el servicio requerido; (ii) cuando el paciente sea remitido en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad del prestador de salud, y según el criterio del médico tratante; y (iii) cuando se requiere el transporte de un paciente ambulatorio, en un medio diferente a la ambulancia, para que acceda a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia⁴⁷.

La inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud no es absoluta, ya que no basta con que en el municipio donde reside el paciente no exista la prestación médica que requiere, para que los planes de salud cubran el traslado con la finalidad de acceder al servicio. Por ende, solamente los pacientes “ambulatorios” que se encuentren bajo los supuestos que señala la norma, pueden recibir efectivamente el servicio médico ordenado.

En los demás casos, cuando la carencia de recursos para sufragar el desplazamiento impide que una persona se traslade a una IPS para recibir un servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud; y en consecuencia, corresponderá al Juez Constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo para financiar el traslado, en los casos donde se acredite que “(i) ni

el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.⁴⁸

Sumado a lo anterior, esta Corte ha reconocido que:

“(…)… la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar”.⁴⁹

(…)”.

4. Queda entonces claro que, para que el paciente tenga derecho a que la EPS cubra los gastos de transporte y estadía que sean necesarios para que pueda recibir los servicios médicos que necesita, se requiere que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y también que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.

En lo que tiene que ver con el último requisito, en sentencia T 940 de 2009 la Corte Constitucional estableció que, frente a la prueba de la falta de capacidad económica por parte del usuario o de su familia para asumir los servicios médicos, se “ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación procesal civil, referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales

no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá demostrar lo contrario”.

De este modo, los pacientes que así lo requieran tienen derecho a que los costos de transporte y estadía sean sufragados por la EPS, siempre y cuando demuestren que ni ellos ni sus familiares pueden sufragarlos.

v. La naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y las hipótesis en las que cabe su exoneración.

1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, específicamente con la sentencia T-760 de 2008, se ha establecido que una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, irrespeto su derecho a acceder a éstos si le exige como condición previa que cancele un pago moderador y el interesado no tiene la capacidad económica de asumirlo.

La tendencia jurisprudencial de esta Corte ha sido la de afirmar que toda persona tiene derecho a acceder a un servicio de salud que requiere (i) cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o (ii) cuando requiere el servicio con necesidad, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona tiene que asumir un copago o una cuota moderadora, o cuando el servicio requerido no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio y la persona, o de quien ella depende, carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde.

De esta manera, toda persona tiene el derecho constitucional a no ser excluida del acceso a los servicios de salud, por lo que no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas. La Constitución Política, en el artículo 49, establece que la ‘atención de la salud’ es un servicio público a cargo del Estado, que debe garantizar ‘a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud’, ‘conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad’.

2. En desarrollo de estas disposiciones constitucionales, el legislador estableció que las

personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetas a ‘pagos moderadores’ entendidos como ‘pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles’ (artículo 187 de la Ley 100 de 1993).⁵⁰ Los ‘pagos moderadores’ pueden ser de dos tipos: aquellos dirigidos a ‘racionalizar’ los servicios y aquellos dirigidos a ‘complementar la financiación de los servicios prestados’.⁵¹ El legislador advierte que en el caso de los afiliados cotizantes, los ‘pagos moderadores’ sólo pueden ser aplicados con un ‘exclusivo objetivo’, a saber, ‘racionalizar el uso de servicios del sistema’; mientras que en el caso de los beneficiarios, tales pagos también se aplicarán con el objetivo de ‘complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS’.⁵²

3. De esta manera, en el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se establece la diferencia entre las cuotas moderadoras y los copagos, al señalar que las primeras, que se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS, al paso que los segundos, que se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios, son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.

De este modo, ha dicho la Corte, que la base del citado acuerdo está, por un lado, con el establecimiento de las cuotas moderadoras, el propósito de racionalizar el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los afiliados y sus beneficiarios, evitando desgastes innecesarios en la prestación del servicio, y, por otro, con los copagos aplicables a los beneficiarios, se pretende que una vez se haya ordenado la práctica de algún examen o procedimiento, se realice una contribución, de conformidad con un porcentaje establecido por la autoridad competente, con la finalidad de generar otro aporte al Sistema y proteger su financiación⁵³.

En el mencionado acuerdo se regulan los montos que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Se establecen los principios que deben respetarse para la aplicación de los mismos. Así, de conformidad con el Artículo 5 del acuerdo, para ese efecto deben respetarse los siguientes

principios básicos:

“1. Equidad. Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.

2. Información al usuario. Las Entidades Promotoras de Salud deberán informar ampliamente al usuario sobre la existencia, el monto y los mecanismos de aplicación y cobro de cuotas moderadoras y copagos, a que estará sujeto en la respectiva entidad. En todo caso, las entidades deberán publicar su sistema de cuotas moderadoras y copagos anualmente en un diario de amplia circulación.

3. Aplicación general. Las Entidades Promotoras de Salud, aplicarán sin discriminación alguna a todos los usuarios tanto los copagos como las cuotas moderadoras establecidos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo.

4. No simultaneidad. En ningún caso podrán aplicarse simultáneamente para un mismo servicio copagos y cuotas moderadoras.”

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7º del Acuerdo 260 de 2004, están sujetos al cobro de copagos todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de: 1. Servicios de promoción y prevención; 2. Programas de control en atención materno infantil; 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles; 4. Enfermedades catastróficas o de alto costo; 5. La atención inicial de urgencias y, 6. Los servicios que, conforme al artículo 6º del Acuerdo están sujetos al cobro de cuotas moderadoras.

Por su parte, el artículo 6º establece cuáles son los servicios sujetos al pago de cuotas moderadoras. Se indica allí que están sujetos a cuotas moderadoras:

1. Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada.
2. Consulta externa por médico especialista.
3. Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos. El formato para dicha fórmula deberá incluir como mínimo tres casillas.
4. Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo cuatro casillas.
5. Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo tres casillas.
6. Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud.

Establece además que en ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias; que si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios; y que las cuotas moderadoras se pagarán al momento de utilización de cada uno de los servicios, en forma independiente.

En cuanto al monto de las cuotas moderadoras, establece el artículo 8° del mismo acuerdo

que las cuotas moderadoras se aplicarán por cada actividad contemplada en el artículo 6º del acuerdo, a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios con base en el ingreso del afiliado cotizante, expresado en salarios mínimos, de la siguiente manera:

1. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 11.7% de un salario mínimo diario legal vigente.
2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos (2) y cinco (5) salarios mínimos, el 46.1% de un salario mínimo diario legal vigente.
3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor de cinco (5) salarios mínimos, el 121.5% de un (1) salario mínimo diario legal vigente.

En lo que tiene que ver con el régimen subsidiado, se establece en el artículo 11 que los beneficiarios de dicho régimen contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban, a través de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén de la siguiente manera:

1. Para los casos de indigencia debidamente verificada y las comunidades indígenas, la atención será gratuita y no habrá lugar al cobro de copagos.
3. Para el nivel 2 del Sisbén el copago máximo es del 10% del valor de la cuenta, sin que el cobro por un mismo evento exceda de la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente. El valor máximo por año calendario será de un salario mínimo legal mensual vigente.
4. Sin embargo, en el momento de la prestación de los servicios de salud, las instituciones encargadas deben tener en cuenta, siempre, la voluntad expresa y manifiesta del Legislador, de acuerdo con la cual ‘en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres’.⁵⁵ Para la Corte, el no tener capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a “acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación”.⁵⁶
5. De manera más específica, la jurisprudencia ha considerado expresamente que está constitucionalmente prohibido aplicar pagos moderadores a los servicios que requiere una niña o un niño cuyos acudientes no cuenten con los recursos para cubrir esos gastos⁵⁷. En esta ocasión dijo al respecto la Corte,

“(…) cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica para la no realización de dichos procedimientos.

Lo anterior adquiere mayor importancia, como se verá en concreto frente a las circunstancias del caso revisado si el afectado con la decisión de la entidad prestadora de servicios de salud es un menor de edad, pues para su caso, el derecho a la salud es de naturaleza fundamental y, por tanto, es procedente su protección a través del amparo constitucional no sólo en los eventos en que se afecten de forma grave los derechos a la vida y a la integridad física, sino también cuando se compruebe que, a raíz de la falta de atención médica, se impide el mantenimiento de adecuadas condiciones biológicas o psíquicas del niño.”⁵⁸

6. Tal y como se mencionó en el acápite anterior, la jurisprudencia ha trazado unas reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de los pacientes que aducen no tenerla. Al respecto, se ha dicho que la EPS siempre cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo. Por eso, uno de los deberes de las EPS consiste en valorar si, con la información disponible o con la que le solicite al interesado, éste carece de los medios para soportar la carga económica.

De este modo, de presentarse una acción de tutela, la EPS debe aportar la información al juez de tutela, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el POS o de cuotas moderadoras. El juez de tutela debe presumir la buena fe de toda persona, por lo que debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto a cuál es su situación económica. Sin embargo, se trata de una presunción que puede ser desvirtuada con la información que sea aportada al proceso. Las reglas aplicables han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

- La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.⁵⁹

Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.

– Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante,⁶⁰ pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado.”⁶¹.

7. De este modo, la Sala analizará en cada caso concreto, si se cumplen o no las reglas para la exoneración de los pagos moderadores y si los accionantes tienen o no capacidad económica para cubrirlos.

vi. Deber de garantizar el acceso a los servicios de salud, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios.

1. En el sistema de salud colombiano, el acceso al servicio médico requerido pasa, a veces, por la superación de determinados trámites administrativos. Esto es razonable, siempre que tales trámites no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir, ya que de ello también dependen la oportunidad y la calidad del servicio.

2. Expresamente, la regulación ha señalado que “(...) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.”⁶³ En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico’.⁶⁴ Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, corresponde al médico tratante solicitar al Comité Técnico Científico la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan

obligatorio de salud respectivo, es decir, realizar un trámite al interior del Sistema de Salud.

En conclusión, una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité, basta con que la persona se dirija a la EPS a la que se encuentra afiliada y haga la respectiva solicitud, de allí en adelante, es la EPS la que debe encargarse de realizar el resto de los trámites. Para la Corte 'las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad'. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespeto su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio.

vii. Análisis de los casos concretos.

1. Expediente T 2869782

1.1. Las enfermedades que padece el menor Raúl Felipe Chávez Castañeda, es decir, la hidrocefalia obstructiva, el retardo severo en el neurodesarrollo, la epilepsia focal, la imposibilidad de ver y escuchar y la parálisis cerebral tipo cuadriparesia espástica, son padecimientos que evidentemente menoscaban la salud y la vida en condiciones dignas de cualquier ser humano. Son dolencias de las que se derivan graves consecuencias en las personas que las padecen como la imposibilidad de caminar y de moverse por sus propios medios, la incapacidad de hablar, expresarse y controlar el cuerpo incluidos los esfínteres, además de requerir la atención permanente por parte de alguien que esté en capacidad de colaborarles tanto en las actividades del diario vivir como vestirse y comer y trasladarse de un lugar a otro, como en las situaciones de crisis tales como los ataques epilépticos.

Los individuos con un cuadro clínico como el anteriormente descrito, están destinados a vivir una vida llena de dificultades y quebrantos de salud que hacen que sea necesaria la implementación de un plan adecuado en el que intervenga tanto su familia como los profesionales de la salud y el Estado, con el fin de que la persona pueda acceder a las mejores condiciones posibles, en las que su salud esté estable y su dignidad humana se vea respetada.

1.2. Teniendo en cuenta lo anterior, en casos como éste resulta de fundamental importancia que el paciente cuente con la posibilidad de recibir un tratamiento integral que le permita alcanzar condiciones de salud estables y una vida digna, propósitos para cuya realización debe contribuir tanto su familia como la EPS a la que se encuentre afiliado. Se ha mencionado en acápites anteriores que el derecho a la salud es un derecho fundamental que adquiere mayor importancia en el caso de los niños, razón por la cual, el Estado debe garantizar que los menores en situación de discapacidad tengan acceso a todo aquello que resulte necesario para la optimización de su desarrollo integral en la medida de lo posible, sin que se interponga ningún tipo de traba u obstáculo por parte de la EPS tratante.

1.3. De lo que fue explicado anteriormente en esta providencia, se deduce que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’, y, en concordancia con esto, la Corte ha indicado en repetidas ocasiones que la atención en salud debe ser integral, es decir, debe comprender todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, exámenes de diagnóstico, prácticas de rehabilitación, así como todo otro componente que los médicos consideren necesario para el restablecimiento o mantenimiento de la salud del paciente.

En el caso concreto, considera la accionante que su hijo requiere de un tratamiento integral que incluya, además de lo que ya se le está concediendo por parte de la EPS accionada, una serie de insumos, servicios y exoneraciones frente a las que la Corte se pronunciará de la siguiente manera:

a. En lo que se refiere a la silla de ruedas, a la cama hospitalaria, a la grúa de movimiento, a la cama eléctrica con colchón antiescaras y a la mesa hospitalaria, es evidente que se trata de instrumentos destinados a facilitar el manejo de un paciente cuyo movimiento es altamente complicado, teniendo en cuenta además que tiene ya quince años de edad y su peso hace que sea aún más difícil. Entiende la Corte que los padecimientos que aquejan al menor hacen que sea necesario que éste cuente con todas las facilidades en su hogar para evitar, en lo posible, tener que trasladarlo a centros de salud de manera frecuente por un lado, y, por el otro, para hacer posible que sus actividades diarias como alimentarse, recostarse o ir al baño, no resulten altamente incómodas para él.

Por otra parte, consta en el expediente que dos de sus médicos tratantes, el doctor Carlos

Francisco Fernández Rincón y el doctor Juan Carlos Pérez Poveda, han recomendado que el niño cuente con cama hospitalaria, silla para baño, grúa transportadora y silla de ruedas para que pueda movilizarse de manera más sencilla en su hogar, especialmente en su cuarto y en su baño, y para que pueda transportarse a los centros de salud cuando sea necesario sin que esto implique un esfuerzo desproporcionado para su madre⁶⁵.

Si bien es cierto que se trata de instrumentos que no están incluidos en el POS, también es cierto que la jurisprudencia constitucional ha establecido que las reglas referentes a exclusiones en el Plan Obligatorio de Salud pueden inaplicarse cuando el paciente requiera de los servicios excluidos para preservar su salud, el médico tratante los haya ordenado, no puedan reemplazarse por otros servicios que sí estén incluidos en el POS, y, el paciente o su familia no puedan sufragarlos por sus propios medios.

En el caso bajo análisis está claro que el paciente necesita de estos implementos para mejorar sus condiciones de vida y preservar su salud, sus médicos tratantes los han recomendado en varias oportunidades y se trata de artículos que no pueden ser reemplazados por ningún otro elemento incluido en el POS. En cuanto al último requisito, es decir, a la imposibilidad de su familia para sufragarlos, es procedente manifestar que se ha probado en el expediente que en el núcleo familiar de la accionante los ingresos mensuales que se reciben son de \$3.331.819, que corresponden al salario que devenga su cónyuge, padre del menor. Por su parte, la accionante no recibe ningún tipo de ingreso ya que se dedica todo el tiempo al cuidado de su hijo. Es decir, del salario del señor Chávez se sufran todas las obligaciones de la familia. Hay que tener en cuenta además que, solo obran en el expediente las pruebas aportadas por la accionante, mientras que la EPS accionada no se pronunció con respecto a la situación económica de la misma, de lo que es posible deducir que, si bien es un hogar que cuenta con recursos suficientes para su subsistencia, hay gastos que resultarían imposibles de asumir tales como los instrumentos que se han analizado en el presente acápite, teniendo en cuenta que la compra de una silla de ruedas estándar, de una cama hospitalaria con colchón antiescaras, de una grúa de movimiento y de una mesa hospitalaria tendría un costo aproximado de \$7.500.000 según los precios que se ofrecen en el mercado.

Por las razones anteriores, esta Sala procederá a ordenar a Aliansalud EPS que autorice y entregue al menor Raúl Felipe Chávez Castañeda la silla de ruedas, la cama hospitalaria, la

grúa de movimiento, la cama eléctrica con colchón antiescaras y la mesa hospitalaria que requiere para tener una vida digna y poder realizar sus actividades del diario vivir, sin tener que soportar exageradas incomodidades. Lo anterior deberá autorizarse de manera permanente y no por cortos períodos de tiempo, teniendo en cuenta que las enfermedades del niño efectivamente son de carácter permanente y sin mayores esperanzas de mejoría. La EPS accionada estará facultada para recobrar ante el Fosyga los costos que implique la entrega de los anteriores insumos.

b. En cuanto a la atención domiciliaria, lo que solicita la accionante es que las consultas médicas, odontológicas y las terapias que su hijo necesita, se lleven a cabo en su domicilio. En efecto, de las pruebas que obran en el expediente se puede concluir que efectivamente la movilización del niño Raúl Felipe Chávez resulta extremadamente complicada teniendo en cuenta además que, el menor reside en el municipio de la Calera mientras que todos los procedimientos, tratamientos y citas que requieren se llevan a cabo en la ciudad de Bogotá. El hecho de tener que transportarlo de manera frecuente para que pueda realizar sus terapias y cumplir con sus citas médicas resulta traumático tanto para el niño como para su madre, por lo que resulta lógico que todo aquello que pueda llevarse a cabo en su domicilio tenga lugar en el mismo.

La atención domiciliaria en lo que a citas por medicina general, especializada, odontología y todo tipo de terapias, es un servicio que se encuentra incluido en el POS por lo que el menor tiene derecho a acceder al mismo, teniendo en cuenta que su situación de movilidad es realmente precaria.

Así mismo, el oxígeno domiciliario y los supositorios, son insumos que están incluidos en el POS y para cuyo suministro no hace falta ningún requisito adicional.

De este modo, la Sala procederá a ordenar a la EPS accionada que autorice y preste los servicios de atención domiciliaria en lo que se refiere a terapia física, ocupacional y del lenguaje, citas con médicos especialistas y controles de todo tipo, de manera que el menor solo tenga que desplazarse cuando sea absolutamente necesario. Así mismo, se ordenará la entrega de oxígeno domiciliario y supositorios. Al igual que en el acápite anterior, la EPS tendrá que autorizar estos servicios de manera permanente.

c. En lo que tiene que ver con el suministro de 3 pañales desechables diarios, vale la pena recordar que si bien estos no están incluidos en el POS, constituyen un insumo absolutamente necesario para preservar la dignidad y la calidad de vida del individuo que los necesita. En el caso bajo estudio, resulta claro que el menor Raúl Felipe Castañeda es una persona que no puede controlar sus esfínteres por causa de las enfermedades que padece, es además una persona que ya cuenta con 15 años de edad que necesita estar limpio y cómodo como cualquier otro ser humano. La falta de los pañales representaría una clara violación a la dignidad de este niño y también de su madre que es quien se encarga de su cuidado de manera permanente.

Los pañales desechables son un insumo que, en el caso bajo estudio, será necesario mientras dure la vida del niño, es decir, es algo de lo que él requerirá todos los días y varias veces al día, por lo que la Sala considera que su adquisición sería una carga desproporcionada para sus padres quienes cuentan un ingreso suficiente para subsistir pero no muy elevado y que debe ser empleado en todos los gastos del hogar y en las demás necesidades de su hijo, teniendo en cuenta que un paquete de 40 pañales tiene un costo aproximado de \$40.000 y que el niño necesita entre 3 y 4 pañales diarios. Lo anterior significa que el paquete de 40 pañales le dura más o menos 10 días, por lo que necesitaría 3 paquetes al mes, es decir, \$ 120.000 mensuales por el resto de su vida.

Por esta razón, la Sala procederá a ordenar a Aliansalud EPS que autorice y entregue de manera permanente los pañales desechables que requiere el menor Raúl Felipe Chávez Castañeda con el fin de llevar una vida digna. Aliansalud EPS estará facultada para recobrar ante el Fosyga los costos que acarree el suministro de los mencionados pañales.

d. En lo que se refiere a la posibilidad de acceder a las citas, controles, medicamentos e insumos sin tener que llevar a cabo una serie de trámites administrativos y de procedimientos burocráticos, ha quedado claro en las consideraciones de esta providencia que las EPS no pueden entorpecer el acceso a los servicios de salud de sus afiliados obligándolos a cumplir con una serie de trámites que en muchas ocasiones le corresponden a la EPS misma.

En el caso concreto, se ha probado en el expediente que, pese a que los padecimientos de Raúl Felipe Chávez son de carácter permanente, la EPS le exige a la accionante que solicite

las autorizaciones necesarias para los tratamientos del niño cada tres meses, lo cual no tiene ningún sentido si se tiene en cuenta que lo que este menor necesita actualmente, lo seguirá necesitando hasta el final de sus días. Lo único que logra la EPS accionada exigiendo este tipo de conductas es que las citas, terapias y tratamientos necesarios se vean interrumpidos y retrasados durante el tiempo que la accionante requiere para obtener todos los documentos que se le exigen.

e. En cuanto al servicio de enfermera diurna considera la Sala que tal y como la adujo la entidad accionada, en el caso concreto, más que una persona con conocimientos de enfermería, lo que necesita el niño Raúl Felipe es una persona que pueda brindarle un cuidado permanente y una colaboración en lo que se refiere a la realización de todas las actividades de que se compone su vida. De esta manera, se considera que la presencia de una enfermera diariamente resulta innecesaria dado que dichas actividades pueden ser realizadas por la familia del menor, actividades que además serán mucho menos complicadas teniendo en cuenta que mediante esta providencia se concederán todos aquellos instrumentos que facilitarán la movilidad del menor en su hogar. De este modo, esta Sala procederá a negar el servicio de enfermera diurna solicitado por la accionante.

f. En cuanto al suministro de pañitos húmedos, cremas hidratantes y gotas para la irritación ocular, considera la Sala que, teniendo en cuenta que la EPS accionada ha venido entregando todos los medicamentos que el menor ha necesitado a lo largo de su vida, estos tres elementos constituyen una carga soportable que la familia del niño puede asumir según los ingresos que recibe, teniendo en cuenta que el costo de estos insumos es de aproximadamente \$60.000 mensuales. De este modo, se negará el suministro de los mismos.

g. Por último, en cuanto a la pretensión de la accionante referida a la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos, considera la Sala que en el caso bajo estudio no es posible establecer los presupuestos necesarios para poder afirmar que la familia del menor no cuenta con la capacidad económica para sufragar los pagos de las cuotas moderadoras y los copagos, teniendo en cuenta que se trata de obligaciones necesarias para el sostenimiento del sistema y que, si bien la accionante no es una persona boyante, tampoco carece totalmente de recursos. En el caso bajo estudio, según lo explicado en el punto v de la presente providencia, la familia del menor tendría que pagar copagos correspondientes al

23% de la tarifa cobrada por el servicio requerido, lo cual no implica una erogación imposible de sufragar. Además no tendría que pagar cuotas moderadoras ya que se trata de dos rubros que no pueden cobrarse a una misma persona. Se considera que con lo que la EPS accionada pasará a asumir a partir de la notificación de esta providencia, las cargas que pesaban sobre la familia disminuirán de manera considerable y será posible que ésta cumpla con el pago de las copagos y cuotas moderadoras exigidas por el sistema general de salud. De esta manera, se negará la pretensión referida a la exoneración del pago de los anteriores rubros.

2. Expediente T 2868276

2.1. En el presente caso, se encuentra la Sala nuevamente ante un menor de edad que padece enfermedades graves y de alto costo que menoscaban constantemente la salud y la posibilidad de vivir una vida en condiciones normales. En este evento, el niño padece de microcefalia severa, licencefalia y deformidades congénitas en la cadera, padecimientos que han impedido su normal crecimiento y desarrollo. Algunas de las consecuencias de las enfermedades mencionadas son la imposibilidad para caminar y desplazarse por sí mismo, el no control de sus esfínteres, la imposibilidad de expresarse de manera normal y la necesidad de cuidado y acompañamiento constante.

2.2. Al igual que en el caso estudiado con anterioridad, se trata de un paciente destinado a vivir una vida distinta, caracterizada por los quebrantos de salud y la necesidad de cuidados y tratamientos especiales con el fin de que su salud se mantenga estable y sus condiciones de vida estén acordes con la dignidad que merece todo ser humano.

En el presente caso es importante tener en cuenta además que, las condiciones económicas del entorno familiar del niño no son las mejores, pese a que se encuentra afiliado al régimen contributivo. Su padre devenga \$800.000 mensuales mientras que su madre solo recibe un salario mínimo legal mensual vigente, con lo que deben mantener el hogar que se compone, además de ellos, de tres hijos menores de edad. De lo anterior, se puede inferir que los recursos con los que cuentan no son suficientes para atender todos los gastos de la familia y las necesidades especiales que tiene un niño que padece las enfermedades mencionadas.

2.3. Es preciso reiterar que toda persona residente en el territorio nacional y, especialmente los niños, tienen derecho a recibir la atención en salud que sea necesaria tal y como se mencionaba en el caso anterior. Es por esto que la Corte procederá a estudiar las

pretensiones que ha hecho la accionante relacionadas con las necesidades de su hijo, con el fin de determinar cuáles de ellas resultan procedentes. El estudio de lo anterior se hará dividiendo las pretensiones en tres grupos distintos, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente.

a. En un primer momento se estudiará la pretensión referente a las citas médicas que el menor no ha podido obtener, por cuanto está probado en el expediente que éstas fueron solicitadas ante la EPS y que esta última tiene conocimiento de ellas. Se refiere la Sala específicamente a la autorización para las citas de valoración genética y aquella para valoración por neuropediatría. Se deduce del expediente que las mismas ya fueron autorizadas por parte de Humana Vivir EPS, pero no han podido llevarse a cabo ya que a la accionante le ha sido imposible que se las concedan y la respuesta que obtiene cuando intenta solicitarlas es que hay demasiados pacientes que requieren de los mismos servicios.

En este sentido, teniendo en cuenta que las citas ya están autorizadas por parte de la EPS accionada, la Sala procederá a ordenarle a ésta última que establezca una fecha y una hora exacta para que el menor Johan Danilo Rodríguez sea valorado por genética pediátrica y por neuropediatría, en alguna de las IPS que hacen parte de la red de Humana Vivir EPS.

b. En segundo lugar, se estudiarán el resto de las pretensiones de la accionante, específicamente aquellas que se refieren al suministro de los gastos de transporte del menor y su acompañante, a la atención domiciliaria del mismo en cuanto a terapias se refiere, a la entrega de los pañales que el niño necesita así como a la entrega de Pediasure y férulas y a la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos.

Con respecto a lo anterior, encuentra la Sala que si bien la accionante solicitó a la EPS accionada que convocara una junta médica que se encargara de estudiar el caso de su hijo y de establecer el tratamiento, las medicinas y los insumos que éste requiere, en ningún momento hizo una solicitud específica para obtener la entrega de los pañales, el suplemento alimenticio, los gastos de transporte, las férulas y la atención domiciliaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante mencionar que, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es un mecanismo al que se puede acudir tras haber agotado los demás mecanismos de que se dispone para la protección de los

derechos. En este sentido, y frente al caso concreto, la accionante antes de acudir a la tutela debe solicitar directamente ante la EPS los servicios e insumos que requiere, con el fin de que ésta pueda proceder a someter la respectiva solicitud a estudio del Comité Técnico Científico, para que sea allí donde se decida cuáles son las necesidades exactas del paciente. Sólo así se le da a la EPS la posibilidad de realizar los estudios pertinentes y se agota la primera fase con la que el afiliado debe proceder.

De este modo, la Sala no puede pronunciarse de manera definitiva sobre las pretensiones mencionadas por lo que procederá a ordenarle a Humana Vivir EPS que someta a valoración del Comité Técnico Científico el caso del menor Johan Danilo Rodríguez Téllez y establezca si es o no posible concederle la entrega de pañales, suplemento alimenticio, férulas, gastos de transporte y atención domiciliaria. En caso de que, tal como lo considera esta Corte, se considere que el menor tiene derecho a recibir dichos servicios, de una vez se proceda a ordenar el suministro de los mismos.

c. Por último, procede la Sala a estudiar la pretensión referente a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras. En este punto vale la pena reiterar lo que ha venido estableciendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a que, la exigencia reglamentaria de reclamar el pago de cuotas moderadoras y copagos no es contraria a la Constitución pues, a través de ellos se busca obtener una contribución económica al Sistema en razón a los servicios prestados. Sin embargo, dicho pago no podrá exigirse cuando de su aplicación surja la vulneración a un derecho fundamental, es decir, cuando el paciente y su familia no puedan sufragarlo y por esa razón no reciba el servicio de salud que necesita.

En el presente caso, teniendo en cuenta los ingresos de la accionante y de su cónyuge y que tienen tres hijos menores de edad a cargo, uno de ellos gravemente enfermo, resulta evidente que el pago de copagos del 17.3% sobre el valor del servicio puede convertirse en un obstáculo para que el niño reciba los tratamientos y servicios que requiere para mantener su salud estable. Es por esto que la Sala procederá a exonerar al menor del pago de las cuotas moderadoras y copagos que hasta ahora se requieren para acceder a los servicios de salud que necesita.

3. Expediente T 2866434

3.1. En este evento se encuentra la Sala el caso de un niño de 2 años de edad que padece de ausencia de cuerpo calloso, hidrocingomelia de la T8 a la T12, ausencia del hueso sacro (lo que le impide caminar) y trastorno de toda la línea media, lo que le origina discapacidad física y mental. Como consecuencia de lo anterior, el menor no sólo no podrá desarrollarse de manera normal sino que además no puede caminar y no controla sus esfínteres.

Sin embargo, en este evento en particular, los padres del niño han interpuesto dos acciones de tutela que les han sido concedidas, por lo que el menor está exonerado del pago de cuotas moderadoras y copagos, cuenta con autorización para recibir un tratamiento integral acorde con sus padecimientos y se le cubren a él y a su acompañante todos los gastos de transporte desde su domicilio en Itagüí hasta Medellín, así como los gastos de estadía y alimentación en dicha ciudad. Aún así, la accionante considera que lo que recibe por parte de la EPS accionada no es suficiente teniendo en cuenta que no se le están cubriendo los pañales que el niño requiere ni el transporte interno en la ciudad de Medellín para desplazarse desde el hotel hacia los diferentes centros médicos en los que el menor recibe tratamiento. Por último, solicita la accionante que se valore la posibilidad de que la EPS invierta el dinero con que cubre los gastos de transporte y estadía en el pago de un canon de arrendamiento en la ciudad de Medellín, para que ella y su hijo puedan vivir allí y no tengan que estarse desplazando constantemente.

Con respecto a las pretensiones anteriores, encuentra la Sala que la acción de tutela resulta improcedente por cuanto, tal y como consta en el expediente, la EPS accionada está concediéndole al menor todos los tratamientos y servicios que éste requiere y que han sido ordenados por los jueces de tutela en fallos anteriores, incluidos los gastos de transporte y estadía para ella y para su hijo en la ciudad de Medellín.

Por otra parte, no obra en el expediente ninguna prueba distinta a las que dieron lugar a las acciones de tutela que ya han sido presentadas para proteger los derechos de este niño, tampoco obra ninguna orden médica que determine que el menor requiere de los servicios que la accionante está solicitando. De este modo, y bajo el entendido de que actualmente el menor está recibiendo tratamiento integral, transporte y estadía en Medellín, esta Sala

procederá a confirmar el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín, dejando a discreción de la EPS accionada la opción de discutir con la accionante la posibilidad de invertir lo que se está invirtiendo en transporte, hoteles y alimentación en la ciudad de Medellín, en el pago de un canon de arrendamiento para que la accionante y su hijo puedan vivir en dicha ciudad y tener más fácil acceso a los servicios médicos requeridos.

4. Expediente T 2865846

4.1. En el presente caso la accionante interpuso acción de tutela contra Caprecom EPS-S por considerar que a su hermana le están siendo violados sus derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social. La señora Norbi Cristina Patiño sufre de esclerosis múltiple desde hace 16 años y como consecuencia de esta enfermedad su movilidad es muy limitada, no puede caminar y no controla sus esfínteres.

Por otra parte, la paciente se encuentra afiliada al régimen subsidiado en el Sisben Nivel 1 cuya administradora es Caprecom EPS-S. De este hecho, se puede inferir que efectivamente, tal y como lo manifiesta la accionante, se trata de una persona que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar los costos de su tratamiento, afirmación frente a la que la EPS-S accionada no opuso ningún tipo de objeción. También se tiene en cuenta que la accionante es quien se encarga de su manutención y de la de sus hijos.

En este sentido, y con base en las pruebas que obran en el expediente, esta Sala procederá a ordenar que se exonere de los copagos y cuotas moderadoras a la señora Norbi Cristina Patiño, por considerar que el pago de los mismos constituye un obstáculo para que la paciente pueda acceder a los servicios médicos que necesita.

Por último, en lo que se refiere al suministro de pañales desechables, se reitera nuevamente que se trata de insumos que si bien no son esenciales para la recuperación de la salud del paciente, sí constituyen un mecanismo necesario para la conservación y respeto de la dignidad de aquellas personas que no pueden controlar sus esfínteres.

Además, es de especial importancia mencionar que Caprecom EPS-S autorizó la entrega de

los mismos hasta el mes de abril del año 2009 y a partir de ese momento decidió, sin fundamento alguno, no volverlos a autorizar. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado en varias ocasiones que, los tratamientos y la atención en salud para los pacientes deben ser continuos y no pueden suspenderse sin que exista un motivo que lo justifique. De esta manera, la Sala procederá a ordenar a Caprecom EPS-S que siga suministrándole a la señora Patiño los pañales desechables que le fueron autorizados hasta abril de 2009. La EPS-S accionada podrá repetir contra la entidad territorial por los gastos que implique dicho suministro.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR parcialmente el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, el día 22 de septiembre de 2010 y en consecuencia CONCEDER el amparo de los derechos del menor ordenando la satisfacción de algunas de las pretensiones de la accionante de la siguiente manera:

a. ORDENAR a Aliansalud EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y entregue al menor Raúl Felipe Chávez Castañeda de manera permanente la silla de ruedas, la cama hospitalaria, la grúa de movimiento, la cama eléctrica con colchón antiescaras y la mesa hospitalaria que requiere para tener una vida digna. Aliansalud EPS podrá recobrar los gastos en que incurra por la prestación de estos servicios ante el Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga).

b. ORDENAR a la Aliansalud EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice de manera permanente y preste los servicios de atención domiciliaria al menor Raúl Felipe Chávez Castañeda, en lo que se refiere a terapia física, ocupacional y del lenguaje, citas con médicos especialistas y controles necesarios, así como la entrega de oxígeno domiciliario y supositorios.

c. ORDENAR a Aliansalud EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice y entregue de manera permanente los pañales desechables que requiere el menor Raúl Felipe Chávez Castañeda. La mencionada EPS podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga) por los gastos que esto le acarree.

d. ORDENAR a Aliansalud EPS que proceda a conceder las autorizaciones que necesita la accionante de manera permanente y a evitar la imposición de trámites innecesarios para evitar que los progresos en la salud del menor se vean truncados.

e. NEGAR el servicio de enfermera diurna solicitado por la accionante, así como la entrega de pañitos húmedos, cremas hidratantes y gotas para la irritación ocular.

f. NEGAR la exoneración de copagos y cuotas moderadoras para el menor Raúl Felipe Chávez Castañeda.

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá proferido el 20 de septiembre de 2010, y en su lugar:

a. ORDENAR a Humana Vivir EPS que establezca una fecha y una hora exacta para que el menor Johan Danilo Rodríguez sea valorado por genética pediátrica y por neuropediatría en alguna de las IPS que hacen parte de su red prestadora de servicios.

b. ORDENAR a Humana Vivir EPS que someta a valoración del Comité Técnico Científico el caso del menor Johan Danilo Rodríguez Téllez y establezca si es o no posible concederle la entrega de pañales, suplemento alimenticio, férulas, gastos de transporte y atención domiciliaria. Se exhorta a la EPS a que realice la valoración de manera inmediata y se proceda a conceder los servicios solicitados, teniendo en cuenta que por las pruebas aportadas al proceso las condiciones del niño ameritan su atención inmediata.

c. ORDENAR a Humana Vivir EPS que exonere al menor Johan Danilo Rodríguez Téllez del pago de las cuotas moderadoras y copagos que hasta ahora se le han exigido para acceder a los servicios de salud que necesita.

Cuarto.- ORDENAR a Caprecom EPS-S la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras a la señora Norbi Cristina Patiño.

Quinto.- ORDENAR a Caprecom EPS-S que siga suministrándole a la señora Patiño los pañales desechables que le fueron autorizados hasta abril de 2009. La mencionada EPS-S podrá repetir contra la entidad territorial por los gastos que implique dicho suministro.

Sexto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Apoyos y dispositivos externos aplicados al cuerpo para modificar los aspectos funcionales o estructurales del sistema neuromusculoesquelético. Se encuentran comprendidos en esta definición las férulas, las ayudas técnicas y los soportes usados en ortopedia que corrigen o facilitan la ejecución de una acción, actividad o desplazamiento, procurando ahorro de energía y mayor seguridad. Sirven para sostener, alinear o corregir deformidades y para mejorar la función del aparato locomotor.

2 Folios 79, 80, 81, 84, 147, 148, 149 y 164 del cuaderno principal del expediente.

3 Folio 145 del cuaderno principal del expediente.

4 Sentencia T -288 de 1995.

6Ver T-227/03, T-859/03, T- 694/05, T-307/06, T-1041/06, T-1042/06, T-016/07, T-085/07, T-200/07, T-253/07, T-523/07, T-524-07, T-525/07, T-648/07, T-670/07, T-763/07, entre otras.

7Sobre el tema particular, consultar las sentencias: T-1384 de 2000, T-365A de 2006, entre muchas otras.

8 Sentencia T-760 de 2008.

9 T-763 de septiembre 25 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

10 Según la Constitución (art. 44), “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, (...)”. Al respecto pueden consultarse entre otras muchas las sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

11 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz, SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-046 de 1999 (MP Hernando Herrera Vergara), T-117 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-093 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-153 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y T-819 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

12 Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). En la sentencia T-223 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del POS y del POSS.

13 Sentencia T-760 de 2008.

14 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992, T-505 de 1992 y T-548 de

1992, sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud (ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-631, T-628 y T-691 de 1998, SU-819 de 1999, T-344 de 2002 y T-543 de 2002.) Sic.

15 Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007. En la sentencia T-1204 de 2000, en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la práctica del servicio requerido (exámen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.”

16 Ver entre otras las sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828, T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016 , T-024 y T-086 de 2005.

17 Ver, entre otras, las sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004; T-096 de 2005.

18 Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que “cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del FOSYGA.” (Corte Constitucional, sentencia T-972 de 2001; Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia T-280 de 2002; en el mismo sentido ver la sentencia T-069 de 2005.

19 Tal es el caso, por ejemplo, de personas con VIH o SIDA. Como lo ha señalado la propia Corporación, ha “(...) sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia

de protección de los derechos constitucionales de los enfermos de VIH. Debido al carácter de su enfermedad, la Corte ha señalado que el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio.” Corte Constitucional, sentencia T-074 de 2005 [en este caso se siguieron, entre otras, las siguientes sentencias: T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; SU-256 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-436 de 2003; T-925 de 2003; T-326 de 2004].

20 Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha fijado condiciones específicas para que se pueda ordenar la remisión de un paciente al exterior, para que reciba un servicio médico que requiere; estas condiciones fueron fijadas en la sentencia T-395 de 1998 y reiteradas, entre otras, en las sentencias SU-819 de 1999 y T-597 de 2001.

21 Corte Constitucional T-1022 de 2005.

22 Sentencia T-760 de 2008.

23 Sentencia T-223 de 2006.

24 Bien sea, por ejemplo, porque el servicio no se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de servicios o bien porque está sometido a un ‘pago moderador’ (ver apartado 4.4.5.).

25 En la sentencia T-941 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), la Corte estudió la acción de tutela ejercida contra una IPS, por negarse a suministrar las prótesis ortopédicas requeridas por el actor, para recuperar la función motriz perdida tras la amputación de sus extremidades inferiores. En dicha oportunidad, esta Corporación consideró que el amparo procede no solamente cuando la vida del demandante se encuentre en grave peligro, sino también cuando la vida digna del ciudadano se verá seriamente lesionada. Se planteó, así mismo, el problema hermenéutico respecto de la inclusión o no de las prótesis en el POS. Concluyó el alto Tribunal que las prótesis de extremidades inferiores estaban incluidas en el plan, por cuanto su finalidad es complementar la capacidad física del paciente. En este caso se realizó una aplicación amplia de éste criterio de interpretación.

26 Algunos casos en los cuales se ha aplicado este criterio: T-221 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en la cual se estudiaba el caso de una persona de la tercera edad a quien le habían ordenado un trasplante de Córnea, procedimiento que se encuentra incluido en el POS, para cuya práctica requería un examen de tejido corneal, el cual no se encuentra expresamente incluido, la Corte señaló: “Que el procedimiento de transplante de córnea esté expresamente incluido, implica que todos los implementos necesarios para su realización también lo están. Por la razón anterior, mal puede decirse que el tejido corneal, imprescindible para la realización de la cirugía puede ser funcionalmente excluido del “procedimiento” como un todo”. Ver también Sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Un grupo de casos importante en la aplicación de éste criterio es el del lente intraocular en la cirugía de cataratas, en muchas ocasiones las EPS han autorizado la cirugía de cataratas pero han negado el lente intraocular, necesario para la misma, por considerar que no se encuentra expresamente incluido en el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 como una prótesis, sin embargo, en la misma resolución bajo el código 02905 aparece el procedimiento “Extracción catarata más lente intraocular”. La Corte ha afirmado que si bien no se encuentra incluido expresamente en el artículo 12, si se incluye en el POS y debe ser por tanto suministrado en aplicación de un criterio finalista, se trata de una prevalencia de las inclusiones particulares sobre las exclusiones generales. Sentencias en las cuales se ha decidido así: Sentencia T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) T-852 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis); T-007 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). Con todo, hay que reconocer que en algunos casos la Corte ha ordenado el suministro del lente intraocular como si estuviera excluido del POS.

27 La Corte Constitucional ha aplicado en numerosas ocasiones el principio pro homine, por ejemplo, como regla interpretativa de la convenciones internacionales se ha señalado que “(...) en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos”, sentencia C-251 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero). Ver también Sentencia C-148 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis) y C-318 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz).

28 Sentencia T-037 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual se estudió en caso de una menor con un déficit del aprendizaje a quien le habían ordenado terapia del lenguaje, psicológica y ocupacional, las cuales fueron negadas por la EPS por considerar que se

encontraban excluidas del POS. La Corte analizó el caso y encontró que estas exclusiones no eran absolutas sino que dependían del cumplimiento de ciertas condiciones que la EPS no había evaluado para negar el servicio y que en el caso concreto no había lugar a la exclusión. La Corte señaló que en aquellos casos en los que la exclusión depende del cumplimiento de unas condiciones la EPS, antes de negar la prestación del servicio, está obligada a evaluar el caso concreto.

29 Por ejemplo en la sentencia T-574 de 2010.

30 Bien sea, por ejemplo, porque el servicio no se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de servicios o bien porque está sometido a un ‘pago moderador’ (ver apartado 4.4.5.).

31 Consultar Sentencia T-518 de 2006.

33 En el mismo sentido ver las sentencias T-053 de 2009, T-760 de 2008, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, entre otras.

34 Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-307 de 2007, T-016 de 2007 y T-926 de 1999, entre otras.

35 Es un trastorno congénito poco frecuente que afecta el cerebro, la piel y los ojos. Se presenta un crecimiento anormal de vaso sanguíneo en el nervio trigémino de la cara y las meninges (membranas que recubren) del cerebro. Este crecimiento anormal produce una coloración roja o púrpura de la piel (a veces llamada mancha de vino de Oporto), por lo general en un lado de la cara, y también puede causar convulsiones, dificultades de aprendizaje y glaucoma. También se llama SWS (En: www.cancernet.gov).

36 La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas discapacitadas, define el vocablo discapacidad en los siguientes términos: “Artículo I. 1. Discapacidad. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”

37 T-988 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esa oportunidad el Tribunal

Constitucional concluyó: “(...) El Estado ni las autoridades públicas pueden negarse a brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas discapacitadas compensar sus limitaciones para obtener una real integración a la sociedad. Este deber de protección no solo radica en cabeza de las y de los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a todas las autoridades públicas sin excepción, incluso a los particulares que –como las Empresas Promotoras de Salud- prestan el servicio público de salud.”

38 Consúltese la sentencia T-975 de 2008. En esa oportunidad, la Corte ordenó el suministro de PAÑALES DESECHABLES a una menor que sufría de INCONTINENCIA, sustentando su decisión en que tal padecimiento es un hecho notorio que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro de los insumos que se solicitaban ante la Entidad Promotora de Salud.

39 Sentencia T-053 de 2009. Sobre el tema también se pueden consultar las sentencias T-653 de 2008, T-975 de 2008 y T-601 de 2008.

40 Al respecto, se pueden consultar entre otras las sentencias T-500/94, SU-819/99, T-523/01, T-586/02 y T-990/02.

41 En la sentencia T-350 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2º de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio del Sistema de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud), en tanto señala que ‘cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio mas cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...)’.

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

jurisprudencial también fue utilizada en un caso similar contenido en la Sentencia T-1079/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

43 Corte Constitucional, sentencia T-197 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

44 Corte Constitucional, sentencia T-350 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño). Esta decisión ha sido reiterada por la Corte en varias ocasiones; entre otras, en las sentencias T-962 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-459 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

45 Cuya vigencia rige a partir del 1° de enero de este año.

46 La norma en mención expresamente señala: “ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

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

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

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

normatividad vigente.”

47 Cfr. Acuerdo 8 de 2009 de la CRES (Comisión de Regulación en Salud) artículo 34.

48 Esta regla jurisprudencia fue establecida en la Sentencia T-900 de 2000. La Corte Constitucional la ha utilizado en casos similares, por ejemplo en las sentencias T-1079 de 2001, T-1158 de 2001, T- 962 de 2005, T-493 de 2006, y recientemente en las siguientes sentencias: T-057 de 2009, T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

49 Sentencia T-550 de 2009.

50 La jurisprudencia constitucional ya había resaltado el concepto de ‘pagos moderadores’ como un concepto genérico que incluye las distintas categorías de pagos que se realizan en el sistema. En la sentencia T-973 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), por ejemplo, se señaló al respecto: “(...) la normatividad prevé cuotas económicas adicionales a las cotizaciones que deben ser cubiertas por las personas usuarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS-para acceder a los servicios de salud. Dentro de dicha legislación, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece los pagos que deben efectuar los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo o subsidiado de salud dentro de los cuales se encuentran pagos moderadores que comprenden a su vez i) pagos compartidos-copagos-, ii) cuotas moderadoras y iii) deducibles”. Así también en las sentencias T-617 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería), T-734 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

51 El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece: “De los Pagos Moderadores. Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. || En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre, tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y [la antigüedad de afiliación en el sistema] según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. || Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud, aunque el Consejo Nacional

de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía. || PARÁGRAFO. Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico o de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.’ Se resalta la parte declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-542 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara).

52 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, primer inciso.

53 Ver Sentencia T-584 de 31 de julio de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

54 Artículo 9º. Monto de copagos por afiliado beneficiario. El valor por año calendario permitido por concepto de copagos se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de la siguiente manera: // 1. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes el 11.5% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que el cobro por un mismo evento exceda del 28.7% del salario mínimo legal mensual vigente. // 2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 17.3% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que exceda del 115% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por un mismo evento. // 3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 23% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que por un mismo evento exceda del 230% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. // Parágrafo. Para efectos del presente acuerdo se entiende por la atención de un mismo evento el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario.

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

56 Artículos 187 y 188 (‘Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios’) de Ley 100 de 1993. En la sentencia T-811 de 2006 (MP Marco

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

57 Al respecto ver la sentencia T-225 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

58 En este caso se decidió que “el derecho fundamental a la salud del menor debe primar sobre la obligación del cubrimiento de las cuotas moderadoras o copagos para lo cual deberá protegerse los derechos constitucionales del niño ordenando la prestación de los servicios de manera integral, como quiera que los derechos fundamentales están por encima de las reglamentaciones.” Corte Constitucional, sentencia T-225 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

59 Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: T-1019 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-906 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-699 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-447 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-279 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-113 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería).

60 Al respecto, ver las siguientes sentencias: T-867 de 2003 (MP: Manuel José Cepeda) y T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).

61 Corte Constitucional, sentencia T-744 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-984 de 2004 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-236A de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-805 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-888 de 2006 (MP Jaime Araujo Rentería).

62 Corte Constitucional, sentencia T-635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) La accionante, quien padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho

superado. Esta sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

63 Decreto 1703 de 2002, artículo 40.

64 En este mismo se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T-1016 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis).

65 Folio 145 del cuaderno principal del expediente.