

Sentencia T-239/15

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Con énfasis en niños, niñas y adultos mayores

Esta Corporación ha expuesto que los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. Le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

DERECHO A LA SALUD DE PACIENTE CON CANCER-Protección constitucional especial

Las personas que padecen de cáncer, por tratarse de una enfermedad que tiene un gran impacto negativo en su salud y su vida digna, gozan de una protección especial y reforzada de su derecho a la salud, convirtiendo en indispensable la prestación del servicio de manera integral, brindándole todos los tratamientos, medicamentos y procedimientos necesarios para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones. En el mismo sentido, el derecho al diagnóstico adquiere una relevancia especial al tratarse de personas afectadas por la mencionada enfermedad.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-La prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad

Este Tribunal Constitucional ha expuesto que la atención de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser integral, esto es, completa, pues de otra manera no sólo se afecta el derecho a la salud, sino que la inobservancia del mismo invade la órbita de protección de otros derechos como la vida en especial la vida digna, entre otros. La prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario. Esto es, con la totalidad de tratamientos,

medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud.

ACCESO A TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Criterios constitucionales para acceder a servicios no POS

Para establecer en qué casos una persona puede acceder a un servicio no P.O.S. la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos, a saber: a. Que la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; c. Que el interesado no pueda 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 d. Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Fundamental como parte de la salud

Frente al derecho al diagnóstico como componente del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha expuesto de manera reiterada que el mismo está constituido por “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”. Así las cosas, su garantía se concreta en transmitir al paciente todo conocimiento disponible sobre su estado de salud, los tratamientos a los que puede someterse, las repercusiones sobre su calidad de vida a corto y largo plazo, entre otras acciones.

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

La Corte estima que las entidades prestadoras de salud, no podrán utilizar la falta de orden médica, ni tampoco el que un medicamento o tratamiento no haga parte del POS, como un obstáculo que evite el goce efectivo del mencionado derecho. Ante la falta de orden médica, la prestadora deberá actuar con celeridad para respetar y garantizar el

derecho al diagnóstico del paciente, que le permita acceder de forma oportuna a lo que buscaba o tener una alternativa más adecuada para su condición, según lo estime el médico tratante.

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ADULTO MAYOR-Orden a EPS

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ADULTO MAYOR-Orden a EPS autorizar y entregar suplemento alimenticio

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ADULTO MAYOR-Orden a EPS brindar tratamiento integral y exonerar de copagos y cuotas moderadoras por las atenciones que llegue a necesitar el accionante

Referencia: Expediente T-4.701.494

Acción de tutela presentada por Débora Moreno Bedoya, actuando como Agente Oficiosa de su hermana María Esneda Moreno de Salazar contra ASMET SALUD EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Quindío

Magistrada (e) Ponente:

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil quince (2015).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle y Martha Victoria Sáchica Méndez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente, las previstas en el artículo 241, numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con funciones de Control de Garantías de Armenia (Quindío), el 10 de septiembre de 2014, y en segunda instancia, por el Juzgado

Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Armenia (Quindío), el 16 de octubre de 2014, dentro del proceso de tutela de Débora Moreno Bedoya, actuando como Agente Oficiosa de su hermana María Esneda Moreno de Salazar contra ASMET SALUD EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Quindío

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Uno, mediante Auto proferido el 27 de enero de 2015.

I. ANTECEDENTES

Débora Moreno Bedoya, en calidad de agente oficiosa de su hermana María Esneda Moreno de Salazar de 73 años de edad[1], presentó acción de tutela contra la ASMET SALUD EPS-S, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social, basada en los siguientes

1. Hechos

1.1 La accionante manifiesta que su hermana está afiliada a la Asociación Mutual La Esperanza ASMET SALUD en régimen subsidiado y nivel de SISBEN 2. (Folio No. 10, Cuaderno 1)

1.2 Adicionalmente, menciona que desde hace más de 12 años a la señora Moreno de Salazar se le diagnosticó un CANCER DE TIROIDES METASTASICO, el cual ha sido tratado mediante: cirugía de Tiroidectomía Total y vaciamiento ganglionar, radioterapia y yodoterapia. (Folio No. 7, Cuaderno 1)

1.3 No obstante, hace dos años se le diagnosticó METASTASIS PULMONAR por lo cual el médico tratante formuló SINALGEN para el dolor y NUTRICIÓN POLIMERICA. Esta última, implica 12 latas de GLUCERNA SR x 900 gr. en polvo - lata x 900 gr. del cual debe tomar 120 gr. vía oral al día por una duración inicial de 3 meses. (Folios No. 6-9, Cuaderno 1)

1.4 Indica la agente oficiosa que la entidad accionada no ha suministrado los medicamentos ni el suplemento alimenticio bajo el argumento de que la prestación de servicios NO POS-S corresponde a la Secretaría Departamental de Salud del Quindío. (Folio No. 5, Cuaderno 1).

1.5 En esta medida, considera que se ven vulnerados los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida digna de su hermana. Lo anterior, ya que no cuentan con los recursos económicos para asumir los gastos de los medicamentos necesarios para que ella sobreviva; solicita entonces se ordene suministrar SINALGEN, el suplemento alimenticio prescrito y tratamiento integral.

2. Traslado y contestación de la demanda

La acción de tutela fue admitida por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Armenia, Quindío a través de auto fechado veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), se corrió traslado de la demanda de tutela a ASMET SALUD EPS-S para que rindiera informe sobre los hechos de la demanda, se vinculó oficiosamente al Departamento del Quindío-Secretaría Departamental de Salud y se concedió la medida provisional ordenando el suministro de los suplementos adicionales. (Folios No. 11-13, Cuaderno 1)

2.1 Respuesta de ASMET SALUD EPS-S

En informe radicado en el Juzgado de primera instancia el 1º de septiembre de 2014, ASMET SALUD sostuvo que la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional y la Resolución No. 5334 de 2008 del Ministerio de la Protección Social en Salud, establecen que tratándose de la prestación de servicios NO POS-S se debe primero agotar el debido proceso ante el Ente Territorial. Así, manifiestan que aunque exista un proceso mediante el cual las EPS-S pueden iniciar el recobro ante los Entes Territoriales, esto no significa que la obligación deba ser asumida por las EPS.

Por otro lado, afirman que según la Resolución No. 3047 de 2008 del Ministerio de la Protección Social en Salud y el Decreto 4747 de 2007, las IPS son las que tienen la obligación legal y reglamentaria de diligenciar y presentar los formatos que se requieren para solicitar la prestación de servicios NO POS-S ante los Entes Territoriales.

En esta medida, solicitan se desvincule a ASMET SALUD EPS-S de la acción de tutela por cuanto no ha existido vulneración de derecho fundamental alguno, sin embargo de tutelar los derechos de la agenciada solicitan se ordene el recobro respectivo ante la Secretaría Departamental de Salud del Quindío.

2.2 Respuesta del Departamento de Quindío

En informe radicado en el Juzgado de primera instancia el 1º de septiembre de 2014, el Departamento de Quindío a través de su Secretario de Representación Judicial y Defensa, afirmó que debido a que la señora María Esneda Moreno de Salazar figura como afiliada en estado activo del Régimen Subsidiado por la EPS ASMET SALUD, es esta entidad la obligada a brindarle la atención integral en salud en virtud del artículo 152 y ss. de la Ley 100 de 1993.

Además, de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011 y la Resolución 5521 de 2013 que fijó el nuevo POS, sostuvo que los tratamientos y suministros solicitados están totalmente cubiertos dentro del POS.

En conclusión, solicitan se conceda el amparo tutelar y se ordene a la EPS respectiva garantizar las atenciones en servicios, tratamientos y suministros requeridos según la prescripción del médico tratante.

3. Sentencias objeto de revisión

3.1 Primera Instancia

No obstante, en lo que respecta al tratamiento integral, encontró el juzgado de instancia que no se ha demostrado mediante las pruebas allegadas, la necesidad actual del mismo. Por lo anterior, se abstiene de fallar en este sentido.

3.2. Impugnación del Fallo de tutela

El 15 de septiembre de 2014, la entidad accionada ASMET SALUD impugnó la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2014, en el sentido de solicitar se reconozca la facultad de recobro de la EPS y se proceda a ordenar el reembolso de los dineros correspondiente al suplemento alimenticio.

3.3 Sentencia de Segunda Instancia

El 16 de octubre de 2014, el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Armenia, Quindío confirmó la decisión de fondo de la primera

instancia. Sin embargo, se facultó a ASMET SALUD a realizar el recobro ante la Secretaria de Salud del Quindío por los costos en que se incurran cumpliendo la orden.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

2. Presentación del caso y planteamiento del Problema Jurídico

De acuerdo con la plataforma fáctica construida en la acción de tutela y corroborada con el acervo probatorio que obra en el expediente, corresponderá a la Sala de Revisión establecer si ASMET SALUD EPS-S vulneró los derechos a la salud, a la vida y la seguridad social de la accionante, una mujer de 73 años de edad que padece Cáncer de tiroides, por haberse opuesto a brindarle el suplemento alimenticio ordenado por su médica tratante, y por no continuar el suministro del medicamento SINALGEN para manejo del dolor y no brindarle un tratamiento integral en relación con la enfermedad que padece.

Para dar respuesta a dicho problema, la Sala realizará las siguientes consideraciones: (i) El derecho a la salud cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como lo son los adultos mayores; (ii) La protección especial y reforzada del derecho a la salud de las personas que padecen cáncer; (iii) El principio de integralidad en la prestación del servicio de salud; (iv) El acceso a medicamentos, tratamientos o procedimientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (v) El Derecho al diagnóstico; para finalmente concluir con el análisis del caso concreto.

3. El derecho a la salud cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como lo son los adultos mayores. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con el artículo 13 Superior, el Estado debe proteger, de manera especial, a aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en debilidad manifiesta. A su vez, el inciso primero del artículo 46 de la Carta establece

que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria, lo que ha llevado a reconocer la protección del derecho fundamental a la salud de manera reforzada en cabeza de quienes son considerados sujetos de especial protección del Estado como lo son los niños, las personas en situación de discapacidad y los ya mencionados adultos mayores.

Específicamente, en relación con la protección del derecho a la salud de personas pertenecientes a la tercera edad[2], el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General No. 14 estableció:

“En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad”.[3]

Con base en ello, esta Corporación ha expuesto que los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. Así, en la Sentencia T-1081 de 2001 en el marco de una acción de tutela adelantada por un señor de 70 años al que su médico le había ordenado cirugía de catarata en el ojo derecho y la EPS se negó a suministrarle el lente intraocular y los medicamentos prescritos debido a que no estaban contemplados en el POS, sostuvo la Corte que: “el derecho a la salud en los adultos mayores es un derecho fundamental y autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”.

En ese mismo sentido, se pronunció con posterioridad esta Corporación al resolver el caso de una señora de 87 años de edad a la que, si bien no se le había negado la prestación del

servicio médico que requería, la Corte estimó que se le habían vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna al negársele el suministro de la totalidad de los medicamentos o fármacos que su médico tratante le había formulado. En esa oportunidad consideró el Tribunal Constitucional colombiano:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”.[4]

En ese mismo sentido, y haciendo especial énfasis en la necesidad de prestar un servicio de calidad a los adultos mayores, sujeto a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad, ha establecido la Corte que: “(...) las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica que requieran, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante”.[5]

De conformidad con ello, el Estado debe brindar las condiciones materiales que permitan a personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, en cuanto ello resulte factible y razonable, superar su situación de desigualdad, deber de protección y garantía que: “no sólo radica en cabeza de los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a los jueces quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto”.[7]

Como corolario de lo anteriormente expuesto, la Corte en la Sentencia T-121 de 2007, concedió el amparo de los derechos a la salud, a la vida, y a la seguridad social a favor de una mujer de 72 años de edad que sufría de cáncer de mama, lo que consideró la constituía una enfermedad catastrófica, y a la cual su EPS se negaba a brindarle unos medicamentos necesarios para el tratamiento integral de su padecimiento. En esa oportunidad consideró esta Corporación:

“El Estado Social de Derecho, al ampliar los beneficios sociales de los habitantes del

territorio introdujo un trato preferencial para las personas que por su edad requieren de una atención integral y de tratamientos en materia de salud que deben ser permanentes y continuos. Esto obliga a considerar un lugar privilegiado para los adultos mayores e igualmente un deber para las EPS de prestar servicios que se dirijan a la rehabilitación y recuperación total de las personas que se encuentre incluidas en este sector de la población. || Las entidades que prestan servicios de salud y el Estado deben así garantizar la prestación de los mismos y propender hacia la recuperación de las personas de la tercera edad y especialmente, dentro de tal sector, de la población de aquellos sujetos que por su riesgosa situación de salud necesiten de servicios, medicamentos o procedimientos para desarrollar una vida digna”.

En conclusión, la Constitución, la interpretación autorizada de instrumentos internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia reiterada de esta Corte, han considerado que el derecho a la salud de las personas de la tercera edad es un derecho fundamental autónomo que encuentra fundamento en la protección especial a ellos debida.[8] Así, acceder a los servicios de salud es el presupuesto mínimo para el goce efectivo de dicho derecho, el cual debe garantizarse de manera preferente a los adultos mayores, debido a su especial condición de vulnerabilidad. No obstante, el acceso a los servicios de salud y la atención preferente sobre sujetos de especial protección constitucional, resultan insuficientes si no se prestan de manera completa y en función a las condiciones físicas y mentales de las personas, en especial cuando se trata de personas en las que se acentúa su condición de vulnerabilidad por el padecimiento de una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer, como pasaremos a considerar a continuación.

4. La protección especial y reforzada del derecho a la salud de las personas que padecen cáncer

Como se expondrá a continuación, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha considerado que las personas que padecen cáncer, por la complejidad y magnitud de su enfermedad, tienen una carga mayor de necesidades, lo que obliga al Estado a brindarles una protección reforzada a su derecho a la salud, que atienda a las necesidades específicas de su padecimiento.[9]

En este sentido, en la Sentencia T-652 de 2006 la Corte Constitucional tuteló el derecho a la salud en conexidad con la vida digna de una mujer de 31 años de edad que padecía “leucemia linfoblástica aguda L1 (clasificada FAB)” y consideraba sus derechos vulnerados por la negativa de la entidad prestadora de salud a realizarle un trasplante de médula ósea. La Sentencia hace consideraciones específicas con respecto a la protección del derecho a la salud de personas con cáncer, pronunciándose en los siguientes términos:

“(…) en relación con la solicitud de protección de la salud de las personas aseguradas en una ARS, en diversas sentencias se ha analizado la viabilidad de ordenar tratamientos, medicamentos o servicios médicos que se encuentran incluidos o incluso excluidos de los planes o programas diseñados por el ordenamiento jurídico para la organización de la prestación de los servicios de salud.

Al respecto, teniendo en cuenta el deber del Estado de brindar una especial protección a quienes por sus condiciones económicas, físicas o mentales se encuentren en un “estado de debilidad manifiesta”[10], se ha afirmado que tales personas merecen un trato preferente que garantice el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales, que les asigna el derecho a exigir que el Estado y la sociedad “les brinden un trato preferente”[11], por lo cual la prestación de servicios médicos a su favor no está sujeta “a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios, como tampoco está sujeta a dichas restricciones la atención en salud que se relaciona con la existencia misma de la persona y con su derecho a vivir con dignidad”[12].

(…)

Frente a casos de pacientes que padecen cáncer y requieren de manera urgente medicamentos o tratamientos incluidos en el POS-S, debe tenerse en cuenta la gravedad de sus padecimientos y la vulnerabilidad económica en que se encuentra el peticionario. Al respecto, el juez de tutela debe tener en cuenta las recomendaciones que se han formulado en el seno de la Organización Mundial de la Salud[13] con respecto a los programas nacionales de control de cáncer para fundamentar su fallo.

En las referidas recomendaciones se ha establecido que, frente a personas que padezcan leucemia o padecimientos cancerológicos similares, las autoridades nacionales de salud deben “proporcionar una atención apropiada con el fin de aumentar la supervivencia,

reducir la mortalidad y mejorar la calidad de vida”[14] (se subraya)”.

Igualmente, en la citada providencia esta Corporación se pronuncia sobre la particular relevancia que tiene para los enfermos de cáncer el derecho al diagnóstico, sosteniendo que si dicho derecho: “(...) reviste de manera general gran importancia, ésta es aún mayor frente a tratamientos de cáncer, donde las autoridades y los médicos deben realizar todo lo posible para mitigar los efectos del dolor, aumentar las probabilidades de vida y brindar un trato digno al paciente, lo cual no es posible si se desconoce su situación real, la cual podrá determinarse tan solo si se practican todos los exámenes pertinentes, con los cuales podrá decidirse qué tratamiento será efectivo para tratar el padecimiento”.

Siguiendo la línea de protección especial a los enfermos de cáncer, en la ya referenciada sentencia T-121 de 2007 la Corte consideró que: “(...) es necesario priorizar los derechos fundamentales de aquellas personas que por sus condiciones de longevidad necesitan de una mayor atención y cuidado en su salud física y mental, sobre todo en los casos en los que se presenta alguna enfermedad de carácter catastrófico que pone en alto riesgo la vida de la persona de la tercera edad”, resolviendo tutela los derechos de la accionante atendiendo como principio decisorio que:

“En efecto, si se revisan los hechos que dieron origen a la acción de tutela, se encuentra que ésta [la accionante] tiene 72 años de edad y que la aqueja una enfermedad de alto riesgo como es el cáncer de mama. || Bajo los supuestos referidos es indiscutible que la accionante tiene derecho a una protección del derecho a la salud reforzada debido al grado de vulnerabilidad que debe afrontar con ocasión de su edad y el cáncer que padece, aspecto que debe tener en cuenta la EPS al momento de prestar los servicios”.

Por su parte, esta Corporación en Sentencia T-090 de 2008, revisó el caso de una mujer que alegaba la vulneración de su derecho a la salud en conexidad con la vida, por cuanto las entidades demandadas le habían negado el suministro del medicamento Sunitinib Malato, cápsula 50 miligramos por no encontrarse en el POS, prescrito por su médico tratante y el cual consideraba que era esencial para el tratamiento del cáncer avanzado renal metastásico con progresión pulmonar que padecía. En esa oportunidad la Corte ordenó que transitoriamente, mientras se realizaban los procedimientos administrativos pertinentes, se le suministrara el medicamento solicitado, exonerando a la accionante, en virtud de la

gravedad de la enfermedad ruinosa o catastrófica que padecía, del pago de cuotas de recuperación. En su ratio decidendi señaló la Sala:

“Se encuentra probado que la [accionante] padece de cáncer renal metastático con progresión pulmonar, enfermedad catastrófica, razón por la cual, para el mejoramiento de su estado de salud requiere de la continuidad en la prestación de los servicios médicos y, en particular, del suministro urgente del medicamento Sunitinib Malato, prescrito por el médico especialista. Para esta Sala el derecho invocado tiene el carácter de fundamental, pues la falta del tratamiento médico señalado, amenaza sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal.

(...)

Dado que la [accionante] carece de capacidad de pago para cancelar las cuotas de recuperación y además, como en el presente caso, padece una enfermedad catastrófica, debe inaplicarse la reglamentación y eximirla del pago de cualquier suma de dinero que obstaculice su acceso efectivo a la prestación de los servicios de salud requeridos (...)”

La Corte centrándose en la función del juez de tutela, revocó las decisiones que desconocían el amparo, dando lugar a la protección de los derechos a la vida en condiciones dignas y a la salud, con el argumento que: “(...) la acción de tutela permitía acreditar suficientemente que el actor es un adulto mayor, quien padece una enfermedad catastrófica y que, como consecuencia de la colostomía realizada, requiere atención médica permanente. Estos hechos eran suficientemente indicativos de la necesidad del suministro de una prestación médico asistencial concreta (...)”.[15]

Posteriormente en la Sentencia T-314 de 2010 esta Corporación estudió el caso de un señor que es beneficiario del régimen subsidiado SISBEN, con diagnóstico de “(...) paciente con presencia de edema persistente en prepucio con varias aberturas y salida de material sanguinopurulento.” Debido a esto, se le ordenó una valoración urgente con el urólogo y realización de un tratamiento, los cuales fueron negados bajo el argumento que el SISBEN no cubría este tipo de exámenes. El accionante acudió a la Liga Contra el Cáncer para que lo examinara un urólogo particular, quien determinó que el paciente presentaba “Prepucio redundante fimosis y parafimosis”, relacionado con tumor maligno del cuerpo del pene, y se le ordenó una biopsia de pene y prepuciotomía. La Corte tuteló los derechos a la salud y a

la vida digna en favor del accionante, argumentando que:

“Considera la Sala que en el presente caso la afectación de la salud del accionante guarda una especial relación con el derecho a la vida en condiciones dignas, pues la patología que sufre, indiscutiblemente no le permite llevar su vida en condiciones esperadas de normalidad. Así mismo, la práctica del examen se requiere para determinar, por una parte, el funcionamiento de los órganos comprometidos y, por otra, el tratamiento médico o quirúrgico a seguir.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que en este caso se encuentra vulnerado su derecho a la salud y, además, su derecho a vivir en condiciones dignas toda vez que el tratamiento adecuado sobre la enfermedad que padece el accionante le permitirá a éste disfrutar de una mejor calidad de vida, lo que constituye presupuesto para el ejercicio de las plenas facultades vitales, y el mejoramiento del goce de su existencia. Por lo anterior, considera la Sala que es procedente la presente acción de tutela y deben ampararse sus derechos.

Así entonces, dadas las características particulares que rodean este caso, en la medida que se trata de una persona que viene sufriendo de un tumor maligno que afecta directamente a la dignidad humana, y que a pesar de haber sido sometida a controles por parte de una entidad particular, su problema de salud no mejora, estima la Corte que la protección efectiva de sus derechos se logra por medio de una orden concreta orientada a que se le practiquen oportunamente los exámenes y tratamientos que requiere la patología que padece con la entidad que de manera más eficiente asegure la prestación del servicio y que le permita ejercer el goce efectivo de sus derechos fundamentales”.

La Corte resaltó la protección especial en cabeza de las personas que padecen cáncer, la cual tipifica como enfermedades catastróficas o ruinosas,[16] así como el deber de solidaridad que con ellos debe tener la familia, la sociedad y el Estado en la sentencia T-326 del 2010, en la cual conoció el caso de una señora que fue diagnosticada con cáncer mamario derecho. Por la relevancia del pronunciamiento de la Sala de Revisión en esa oportunidad, se transcriben apartes de la mencionada providencia in extenso:

“La protección constitucional de las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas cobra una especial relevancia en la medida que al encontrarse estas personas en

un estado de debilidad manifiesta merecen una singular atención por parte del Estado y de la sociedad, y por supuesto, por parte del Juez constitucional quien al momento de sopesar las circunstancias de un caso en el que vislumbre la posible vulneración de los derechos fundamentales del enfermo, debe valorar cada elemento tomando siempre en consideración la protección constitucional reforzada que se ha dispuesto a los pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas.

En efecto, en personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas la Corte ha sido enfática en insistir en la protección constitucional reforzada que este grupo de personas merece, apoyada en mandatos constitucionales como: asegurar a sus integrantes la vida (Preámbulo), Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana y la solidaridad (artículos 1), fines esenciales del Estado como garantizar la efectividad de los principios y derechos (artículo 2), primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5), derecho a la vida (Artículo 11), integridad física (artículo 12), derecho a la igualdad y protección especial a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13), dignidad de la familia (artículo 42), protección de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se prestará atención especializada (artículo 47), seguridad social (artículo 48), atención en salud (artículo 49), deber de la persona de obrar conforme al principio de solidaridad social (artículo 95), finalidad social del Estado de bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de la población. Solución de las necesidades insatisfechas de salud y prioridad del gasto público social (artículo 366), entre otras disposiciones[17].

(...)

Es indiscutible, entonces, que las personas que padecen cáncer merecen una protección constitucional reforzada, protección que atiende a su condición de debilidad manifiesta y que exige del Estado y de la sociedad los mejores esfuerzos para mejorar la salud y la calidad de vida del paciente. En virtud de esta especial protección, el principio de solidaridad cobra especial relevancia cuando se trata de la protección y el cuidado de los pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas”.

Finalmente, en la Sentencia T-066 de 2012, la Corte recoge la línea jurisprudencial de la Corte en materia de protección especial a la salud de personas que sufren de cáncer, en el

marco del caso de un señor de 54 años que padece de “Tumor en el Tórax” y que considera que su EPS le está vulnerando sus derechos a la salud, la vida digna y la seguridad social al no ordenar la práctica del tratamiento de quimioterapia solicitado por su médico. En esa oportunidad la Corte resolvió conceder el amparo, concluyendo que:

“En resumen, de lo manifestado con anterioridad se puede concluir que esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS, de igual manera la resolución 5261 de 1994 ha estipulado que el cáncer es una enfermedad catastrófica, razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente”.

De lo anteriormente expuesto, la Sala Octava de Revisión concluye en esta oportunidad, que las personas que padecen de cáncer, por tratarse de una enfermedad que tiene un gran impacto negativo en su salud y su vida digna, gozan de una protección especial y reforzada de su derecho a la salud, convirtiendo en indispensable la prestación del servicio de manera integral, brindándole todos los tratamientos, medicamentos y procedimientos necesarios para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones. En el mismo sentido, el derecho al diagnóstico adquiere una relevancia especial al tratarse de personas afectadas por la mencionada enfermedad.

5. El principio de integralidad en la prestación del servicio de salud

La ejecución de la totalidad de un tratamiento médico con ocasión a un diagnóstico realizado por un profesional de la salud, no constituye una acción facultativa o de buena voluntad, sino el cumplimiento de las obligaciones estipuladas por el legislador junto con la materialización de la voluntad del constituyente, en procura de un orden social y democrático justo, acentuado cuando se trata de personas en especial estado de debilidad como lo son los adultos mayores y quienes padecen enfermedades de alto impacto en la salud como lo es el cáncer..

A partir de la revisión del marco legal, la fuente de la dimensión de integralidad del derecho a la salud, tiene sustento en el literal c, artículo 156 de la Ley 100 de 1993. Esta

disposición estipula 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 (...)”. En otros términos, establece que el goce efectivo del derecho a la salud requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[18]

A su vez, tales disposiciones legales han sido desarrolladas a partir de pronunciamientos judiciales en general y del control concreto y abstracto efectuado por esta Corte. Así, este Tribunal Constitucional ha expuesto que la atención de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser integral, esto es, completa, pues de otra manera no sólo se afecta el derecho a la salud, sino que la inobservancia del mismo invade la órbita de protección de otros derechos como la vida en especial la vida digna, entre otros.

De esta manera, esta Corporación ha sostenido que la integralidad hace referencia al “cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionada a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”. [19]

En ese mismo sentido, en sentencia T-576 de 2008, esta corporación precisó:

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

paciente.[20]

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento[21]”.[22]

Igualmente en la referida Sentencia, la Corte señaló 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.[23] 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”.

Ahora bien, como la integralidad hace referencia a un conjunto de medicamentos, tratamientos y procedimientos, necesarios para la materialización del derecho a la salud, ello implica que el paciente reciba toda la atención, sin que haya que acudir al ejercicio de acciones legales de manera reiterada y prolongada en el tiempo para tal efecto. En Sentencia T-289 de 2013, esta Corte expuso que el juez de tutela estaba obligado a “ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado

que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”[24].

En conclusión, la prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud. No obstante, ante el incumplimiento de estos parámetros, es función del juez constitucional restablecer el derecho conculcado, en este caso la salud, para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y de cualesquiera otros derechos que se vean afectados por la acción u omisión de las entidades obligadas a prestar dicho servicio de conformidad con los fines del Estado Social de Derecho.[25]

6. El acceso a medicamentos, tratamientos o procedimientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución, señala que deberá garantizarse a todas las personas el acceso a los “servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, adicionalmente, el artículo 44 establece que la salud es uno de los derechos fundamentales de los niños.

Con base en ello, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud[26], superando la noción inicial seguida por esta Corporación según la cual el derecho a la salud era fundamental cuando estaba en conexidad con los derechos a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana, o cuando el sujeto que requería su garantía era de aquellos que merecen una especial protección constitucional. Por ello, en principio, el derecho a la salud reviste el carácter de fundamental autónomo y su negativa puede controvertirse mediante acción de tutela.[27] Lo anterior, sin perjuicio de que, como lo ha aclarado el Tribunal Constitucional colombiano:

“(…) ello no implica que se trate de un derecho absoluto, pues admite límites de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Además, su carácter de derecho fundamental, tampoco implica que todas las facetas del derecho a la salud, sean susceptibles de garantía mediante la acción de tutela, porque el plan de beneficios

contemplado en los regímenes subsidiado y contributivo del sistema de salud no tiene recursos ilimitados”.[28]

Por tanto, debe entenderse que la garantía del derecho a la salud “tiene límites, razonables y justificados constitucionalmente”[29], pero que los mismos no pueden erigirse como barreras que imposibiliten el acceso al mismo. Por ello, es inaceptable señalar que el goce efectivo del derecho a la salud depende de los procedimientos, tratamientos, prestaciones y medicamentos incluidos en el P.O.S., anteponiendo argumentos de índole económica al derecho a la vida en condiciones dignas.

Como esta Corte ha reconocido el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud, la negativa de prestar un servicio de salud, en principio, puede controvertirse mediante acción de tutela.[30] Sin embargo, el hecho que el derecho a la salud tenga carácter fundamental, no significa que se trate de una garantía absoluta. Al igual que todos los derechos, sus límites están determinados por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, circunstancia que tiene como consecuencia que no todas las dimensiones del mismo puedan ser exigibles por medio del mecanismo de acción de tutela.

Como vivimos en una sociedad construida sobre el principio de solidaridad, los recursos para cubrir las contingencias derivadas de la enfermedad o las políticas para la prevención y tratamiento oportuno de síntomas, no son infinitos. Debido a ello, algunos medicamentos, tratamientos, procedimientos y servicios han sido excluidos del P.O.S., por su alto costo, con el propósito de ampliar la cobertura del servicio.

En razón a ello, existen dos tipos de servicios, los incluidos y los no incluidos en el P.O.S. No obstante, “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”[31]. Por tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y éste le es negado debido a un trámite administrativo, tal situación constituye un hecho que vulnera su derecho a la salud.

Para establecer en qué casos una persona puede acceder a un servicio no P.O.S. la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos, a saber: “a. Que la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo

requiere; b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; c. Que el interesado no pueda 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[32]; y d. Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo"[33].

A partir de la Sentencia T-760 de 2008, los anteriores requisitos fueron agrupados y se estableció que una E.P.S. desconoce el derecho a la salud si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el P.O.S., cuando el mismo sea necesario. Al respecto sostuvo la Corte en esa oportunidad:

“(…) 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”.[34]

Para tramitar estas autorizaciones la Corte expuso[35] que el médico tratante debía solicitar al Comité Técnico Científico, la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud. De modo que una E.P.S. desconoce el derecho a la salud, cuando niega un tratamiento, procedimiento, medicamento o prestación, argumentando que, quien necesita del mismo, no ha presentado la solicitud al referido Comité.

En relación a ello, esta Corte ha expuesto que si el peticionario afirma no tener recursos económicos suficientes para costear la prestación del servicio de salud requerido, tal hecho debe presumirse cierto.[37] Sin embargo, tal presunción puede ser desvirtuada por parte de la obligada a prestar el servicio, pues las E.P.S. tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, y, por tanto, 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.[38]

7. Derecho al diagnóstico

Frente al derecho al diagnóstico como componente del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha expuesto de manera reiterada que el mismo está constituido por “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”. [39] Así las cosas, su garantía se concreta en transmitir al paciente todo conocimiento disponible sobre su estado de salud, los tratamientos a los que puede someterse, las repercusiones sobre su calidad de vida a corto y largo plazo, entre otras acciones.

Ahora bien, este derecho se materializa o se hace efectivo a partir de las siguientes prestaciones: “(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente; (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso; y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.” [40]

La jurisprudencia ha entendido que las mismas son indispensables para la recuperación definitiva de la persona, puesto que, la falta de diagnóstico sobre una determinada enfermedad, genera una situación de incertidumbre y puede conllevar consecuencias graves sobre la salud e incluso la vida del paciente. Ahora bien, a pesar que en algunas situaciones se tenga certeza sobre el diagnóstico médico, es un hecho incontrovertible que muchas de las prestaciones que se derivan del mismo terminan siendo limitadas o incluso restringidas por no encontrarse incluidas dentro del P.O.S.

De manera reiterada, este Tribunal Constitucional ha sostenido que corresponde al médico tratante determinar la idoneidad de un tratamiento de salud. Por esta razón, se ha definido que tal criterio debe, prima facie, ser respetado por el juez cuando del mismo se desprenda que la negativa para ejecutar un procedimiento, tratamiento, medicamento o prestación consiste en que éste no es pertinente para tratar la patología del paciente [41]. En Sentencia

T-234 de 2007[42] se expuso que: “[l]a actuación del juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento. Por ello, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico es que éste haya sido ordenado por el médico tratante”.

Esta idea general de reserva médica para prescripción de tratamientos médicos se sustenta, según jurisprudencia de esta Corporación, en los siguientes criterios: (i) un criterio de necesidad[43], según el cual, el único con los conocimientos científicos capacitado para establecer cuando un tratamiento es necesario, es el médico tratante, (ii) un criterio de responsabilidad[44] respecto de los procedimientos, tratamientos, medicamentos o prestaciones que prescriben a sus pacientes, (iii) un criterio de especialidad[45] que establece que el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico y (iv) un criterio de proporcionalidad[46] que, sin perjuicio de los demás criterios, impone el deber al juez constitucional de proteger los derechos fundamentales de los pacientes.

Sin embargo, respecto del último criterio, esta Corporación ha encontrado que puede suceder que en un caso concreto no exista orden médica para determinado medicamento, servicio o insumo, pero que de los hechos del caso o del diagnóstico se deduzca inequívocamente que una persona lo requiere con necesidad. Por ejemplo, es apenas obvio que un paciente que no controla esfínteres requiere del suministro de pañales desechables o que una persona que no puede valerse por sí misma y depende económicamente del trabajo de un tercero, requiere de los servicios de personal de enfermería por lo menos durante 12 horas del día.

En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia T-025 de 2014, en la que se tutelaron los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna invocados por los peticionarios en cuatro acciones de tutela acumuladas, en las que les fueron negados el tratamiento integral e insumos necesarios para mejorar su calidad de vida a personas en situación de vulnerabilidad pues se trataban de adultos mayores o personas en situación de discapacidad. Por su pertinencia para el caso analizado en esta oportunidad, la Corte procede a transcribir las consideraciones llevadas a cabo por el Tribunal en la mencionada decisión:

“(…) pueden presentarse casos en los que las personas, sin contar con una orden médica que lo justifique, acudan a las entidades prestadoras de salud en procura de un determinado procedimiento, insumo o servicio, cuya necesidad no devenga tan notoria. Ante tal hipótesis, no resulta apropiado exigirle a estas últimas que suministren lo pedido. No obstante, ello tampoco las exime de la responsabilidad de brindar la atención adecuada a sus usuarios, ni las habilita para sustraerse de cumplir a cabalidad con la labor que el Estado les ha encomendado.

En tal sentido, que no exista una prescripción expresa de un profesional de la salud, no significa que aquellas puedan desatender, de forma tajante, cualquier requerimiento que le haga un paciente –o quien acuda en su nombre– para mejorar su salud, o acceder a las prestaciones debidas, pues el derecho fundamental a la salud comprende también el derecho al diagnóstico[47]. De Conformidad con este, “todos los usuarios del Sistema de Salud tiene [sic] derecho a que la entidad de salud responsable, les realice las valoraciones médica [sic] tendientes a determinar si un servicio médico, por ellos solicitados, y que no ha sido ordenado por el médico o especialista tratante, debe ser autorizado o no”[48].

Por lo anterior, resulta contrario a la posición de esta Sala que se exija a las personas que demandan el suministro de prestaciones médicas y asistenciales, como única alternativa para autorizarlos, que alleguen un soporte clínico, o que lo pretendido se encuentre cobijado por el correspondiente plan de beneficios, habida cuenta que “es deber de la entidad [prestadora de salud] contar con todos los elementos de pertinencia médica necesarios para fundamentar adecuadamente la decisión de autorizar o no el servicio”[49], lo que permite colegir que, antes de negarlo, tiene el deber de contar con los elementos de juicio suficientes, ya sean exámenes, estudios, evaluaciones, o conceptos, pues, de lo contrario, trasgredirían el derecho fundamental a la salud del paciente.

Siguiendo ese orden de ideas, ante ese tipo de solicitudes –que no cuentan con el respaldo de una orden médica, o que su prosperidad está limitada a la cobertura del Plan Obligatorio de Salud–, lo correcto no sería descartarlas ipso facto, sino darles un trámite oportuno y diligente, lo cual le implica a las referidas prestadoras abrir un abanico de posibilidades, haciendo uso de las herramientas técnicas y científicas de las que disponen, para dotarse de los elementos cognitivos pertinentes, de cara a la solución que demande el caso, ya sea que esta coincida o no con lo pedido”.

En conclusión, la protección del derecho a la salud, en especial de aquellos que por su situación física, mental y económica se encuentran en situación de vulnerabilidad, como lo pueden ser los adultos mayores y las personas que padecen una enfermedad catastrófica como puede ser el cáncer, tienen derecho a que se les brinde la asistencia médica que requieran para mejorar su calidad de vida.

En ese orden de ideas, la Corte estima que las entidades prestadoras de salud, no podrán utilizar la falta de orden médica, ni tampoco como se describió en el acápite anterior el que un medicamento o tratamiento no haga parte del POS, como un obstáculo que evite el goce efectivo del mencionado derecho. Ante la falta de orden médica, la prestadora deberá actuar con celeridad para respetar y garantizar el derecho al diagnóstico del paciente, que le permita acceder de forma oportuna a lo que buscaba o tener una alternativa más adecuada para su condición, según lo estime el médico tratante.

8. Análisis del caso concreto

La acción de tutela sometida a revisión de esta Sala fue presentada por la señora Débora Moreno Bedoya como agente oficiosa de su hermana María Esneda Moreno de Salazar de 73 años de edad, quien se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud, a través de la EPS-S ASMET SALUD, calificada en el nivel 2 del SISBEN como consta en la copia de su carnet de afiliación (Folio No. 10).

De acuerdo con en el Resumen de la Historia Clínica que obra en el expediente (Folio No. 7), la accionante fue diagnosticada con cáncer de tiroides (tumor maligno de la glándula tiroides) desde hace 12 años Metastásico, que inicialmente fue manejado con cirugía (Tiroidectomía total + vaciamiento Ganglionar) + Radioterapia + Yodoterapia. Sin embargo, dos años antes de la presentación de la tutela, se documentó metástasis pulmonar.

Adicionalmente, según también consta en el Resumen de la Historia Clínica de la señora Moreno de Salazar, ella: “NO DESEA CONTINUAR CON TRATAMIENTO ONCOLÓGICO, PERSISTE CON DOLOR EN REGIÓN ESCAPULAR DERECHA[50], SENSACIÓN DE ARDOR, Y QUEMADURA A ESTE NIVEL, MANEJO ACTUAL CON TRAMADOL 10 A 20 GOTAS (SEGÚN DOLOR) + SINALGEN 1 AL DIA (CON LO CUAL REFIERE ALIVIO DEL DOLOR” (Folio No. 7).

Como consecuencia de su delicado estado de salud, la médica tratante le formuló un

suplemento alimenticio, cuyo principio activo es NUTRICIÓN POLIMÉRICA (GLUCERNA), y presentación: lata de 900 gramos. De acuerdo con la fórmula debe tomar 120 gramos vía oral al día. No obstante, alega la agente oficiosa que ASMET SALUD EPS-S “(...) no los ha querido entregar y manifiestan que dicho suplemento alimenticio solo lo entregan por medio de una tutela” (Folio No. 2).

Igualmente, se afirma en la acción de tutela que, “[t]ambién el médico tratante hace referencia a que el medicamento SINALGEN 1 AL DÍA, ya que este medicamento le calman los dolores que padece” (Folio No. 2). Sin embargo, el 2 de septiembre de 2014, ya en el marco del proceso constitucional ante el Juez de Primera Instancia, la señora Débora Moreno rindió declaración en la que expresó: “Igualmente a mi hermana le recetaron el medicamento Sinalgen, para el dolor, pero de ello no tengo la orden médica (...)” (Folio No. 30).

De acuerdo con la acción de tutela interpuesta el 28 de agosto de 2014, la accionante presentaba tres pretensiones en contra de la EPS-S, enmarcadas en el reconocimiento de la vulneración de los derechos a la Salud, a la vida digna y a la seguridad social, a saber: (i) Que se ordene a ASMET SALUD EPS-S autorizar y entregar de manera inmediata el suplemento alimenticio GLUCERNA SR X 900 GRAMOS POLVO EN LATA; (ii) Que se autorice y entregue el medicamento SINALGEN 1 AL DÍA, el cual sostiene fue recetado por el médico, con el fin de que la accionante tenga unas condiciones de vida más dignas; y (iii) que se garantice tratamiento integral tanto en medicamentos, exámenes u otros procedimientos especiales que se llegasen a requerir y que resulten ser necesarios para el tratamiento de la patología que padece.

De la misma forma, la agente oficiosa solicitó medida provisional consistente en la entrega inmediata del suplemento alimenticio, alegando que la señora Moreno de Salazar dependía de él y no contaba con los recursos económicos para cubrir los gastos que implicaba dicho suplemento.

En primera instancia el caso fue puesto en conocimiento del Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Armenia Quindío, el cual, el mismo 28 de agosto de 2014 concedió la medida provisional en favor de la Señora María Esneda Moreno de Salazar, ordenando de manera inmediata, a cargo de la EPS-S

ADMET SALUD, el suministro del medicamento NUTICIÓN POLIMÉRICA (GLUCERNA SR), fórmula para tres meses según las indicaciones del médico tratante.

El 10 de septiembre de 2014, el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Armenia Quindío dictó sentencia de primera instancia en la que decidió adoptar como definitiva lo establecido en la medida provisional y que no había sido cumplida por la entidad accionada, ordenando a ASMET SALUD EPS-S que entregara dentro del término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación de dicha decisión, “autorice y entregue a la señora MARÍA ESNEDAMORENO DE SALAZAR el suplemento alimenticio GLUCERNA SR X 900 GRAMOS EN POLVO - LATA X 900 GM, de conformidad con la respectiva prescripción médica” (Folio No. 55).

Por otra parte, frente a la tercera pretensión de la accionante, la decisión del A Quo fue abstenerse de tutelar el tratamiento integral a favor suyo, bajo la consideración que: “(...) si bien estos son servicios que eventualmente la accionante podría necesitar, hasta el momento, y según los documentos obrantes en el legajo probatorio, no se ha demostrado que hoy estos sean requeridos por dicha persona” (Folio No. 55). El juez constitucional no se pronuncia sobre la pretensión relacionada con el medicamento SINALGEN.

Finalmente, como cuarto punto resolutivo de la Sentencia del 10 de septiembre, se desvincula al Departamento de Quindío - Secretaría de Salud, argumentando que la entidad obligada a prestarle el servicio de salud a la señora Moreno era la EPS-S ASMET SALUD.

La decisión del Juez de primera instancia fue impugnada por la EPS-S, mediante escrito de fecha 15 de septiembre de 2014 en el que resulta reprochable para esta Sala que incluso confunden el nombre de la accionante con el de otra persona. La impugnación se centraba en la solicitud de que el juez de segunda instancia reconociera la facultad de recobro en favor de la entidad, asunto que no fue consignado en el fallo recurrido.

El 16 de octubre de 2014, el Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Armenia Quindío, decidió en segunda instancia, confirmando el amparo de los derechos a la salud, seguridad social y vida digna de la accionante, considerando que estos fueron vulnerados por la negativa de la EPS-S a brindarle el suplemento alimenticio. Igualmente, confirma la negativa del A quo a otorgarle el beneficio del tratamiento integral, aunque no se pronuncia en la parte motiva al respecto y guarda silencio, al igual que en

fallo de primera instancia, frente a la solicitud de ordenar el medicamento SINALGEN.

Por haber sido el motivo de la impugnación, el análisis del Ad quem se centra en la facultad de recobro que puede ejercer ASMET SALUD EPS-S. Así, la sentencia modifica el segundo resuelve de la Sentencia del 10 de septiembre de 2014, reconociendo dicha potestad a la EPS-S, para que efectúe el recobro ante la Secretaría de Salud del Quindío, por los costos en que incurra por el acatamiento de la orden emitida por el juez constitucional. En el mismo sentido, revoca el numeral cuarto del resuelve de la decisión impugnada, la cual desvinculaba del proceso de tutela a la Secretaría de Salud del Departamento, toda vez que entiende que ésta tiene la obligación de reembolsar los dineros a la entidad prestadora del servicio de salud por el suministro del suplemento alimenticio necesitado por la accionante. Al respecto consideró el juez de segunda instancia:

“Ahora bien, en relación con el recobro de los servicios y medicamentos NO POS, queda claro que es un derecho que la EPS-S ASMET SALUD adquiere una vez preste el servicio u otorgue el medicamento no incluido en el POS-S a la accionante, el cual tiene origen y fundamento en la ley y no en la sentencia, pues no es objeto de la tutela ordenar el pago de sumas de dinero, razón por la cual, es Despacho no está de acuerdo con la orden impartida al respecto en primera instancia y por lo tanto adicionará el numeral segundo de la sentencia impugnada que dispuso tal situación” (Folio No 17, Cuaderno 2).

Del recuento realizado de los hechos que enmarcan la acción de tutela y las decisiones sujetas a revisión por la Sala en esta oportunidad, la Corte identifica la presencia de un problema jurídico general y tres problemas específicos. En cuanto al general, corresponderá a la Sala de Revisión establecer si ASMET SALUD EPS-S vulneró los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social de la accionante, una mujer de 73 años de edad que padece Cáncer de tiroides, por haberse opuesto a brindarle el suplemento alimenticio ordenado por su médica tratante, y por no continuar el suministro del medicamento SINALGEN para manejo del dolor y no brindarle tratamiento integral en relación con la enfermedad que padece.

Del mencionado problema, se derivan tres específicos planteados bajo la forma de las siguientes preguntas: (i) ¿Constituye una vulneración a los derechos a la Salud, seguridad social y vida digna de la accionante la negativa de la EPS-S a suministrarle el suplemento

alimenticio ordenado por la médico tratante bajo el argumento de que este no está incluido en el POS? (ii) ¿Vulnera los derechos de la paciente la EPS-S al no brindarle el medicamento SINALGEN para el manejo del dolor, el cual se le había recetado previamente, pero actualmente no cuenta con orden médica previa? Y (iii) ¿Está obligada al EPS-S a brindarle tratamiento integral a la accionante con el fin de salvaguardar sus derechos, toda vez que se trata de una persona de la tercera edad que padece de una enfermedad de alto impacto para su salud como lo es el cáncer?

En cuanto al primer problema específico relacionado con el suministro del suplemento alimenticio GLUCERNA SR x 900 Gramos, recetado por el médico tratante, considera que la decisión tomada por los jueces constitucionales de instancia fue acertada y en ese sentido la Sala confirmará los fallos en los cuales ordenan a ASMET SALUD EPS-S suministrarle el mencionado suplemento a la accionante, según lo ordene su médica tratante, sin que el hecho de que se trate de un insumo que no está incluido en el POS pueda ser razón suficiente para negarlo.

Así, la Sala de Revisión no realizará más consideraciones con respecto al mencionado problema jurídico y se centrará en el análisis de los problema (ii) y (iii), los cuales considera han sido descartados por los jueces de instancia sin haber llevado a cabo un análisis suficiente o incluso sin que éstos hayan sido motivo de consideración por su parte, como es el caso de la solicitud que hace la accionante de que se le suministre el medicamento SINALGEN para el manejo del dolor, el cual entrará a analizar la Sala a continuación.

8.1. El suministro del medicamento SINALGEN para manejo del dolor

Como fue narrado en el resumen de los hechos que da inicio a este capítulo, en la acción de tutela presentada por la hermana de la accionante como agente oficiosa, se solicita que el medicamento SINALGEN le sea otorgado a la señora María Esneda Moreno de Salazar, toda vez que dicho medicamento, que le había sido recetado y suministrado con anterioridad, le calma los dolores relacionados con el cáncer que padece. Al respecto afirman en la acción de tutela que: “[t]ambién el médico tratante hace referencia a que el medicamento SINALGEN 1 AL DÍA, ya que este medicamento le calman los dolores que padece” (Folio No. 2).

De acuerdo con el Resumen de la Historia Clínica de la señora Moreno, el medicamento se

le había brindado junto con otros para el manejo paliativo del dolor, manifestando la paciente frente al SINALGEN alivio del dolor con su ayuda. Se expresa en el citado documento: MANEJO ACTUAL CON TRAMADOL 10 A 20 GOTAS (SEGÚN DOLOR) + SINALGEN 1 AL DIA (CON LO CUAL REFIERE ALIVIO DEL DOLOR” (Folio No. 7).

El SINALGEN, cuya composición es Hidrocodona Bitartrato 5 mg., más acetaminofén 500 mg., no se encuentra en el Anexo 01 de la Resolución 5926 del 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social que contiene el “Listado General de Medicamentos POS2014”, es decir que se trata de un medicamento por fuera del Plan Obligatorio de Salud o NO POS.

A pesar de que en la acción de tutela la agente oficiosa hace referencia a la necesidad de que se le brinde el mencionado medicamento, toda vez que este ha sido ordenado por la médica tratante de la accionante para manejo del dolor, en Declaración rendida ante el juez de primera instancia en el proceso de tutela, si bien se mantiene en que el medicamento ha sido ordenado, aclara que no tiene la orden médica que lo sustente. Al respecto reza en la parte pertinente de la Declaración de la señora Débora Moreno: “Igualmente a mi hermana le recetaron el medicamento Sinalgen, para el dolor, pero de ello no tengo la orden médica (...)” (Folio No. 30). En el expediente tampoco obra orden médica relacionada con el medicamento.

Encuentra la Sala una duda razonable frente a las razones que pudieron haber llevado a la suspensión del suministro del medicamento a la paciente, que de acuerdo con su historia clínica estaba teniendo resultados positivo en el manejo del dolor, sin que se pueda concluir que la razón para no hacerlo es que la EPS-S alegue que se trata de un medicamento NO POS o que la médica tratante considere que se pueden manejar los padecimientos de la señora Morenos de Salazar a través de otros medicamentos igual o más efectivos.

Por lo anterior, considera la Sala que para la garantía del derecho a la salud y a la vida digna de una persona que goza de una protección especial y reforzada, toda vez que se trata de alguien en situación vulneración por ser un adulto mayor y padecer cáncer, procede respetar su derecho al diagnóstico con el fin de que sea la médica tratante la que indique de forma inmediata si el medicamento SINALGEN es necesario o no para el tratamiento paliativo del caso de la señora Moreno de Salazar.

Sobre el derecho al diagnóstico en el acápite pertinente de esta providencia, se dejó claro

que el mismo, a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación se hace efectivo a través de las siguientes prestaciones: “(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente; (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso; y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles”.

En ese orden de ideas, la EPS-S deberá respetar la prescripción que la médica tratante, como resultado de su valoración independiente, autónoma y libre de cualquier tipo de presiones, haga en el caso de la accionante sobre el medicamento SINALGEN el cual ya cuenta con el antecedente de haber sido, según la historia clínica de la paciente, efectivo en el tratamiento del dolor, por lo que si su diagnóstico llegase a encontrar que dicho insumo no es el adecuado, deberá justificar las razones médicas por las que considera que existe otro medicamento, sea POS o NO POS, que resulte igual o más efectivo para el tratamiento de la paciente. Ello, como un desarrollo del derecho al diagnóstico entendido como el ámbito del derecho a la información del derecho a la salud.

Resalta la Sala como lo hizo en las consideraciones de esta Sentencia, que el hecho de que el medicamento no se encuentre incluido en el POS, no puede servir de obstáculo para que el mismo sea otorgado a la señora María Esneda Moreno, toda vez que se trata de una persona que goza una doble protección especial al ser de la tercera edad y padecer de cáncer.

En consecuencia, la Sala ordenará a ASMET SALUD EPS-S brindar el medicamento SINALGEN u otro que demuestre igual o mayor efectividad para el tratamiento del dolor de la señora María Esneda Moreno de Salazar, previa valoración de la médica tratante, sin que el hecho de que se trate de un medicamento NO POS pueda ser un obstáculo para su suministro.

8.2. La obligación de brindarle tratamiento integral a la accionante

En la acción de tutela, la agente oficiosa actuando en representación de su hermana, solicita que se le garantice tratamiento integral tanto en medicamentos, exámenes u otros procedimientos especiales que se llegasen a requerir y que resulten ser necesarios para el

tratamiento de la patología que padece la accionante.

En su análisis del caso, el juez constitucional de primera instancia decidió no ordenar el tratamiento integral a favor de la señora Moreno de Salazar considerando que: "(...) si bien estos son servicios que eventualmente la accionante podría necesitar, hasta el momento, y según los documentos obrantes en el legajo probatorio, no se ha demostrado que hoy estos sean requeridos por dicha persona" (Folio No. 55).

En este punto es importante resaltar que la señora María Esneda Moreno de Salazar, tiene 73 años de edad, padece de cáncer en la tiroides y vive una precaria condición económica que se concluye del hecho objetivo de estar ubicada en el nivel 2 del SISBEN según consta en su carnet de afiliación a la EPS-S, y de la declaración rendida por la agente oficiosa ante el juez constitucional de primera instancia, la cual no fue desmentida por la entidad accionada en sus intervenciones en el proceso de tutela, y que se transcribe a continuación en los acápites pertinentes:

"PREGUNTADO: Indique como está compuesto el grupo familiar de doña María Esneda Moreno. CONTESTO: Está compuesto por tres personas: María Esneda, quien tiene 72 años; su esposo, quien tiene 90 años y es invidente; y un nieto, de 21 años, que está desempleado. PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho de quién depende actualmente el sustento de doña María Esneda Moreno y el de su grupo familiar. CONTESTO: De una de las hijas de ella, quien vive en Bogotá. PREGUNTADO: Manifiéstele al despacho a cuanto pueden ascender los ingresos mensuales del grupo familiar de doña María Esneda Moreno. CONTESTO: A cerca de doscientos mil pesos. PREGUNTADO: Indique al Despacho si doña María Esneda Moreno recibe ayuda económica de alguien más. CONTESTO: Está recibiendo el subsidio de la tercera edad que da el Gobierno. (...)" (Folios No. 30 y 31).

La Sala reitera en el análisis del caso concreto lo manifestado en la parte considerativa de esta sentencia al concluir que la Constitución, la interpretación autorizada de instrumentos internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia reiterada de esta Corte, han considerado que el derecho a la salud de las personas de la tercera edad es un derecho fundamental autónomo que encuentra fundamento en la protección especial a ellos debida.[51] Así, acceder a los servicios de salud es el presupuesto mínimo para el goce efectivo de dicho derecho, el cual debe

garantizarse de manera preferente a los adultos mayores, debido a su especial condición de vulnerabilidad. No obstante, el acceso a los servicios de salud y la atención preferente sobre sujetos de especial protección constitucional, resultan insuficientes si no se prestan de manera completa y en función a las condiciones físicas y mentales de las personas, en especial cuando se trata de personas en las que se acentúa su condición de vulnerabilidad por el padecimiento de una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer, como pasaremos a considerar a continuación.

En ese mismo sentido, es importante establecer que las personas que padecen de cáncer como es el caso de la señora Moreno de Salazar, por tratarse de una enfermedad que tiene un gran impacto negativo en su salud y su vida digna, gozan de una protección especial y reforzada de su derecho a la salud, convirtiendo en indispensable la prestación del servicio de manera integral, brindándole todos los tratamientos, medicamentos y procedimientos necesarios para el pleno restablecimiento de su salud o para mitigar las dolencias que le impiden desarrollar su vida en mejores condiciones.

Así, al analizar el contenido del principio de integralidad que irradia el derecho a la Salud, la Sala encuentra que la prestación de ese servicio esencial (el de la salud) debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades de la accionante, en virtud de la especial protección de la que goza. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia.

El cumplimiento de estos presupuestos, en el caso concreto de la señora Moreno de Salazar, es obligación del Estado y de ASMET SALUD EPS-S con el fin de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y de cualesquiera otros derechos que se vean afectados por la acción u omisión de las entidades obligadas a prestar dicho servicio de conformidad con los fines del Estado Social de Derecho.

Así, en la medida en que la integralidad hace referencia a un conjunto de medicamentos, tratamientos y procedimientos necesarios para la efectiva garantía del derecho a la salud, brindarle a la accionante el beneficio del tratamiento integral, implica que la señora Moreno no tenga que acudir al ejercicio de acciones legales de manera reiterada y prolongada en el tiempo para tal efecto, evitando con ello la necesidad, desproporcional e injustificada, de

interponer acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito.

Finalmente, en lo que respecta a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, la Corte ha dicho que esta es viable sólo en casos muy puntuales, “(...) uno de ellos está relacionado con la ausencia de capacidad de pago de un paciente que requiera un servicio médico sujeto a [tal exigencia]”[52] y, así mismo, ha puntualizado que “(...) en materia de incapacidad económica (...): (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción judicial de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política”[53]. En ese orden de ideas, habida cuenta de la precaria situación económica alegada por la accionante como se expuso anteriormente, sin que la entidad accionada hubiese desvirtuado tal argumento, pese a contar con los medios para ello, ésta se dará por cierta.

Por lo tanto, y en obediencia a los argumentos desarrollados en este acápite, la Sala revocará parcialmente la sentencia de segunda instancia, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Armenia Quindío, el 16 de octubre de 2014, en la que confirmó la decisión de primera instancia del Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad, en que de acuerdo con el numeral tercero de su parte resolutive: “Se abstiene el despacho de tutelar el tratamiento integral en favor de la quejosa (...)”.

Como consecuencia, amparará los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de la agenciada y, en tal sentido, ordenará a ASMET SALUD EPS-S que previa valoración del médico tratante, (i) le brinde el tratamiento integral correspondiente a sus patologías y (ii) la exonere de copagos y cuotas moderadoras por las atenciones que llegue a necesitar.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 16 de octubre de 2014 dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Armenia, Quindío, que a su vez confirmó la providencia del 10 de septiembre de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad, que decidió TUTELAR los derechos a la salud, la seguridad social y la vida en condiciones dignas de la señora María Esneda Moreno de Salazar y ORDENAR a ASMET SALUD EPS-S autorizar y entregar el suplemento alimenticio GLUCERNA SR X 900 GRAMOS EN POLVO - LATA POR 900 GRAMOS.

Segundo.- REVOCAR PARCIALMENTE la misma sentencia del 16 de octubre de 2014 dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Armenia Quindío, que a su vez confirmó la providencia del 10 de septiembre de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad, que decidió ABSTENERSE DE TUTELAR el tratamiento integral en favor de la accionante. En su lugar, la Sala de Revisión TUTELA los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de la agenciada y como consecuencia ORDENA a ASMET SALUD EPS-S que previa valoración del médico tratante, (i) le brinde el tratamiento integral correspondiente a sus patologías y (ii) la exonere de copagos y cuotas moderadoras por las atenciones que llegue a necesitar.

Tercero.- ORDENAR a ASMET SALUD EPS-S, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia y brindar el medicamento SINALGEN u otro que demuestre igual o mayor efectividad para el tratamiento del dolor de la señora María Esneda Moreno de Salazar, previa valoración de la médica tratante, sin que el hecho de que se trate de un medicamento NO POS pueda ser un obstáculo para su suministro.

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

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-239/15

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Caso en que en lugar de adoptar una medida provisional ante la necesidad y urgencia de proteger los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección, impartió una orden que no hace más que retrasar la entrega efectiva del medicamento, exponiendo, de nuevo, los derechos fundamentales (Salvamento parcial de voto)

No comparto lo que decidió con respecto a la solicitud de autorizar la entrega del medicamento que la accionante, de forma urgente, para calmar los dolores que le genera su padecimiento. Lo que la Sentencia resuelve en ese sentido -supeditar la entrega del medicamento a lo que sobre el particular decida la médica tratante de la agenciada- no tiene efecto distinto que el de diferir, injustificadamente, la protección constitucional que la Sala debió prodigarle a la señora accionante una vez tuvo conocimiento de las circunstancias que motivaron la solicitud de amparo. No comparto, en efecto, que transcurridos dos meses desde que el expediente de tutela fue seleccionado y repartido para surtir el trámite de revisión, no se hubiera agotado ninguna actividad probatoria destinada a verificar la viabilidad de ordenar la entrega del medicamento. Sobre todo cuando, de haberse practicado tales pruebas, habría podido adoptarse una medida

provisional que evitara que la accionante, una mujer de 73 años, que padece un cáncer de tiroides que ya hizo metástasis en sus pulmones y que, de hecho, manifestó que no desea continuar con su tratamiento oncológico, se viera privada, durante al menos dos meses, del medicamento que requería para aliviar los dolores que padece

Acompañó el fallo de la referencia, solamente, en tanto confirmó las sentencias de instancia, que le ordenaron ASMET SALUD EPS-S autorizar el suplemento vitamínico reclamado en la acción de tutela. No comparto, en cambio, lo que decidió con respecto a la solicitud de autorizar la entrega del medicamento que la señora Moreno requería, de forma urgente, para calmar los dolores que le genera su padecimiento.

Lo que la Sentencia T-239 de 2015 resuelve en ese sentido -supeditar la entrega del medicamento a lo que sobre el particular decida la médica tratante de la agenciada- no tiene efecto distinto que el de diferir, injustificadamente, la protección constitucional que la Sala debió prodigarle a la señora Moreno una vez tuvo conocimiento de las circunstancias que motivaron la solicitud de amparo.

No comparto, en efecto, que transcurridos dos meses desde que el expediente de tutela fue seleccionado y repartido para surtir el trámite de revisión, no se hubiera agotado ninguna actividad probatoria destinada a verificar la viabilidad de ordenar la entrega del medicamento. Sobre todo cuando, de haberse practicado tales pruebas, habría podido adoptarse una medida provisional que evitara que María Esneda, una mujer de 73 años, que padece un cáncer de tiroides que ya hizo metástasis en sus pulmones y que, de hecho, manifestó que no desea continuar con su tratamiento oncológico, se viera privada, durante al menos dos meses, del medicamento que requería para aliviar los dolores que padece.

En lugar de adoptar una medida provisional en ese sentido, como corresponde a todo juez constitucional ante la necesidad y urgencia de proteger los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección como la señora Moreno, la Sentencia T-239 de 2015 impartió una orden que no hace más que retrasar la entrega efectiva del medicamento, exponiendo, de nuevo, los derechos fundamentales que dice proteger.

No se consideraron en este caso la dramática condición de salud de María Esneda ni las dificultades económicas que enfrenta. Tampoco la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra su grupo familiar, conformado por su esposo, invidente, de 90 años, y por su

nieto, de 21 años, quien se encuentra desempleado. ¿Contaba acaso la agenciada con una alternativa distinta a lo que se decidiera en esta sede para acceder, oportunamente, al medicamento que requería para remediar los dolores que le causa la enfermedad que padece?

El relato que se efectúa en el fallo hace pensar que no. La decisión que adopta la mayoría resulta, por eso, tardía e insuficiente de cara a la especial responsabilidad del juez de tutela en la protección eficaz de los derechos fundamentales de la señora Moreno.

Por eso, salvo mi voto con respecto a lo que en este sentido se dispuso, así como frente a la decisión de condicionar el cumplimiento de las órdenes de brindar el tratamiento integral y de exonerar a María Esneda de las cuotas moderadoras y copagos a que, previamente, la valore su médico tratante. Tal exigencia, a la que en su momento me opuse, no hace otra cosa que diferir, de nuevo, la protección que pretendió prodigarse.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Como consta en la copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Moreno de Salazar (Folio No. 10), la accionante nació el 11 de abril de 1943.

[2] La Corte Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que para ser considerado una persona de la tercera edad, ésta debe superar los 70 años. Al respecto ver Sentencias T-456 de 1994, T-1226 de 2000, T-463 de 2003, T-425 de 2004 y T-1073 de 2008.

[3] Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 - El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

[4] Sentencia T-540 de 2002, reiterada en las Sentencias T-600 de 2013 y T-395 de 2014.

[5] Sentencia T 018 de 2008, reiterada en la Sentencia T-091 de 2011. En el mismo sentido,

sostuvo la Sentencia T-745 de 2009: “Para el caso de las personas de la tercera edad, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad”.

[6] Sentencias T-437 de 2010, T-091 de 2011 y T-600 de 2013 han sostenido que: En conclusión, una vez reconocida la condición de sujetos de especial protección que ostentan los adultos mayores, el Estado tiene el deber de garantizarles los servicios de seguridad social integral, dentro de los cuales se encuentra el servicio de salud. Bajo este supuesto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas. Ver en el mismo sentido Sentencias T-868 de 2012 y T-420 de 2007.

[7] Sentencia T-111 de 2013.

[8] Sentencias T-1081 de 2001, T-540 de 2002, T-655 de 2004, T-121 de 2007, T-018 de 2008, T-097 de 2008, T-1073 de 2008, T-745 de 2009, T-437 de 2010, T-091 de 2011, T-868 de 2012, T-600 de 2013, T-025 de 2014, entre otras.

[9] Sentencia T-066 de 2012.

[10] Sentencia T-738 de 2003.

[11] *Ibídem*.

[12] *Ibídem*.

[13] Las cuales se deben tener en cuenta dada la necesidad de determinar el contenido de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales a la luz de la interpretación que de los mismos hacen los órganos internacionales que tienen la competencia de aplicar las normas de derecho internacional: Cfr. Sentencias C-010 de 2000 y T-1319 de 2001. Si bien la OMS no es un órgano jurisdiccional o cuasijurisdiccional de aplicación de normas de derechos humanos, el Comité de Sociales, Económicos y Culturales, que sí tiene la anterior naturaleza, a propósito del derecho a la salud ha

afirmado que “los Estados Partes deben utilizar la información y los servicios de asesoramiento amplios de la OMS en lo referente a la reunión de datos, el desglose de los mismos y la elaboración de indicadores y bases de referencia del derecho a la salud”: en Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000. Párrafo 57.

[14] *Ibídem*.

[15] Sentencia T-108 de 2008.

[16] La clasificación del cáncer como enfermedad ruinosa o catastrófica corresponde a una caracterización realizada en el marco de la Resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, que definía en su artículo 16 estas enfermedades como: “(...) aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento”. Ese artículo, aunque vigente en el momento en el que se adoptó la Sentencia T-326 de 2010, fue derogado por el artículo 137 de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud.

[17] Este mandato de protección constitucional reforzada hacia los pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas puede ser recogido en las sentencias C- 695/02, T- 881/02, T- 560/03, T- 262/05, T- 443/07, T- 550/08, entre muchas otras.

[18] Ver Sentencias T-289 de 2013 y T-760 de 2008.

[19] Sentencia T-760 de 2008.

[20] Ver Sentencia T-518 de 2006.

[21] Ver Sentencias T-830 de 2006; T-136 de 2004; T-319 de 2003; T-133 de 2001; T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

[22] Ver Sentencias T-053 de 2009; T-760 de 2008; T-1059 de 2006 y T-062 de 2006, entre otras.

[23] Ver Sentencias T-307 de 2007; T-016 de 2007 y T-926 de 1999, entre otras.

[24] Ver Sentencia T-970 de 2008, reiterada en la Sentencia T-388 de 2012.

[25] Ver Sentencia T-418 de 2013.

[26] Ver Sentencia T-859 de 2003

[27] Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en las Sentencias T-076 de 2008, T-631 de 2007 y T-837 de 2006 en este caso la Corte consideró que: "(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S..., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)" En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporragia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

[28] Sentencia T-575 de 2013.

[29] Ibídem.

[31] Ibíd.

[32] Frente a este requisito, esta Corporación, en la sentencia T-044 de 2007, señaló que "no basta con que el accionante cuente con los recursos para sufragar el medicamento requerido, sino que se hace necesario que el juez valore si con la compra de este se compromete el derecho al mínimo vital para acceder a un nivel de vida digno". Además, en la sentencia T-1024 de 2010, se estableció que "el asunto de la incapacidad económica está condicionado a la sana crítica que de las pruebas haga el juez, factor que debe nutrirse de las reglas en la materia, las cuales parten de un principio general de inexistencia de una tarifa legal al respecto y la ubicación de la carga de la prueba en cabeza de la E.P.S. o E.P.S.-S correspondiente. Consideración adicional se hace respecto de la presunción, en cabeza de los beneficiarios del SISBEN, sobre su falta de capacidad de pago".

[33] Sentencia T-760 de 2008.

[34] Ibídem.

[35] *Ibíd.*

[36] *Ibíd.*

[37] En sentencia T 683 de 2003, se expuso que en la acción de tutela, no existe tarifa legal para que el accionante pruebe la incapacidad económica que alega. La Corte Constitucional ha precisado que los medios probatorios señalados en la sentencia SU-819 de 1999 no son taxativos, y que el accionante dispone de completa libertad para utilizar otros medios probatorios que estén a su alcance, para demostrar que no tiene los medios económicos suficientes para pagar el valor que se le exige, para acceder a un servicio médico determinado. En el mismo sentido, ver también la sentencia T-906 de 2002.

[38] Sentencia T-150 de 2012.

[39] Sentencia T-050 de 2010, reiterada en Sentencia T-868 de 2012.

[40] Cfr. Sentencias T-760 de 2008; T-050 de 2010, T-047 de 2010, T-717 de 2009; T-725 de 2007; T-020 de 2013, T-468 de 2013.

[41] Ver, entre otras, Sentencia T-234 de 2007.

[42] En la cual se citan las Sentencias T-569 de 2005 y T-427 de 2005.

[43] Ver, entre otras, la sentencia T-427 de 2005.

[44] Ver, entre otras, las sentencias T-179 de 2000 y T-412 de 2004.

[45] Ver la Sentencia T-059 de 1999.

[46] *Ibíd.*

[47] Al respecto, ver, entre otras, las sentencias: T-1048 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-555 de 2006, T-1182 de 2008, T-148 de 2007 y T-452 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y; T-754 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[48] Sentencia T-023 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

[49] *Ibíd.*

[50] De acuerdo con el Resumen de la Historia Clínica, en la región escapular derecho es donde se localiza una masa de 10 centímetros de diámetro, dolorosa a la palpación.

[51] Sentencias T-1081 de 2001, T-540 de 2002, T-655 de 2004, T-121 de 2007, T-018 de 2008, T-097 de 2008, T-1073 de 2008, T-745 de 2009, T-437 de 2010, T-091 de 2011, T-868 de 2012, T-600 de 2013, T-025 de 2014, entre otras.

[52] Sentencia T-036 de 2013.

[53] Sentencia T-042 de 2007.