

Sentencia T-326/17

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Reiteración de jurisprudencia

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Formas previstas por ordenamiento jurídico

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

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidades que se ocupan de prestar el servicio público
de salud

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Carácter autónomo e irrenunciable

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Contenido y alcance

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

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental y prevalente

ATENCION INTEGRAL EN SALUD-Alcance y límites del reconocimiento

ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD-No puede imponerles a los usuarios el
cumplimiento de trámites administrativos o burocráticos que obstaculicen el acceso a los
servicios de salud

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden
a EPS recibir solicitud de medicamentos suscrita por médico tratante no adscrito a EPS y
autorizar entrega de los mismos

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Orden a EPS autorizar entrega de gafas con lentes transitions

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden

a EPS entregar medicamentos ordenados por médico tratante

Referencia: Expedientes T-5.975.255, T-5.976.652 y T-5.981.171.

Acciones de Tutela instauradas por (i) Jesualdo Fernández Valverde como agente oficioso de Sara Elena Rodríguez González contra Coomeva EPS S.A., (ii) Yuli Magaly Torres Montaña en representación de su hijo Duván Andrés Basante Torres contra Asmet Salud EPS, y (iii) José Nicolás Roldán Cárdenas contra Cafesalud EPS.

Magistrado Ponente:

AQUILES ARRIETA GÓMEZ (e)

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Alberto Rojas Ríos, José Antonio Cepeda Amarís y Aquiles Arrieta Gómez –quien la preside–, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente,

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de primera y segunda instancia¹ proferidos dentro de las acciones de tutela instauradas por (i) Jesualdo Fernández Valverde como agente oficioso de Sara Elena Rodríguez González contra Coomeva EPS S.A., (ii) Yuli Magaly Torres Montaña en representación de su hijo Duván Andrés Basante Torres contra Asmet Salud EPS, y (iii) José Nicolás Roldán Cárdenas contra Cafesalud EPS.

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.²

I. ANTECEDENTES³

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Expediente T-5.975.255

1.2. Mediante sentencia de primera instancia,⁷ el Juzgado Promiscuo del Circuito de Villanueva, Guajira, negó el amparo por cuanto (i) el profesional de la salud que formuló los medicamentos solicitados no está adscrito a la EPS accionada, por lo que no está legalmente obligada a suministrarlos, (ii) el agente acudió directamente a la acción de tutela de manera directa sin realizar la respectiva solicitud ante Coomeva, y (iii) no existe una valoración previa de la señora Rodríguez González por los médicos tratantes adscritos a la accionada; de tal manera que no se cumplen los requisitos establecidos por el precedente constitucional para ordenar la entrega de medicamentos. Esta decisión fue impugnada por el actor⁸ y en sentencia de segunda instancia,⁹ el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala de Decisión Civil – Familia – Laboral, confirmó la decisión de primera instancia indicando que pese a que la señora Rodríguez puede estar en circunstancias de debilidad manifiesta, no hay prueba de que los medicamentos solicitados sean apremiantes ni que se haya hecho alguna gestión ante Coomeva. Por lo tanto, afirma que la entidad no pudo autorizar los medicamentos prescritos.

2. Expediente T-5.976.652

2.1. La señora Yuly Magaly Torres Montaña,¹⁰ en representación de su menor hijo Duván Andrés Basante Torres, presentó el 24 de agosto de 2016 acción de tutela contra Asmet Salud EPS, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas, al no prestar un servicio integral de salud, que incluya transporte urbano dentro de las ciudades a las cuales sea remitido su hijo, junto con alimentación y hospedaje, y unas gafas especiales que le fueron formuladas por el optómetra, argumentando que esto no está incluido en las órdenes de la sentencia judicial previa. La peticionaria informó que su hijo Duván Basante,¹¹ tiene 9 años y está afiliado a Asmet Salud EPS por el régimen subsidiado de salud.¹² Desde que nació fue diagnosticado con “Cefalea postraumática crónica – otros trastornos del desarrollo – otros tipos de mala absorción intestinal – Dextrocardia – Hipoxia Neonatal – Baja talla – Bajo Peso” y ha estado en constantes tratamientos, citas médicas, valoraciones, exámenes, controles y remisiones

entre Bogotá, Pasto y Cali, todo con el fin de hacer su vida más llevadera.¹³ En el 2015, el padre del menor de edad interpuso acción de tutela contra la misma EPS solicitando transporte, exámenes, alojamiento, suplementos vitamínicos para el niño y un acompañante cuando fuera necesario su traslado. Sin embargo, Asmet EPS ha cumplido solo con lo ordenado por el Juzgado, pero lo que no se ordena, se lo niega. Por ejemplo el transporte solo lo autorizan de ciudad a ciudad, más no dentro de la misma, ni alimentación y hospedaje para el acompañante.¹⁴ El 9 de octubre de 2015 remitieron al menor de edad a optometría y se le diagnosticó pupila Discórica - Astigmatismo ("Que es muy sensible al sol") y se le recomendó el uso permanente de gafas transitions las cuales son muy costosas (\$700.000) y Asmet EPS solo le ayuda con el 10% del salario mínimo para lentes normales, esto no incluyen ni montura ni el lente transitions.¹⁵ Reiteró su falta de recursos para sufragar tanto las gafas como los demás exámenes, medicamentos traslados y tratamientos que la EPS se niega a autorizar por cuanto no estuvieron incluidos ni ordenados por la sentencia de tutela anterior por lo que solicita ordenar el tratamiento integral para su hijo.

2.2. Mediante sentencia de única instancia,¹⁶ el Juzgado Promiscuo Municipal de Linares, Nariño negó el amparo por cuanto: (i) no existe orden que señale la necesidad de los lentes transitions, lo que hay es una recomendación; (ii) la normativa actual señala un aporte de 10% del salario mínimo legal para el suministro de gafas o lentes que no incluyen filtros o colores, películas especiales, lentes de contacto ni líquidos para lentes; (iii) la EPS está obligada a suministrar los lentes de acuerdo a la formulación y bajo las condiciones incluidas en el POS. Por lo anterior no se presentó vulneración de derechos fundamentales, ya que el paciente debe acudir a la EPS a solicitar el suministro de los lentes con las especificaciones y condiciones establecidas en el POS. Respecto del suministro de transporte urbano, hospedaje y alimentación, indicó que mediante sentencia del 8 de septiembre de 2015, proferida por ese mismo despacho, se tutelaron los derechos del menor por lo que no se accedió a dicha pretensión y se previno a la entidad para que no siga incurriendo en omisiones que conlleven a la vulneración de los derechos fundamentales de sus afiliados. La decisión no fue impugnada.

3. Expediente T-5.981.171

3.1. El señor José Nicolás Roldán Cárdenas presentó el 9 de noviembre de 2016 acción de tutela contra Cafesalud EPS, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos a la vida

digna, a la salud y a la seguridad social, al negarle la entrega de los medicamentos que le fueron ordenados (Cilostazil Tabletas 100mgs, Ácido Tiotico 600 G, Vildagliphina Tabletas 50 mg) argumentando que en el momento no hay existencia de éstos. Por lo anterior, solicita su entrega, al igual que la autorización para las citas y exámenes que pueda necesitar para su tratamiento integral. El accionante tiene 67 años de edad y está afiliado a Cafesalud EPS.¹⁷ Desde hace más de 10 años padece Diabetes Mellitus y su médico tratante le formuló los medicamentos mencionados además de citas médicas con medicina interna y vascular.¹⁸ Se acercó a las oficinas de la EPS accionada pero no le entregaron los medicamentos argumentando que en el momento no hay existencias. El actor señala que son necesarios para preservar su salud, pues sin ellos su vida se viene deteriorando y corre peligro. Comentó que vive con su esposa y su hija en una casa de familia, debe correr con los gastos de servicios públicos, alimentación, medicamentos. Tiene una pensión de la cual depende su subsistencia pero lleva más de 4 meses sin recibir los medicamentos y los demás servicios médicos, incluido un examen ordenado de tomografía axial. Sus recursos económicos no le alcanzan para sufragar el costo de los exámenes y medicamentos que necesita.

3.2. Mediante sentencia de única instancia,¹⁹ el Juzgado 9º Civil Municipal de Bogotá negó el amparo interpuesto aduciendo que “en consideración a que en las circunstancias del caso y ante la ausencia de elementos de juicio que demuestren la necesidad de lo solicitado, se puede aseverar que la falta del suministro del medicamento no está vulnerando los derechos a la vida o a la integridad personal del actor”.²⁰ Dicha decisión no fue impugnada.

II. CONSIDERACIONES

1. La primera cuestión que advierte la Sala es que las acciones interpuestas por los señores Jesualdo Fernández Valverde en defensa de los derechos de su esposa Sara Elena Rodríguez,²¹ Yuli Magaly Torres Montaña en representación de su hijo Duván Andrés Basante Torres y José Nicolás Roldán Cárdenas son procedentes por cuanto la no entrega de medicamentos e insumos médicos generó una grave vulneración a la vida y a la salud de los accionantes o sus agenciados. La jurisprudencia de la Corte ha establecido que (i) la acción de tutela es procedente cuando se solicita la entrega de medicamentos o insumos que no se encuentran incluidos en el plan de salud, al evidenciarse una vulneración al derecho a la salud.²² De igual forma, la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991 señalan que el amparo constitucional puede ser promovido por la persona que considera vulnerados sus

derechos “quien actuará por sí misma o a través de representante”. Finalmente, el mismo Decreto contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. En los casos analizados, las entidades demandadas son las encargadas de prestar el servicio público de salud, de autorizar y garantizar el acceso efectivo a los servicios e insumos solicitados. El tiempo transcurrido entre la vulneración de derechos y la interposición de la acción de tutela en los casos bajo estudio fue razonable (primer caso T-5.975.255: 1 mes 11 días, segundo caso T-5.976.652: 14 días, tercer caso T-5.981.171: 26 días). Finalmente, es claro que la presente acción es el mecanismo idóneo para amparar los derechos invocados teniendo en cuenta que los casos versan sobre el reclamo de servicios que se “requieren con necesidad”.²³

2. En los casos se trata un problema jurídico que ya ha sido resuelto varias veces en el pasado a saber: ¿una entidad que garantiza la prestación de los servicios médicos vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la salud de una persona, en especial si es menor de edad, al no entregar los medicamentos e insumos recetados por los médicos tratantes por dificultades y trabas administrativas [encontrarse en paro y no recibir siquiera la solicitud, así como no contar con existencias de los medicamentos solicitados] y por no estar incluidos en los planes de servicios? Se trata de un problema jurídico que se ha resuelto de forma reiterada afirmativamente, bajo el orden constitucional vigente.²⁴ Más aún ahora, cuando el legislador estatutario desarrolló, al menos parcialmente, a partir de un proyecto presentado por el Gobierno, el derecho fundamental a la salud.

3. Hoy la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. El derecho a la salud es un elemento estructural de la dignidad humana²⁵ y presenta un carácter complejo por lo que implica su desarrollo, garantía, respeto y protección.²⁶ Así se sigue de la Constitución Política, del contenido de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y de la jurisprudencia constitucional, tal como pasará a explicarse.

4. Para comenzar, el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009 se refiere al derecho a la salud y contempla que “[l]a atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la

salud". Adicionalmente, el artículo 44 de la Constitución consagra como derechos fundamentales de los niños la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros. Además, diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) contemplan el derecho a la salud y exigen a los Estados Partes su garantía.²⁷

5. En la sentencia T-760 de 2008, se estudiaron varias acciones de tutela sobre la protección del derecho a la salud.²⁸ La providencia indicó que "la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles". Eso sí, dejó claro que el carácter fundamental de un derecho no hace que todos los aspectos de este sean tutelables y que debido a la complejidad del derecho a la salud su goce puede estar supeditado a la disponibilidad de recursos materiales.²⁹

6. Específicamente, respecto del derecho fundamental a la salud de los niños señaló que "[l]as medidas de protección especial que se debe a los menores [de edad] deben tener por finalidad garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos." El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos³⁰.³¹

7. Recientemente se expidió la Ley Estatutaria 1751 de 2015 cuyo objeto es garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección. Se trata de una ley de iniciativa gubernamental, que pone fin a los debates sobre la importancia y fundamentalidad del derecho a la salud en el orden constitucional vigente. Así, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley mencionada dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo y que "comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud".³²

8. El legislador estatutario estableció que el servicio médico al que tiene derecho a acceder toda persona debe ser suministrado de manera integral (art. 8º, Ley 1751 de 2015), con el fin de prevenir, paliar o curar la enfermedad tratada, sin que se pueda fragmentar la responsabilidad en la prestación de dicho servicio “en desmedro de la salud del usuario”. La integralidad es reiterada luego (art. 10º, Ley 1751 de 2015) al indicar dentro de los derechos y deberes de las personas usuarias del servicio de salud: “a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad; (...) i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos”. Adicionalmente, reitera (art. 11, Ley 1751 de 2015), la atención prioritaria que deben tener los sujetos de especial protección como los niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad. Dicha atención “no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica”.

9. Ahora bien, es claro que la integralidad de los servicios médicos tiene los límites propios del derecho a la salud, tales como, por ejemplo, las exclusiones de servicios y tecnologías que razonablemente existan.³³

11. En relación con el transporte y alojamiento del menor y un acompañante cuando se requiera para el cumplimiento de citas o tratamientos, la Sala no emitirá una nueva orden en tanto la sentencia con radicado 2015-00049 del 8 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Linares, Nariño, ya emitió una orden específica en ese tema. En este punto, si se advertirá a la EPS accionada de su deber de cumplir las sentencias so pena de la imposición de las sanciones establecidas en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

12. Ahora bien, en el caso T-5.975.255 el señor Jesualdo Fernández Valverde como agente oficioso de Sara Elena Rodríguez González, señala que su esposa, quien sufrió un accidente cerebrovascular en septiembre de 2014, ha tenido diferentes recaídas por lo que la ha tenido que llevar de urgencia a médicos particulares teniendo en cuenta que la entidad de salud a la que está afiliado (Coomeva EPS) está en paro y no programa citas. El médico tratante

particular de la señora, le formuló varios medicamentos (Tanaken de 120 mg 60 pastillas mensuales, ION-K jarabe dosis de 5cc diarios y Z BEC advance 30 pastillas mensuales), los cuales no puede costear y no pudo solicitar a la EPS porque no recibe ninguna solicitud pues se encuentra en paro. El actor señala que dichos medicamentos mejoran el estado de salud de su esposa y su calidad de vida pero no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragarlos por su cuenta.³⁵ La Sala encuentra que, Coomeva EPS vulneró los derechos fundamentales de la señora Sara Rodríguez González, al no recibir la solicitud de los medicamentos formulados por el doctor Sebastián Villazón Ovalle, internista tratante de la peticionaria, teniendo en cuenta que es una obligación de las entidades prestadoras de servicios médicos prestar a sus usuarios una atención integral y de alta calidad, que además debe ser oportuna y sin la interposición de restricciones administrativas. En este caso, es evidente que una situación administrativa especial presentada por la EPS, no debe ser un obstáculo para el cumplimiento de los deberes que por ley le son impuestos, de tal manera que, si se encontraba en paro, debía gestionar los procedimientos necesarios para que el Sistema de Salud pueda cumplir con el mandato de garantizar el derecho fundamental a la salud.³⁶ Así las cosas, la Corte protegerá los derechos a la vida y a la salud de la señora Sara Elena Rodríguez González y ordenará a Coomeva EPS a que reciba la solicitud de medicamentos suscrita por el doctor Sebastián Villazón Ovalle y autorice la entrega de los mismos.

13. En el tercer caso (T-5.981.171), el señor José Nicolás Roldán de 66 años, solicita se ordene a Cafesalud EPS entregar los medicamentos ordenados por su médico tratante (Cilostazil Tabletas 100mgs, Ácido Tiotico 600 G, Vildagliptina Tabletas 50 mg), los cuales han sido negados por cuanto no hay existencias en dicha EPS y ya lleva más de cuatro meses sin poder tomarlos. El actor tiene un diagnóstico de Diabetes Mellitus desde hace más de 10 años. Indica que vive con su esposa y una hija y asume los gastos de servicios, alimentación, medicamentos de él y su familia. La Sala considera que Cafesalud EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y la vida del señor José Nicolás Roldan, en tanto incumplió su deber de prestar una atención en salud integral, interponiendo un obstáculo de índole administrativa como lo es la falta de existencias en sus bodegas de los medicamentos solicitados, lo cual está poniendo en peligro la vida y la salud del actor, en tanto, como lo señala en su escrito tutelar, si no los toma dos veces al día, su salud se deteriora y su vida corre peligro, en atención que padece una enfermedad grave como la Diabetes Mellitus. Así las cosas, la Corte concederá la acción de tutela, y protegerá los derechos invocados,

ordenando a Cafesalud EPS entregar los medicamentos Cilostazil Tabletas 100mgs, Ácido Tiotico 600 G, Vildagliphina Tabletas 50 mg, según las órdenes médicas, sin dilaciones ni trabas administrativas de alguna índole.

III. DECISIÓN

Una Entidad encargada de la prestación de servicios médicos vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la salud de una persona, en especial si es menor de edad, cuando no entrega medicamentos e insumos recetados por los médicos tratantes, por dificultades y trabas administrativas y por no estar incluidos en los planes de servicios.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 20 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala de Decisión Civil – Familia – Laboral que confirmó la sentencia del 19 de julio de 2016 emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Villanueva, Guajira que negó la acción de tutela con radicado T-5.975.255, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida y la salud de la señora Sara Elena Rodríguez González.

SEGUNDO.- ORDENAR a Coomeva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, reciba la solicitud de medicamentos suscrita por el doctor Sebastián Villazón Ovalle y autorice la entrega de los mismos (Tanaken de 120 mg 60 pastillas mensuales, ION-K jarabe dosis de 5cc diarios y Z BEC advance 30 pastillas mensuales) a la accionante.

TERCERO.- REVOCAR la sentencia del 6 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Linares, Nariño que negó la acción de tutela con radicado T-5.976.652, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida y la salud del menor Duván Andrés Basante Torres.

CUARTO.- ORDENAR a Asmet Salud EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice

la entrega de las gafas con lentes transitions que le fueron recomendados por la optómetra tratante al menor Duván Andrés Basante Torres, para su diagnóstico de “pupila discórica” y sensibilidad a la luz del sol, sin interponer trabas ni obstáculos de orden económico o administrativo.

QUINTO.- ADVERTIR a Asmet Salud EPS de su deber de cumplir las sentencias judiciales so pena de la imposición de las sanciones establecidas en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991, respecto de la sentencia dentro de la acción de tutela con radicado 2015-00049 del 8 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Linares, Nariño.

SEXTO.- REVOCAR la sentencia del 23 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado 9º Civil Municipal de Bogotá que negó la acción de tutela con radicado T-5.981.171, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida y la salud del señor José Nicolás Roldán Cárdenas.

SÉPTIMO.- ORDENAR a Cafesalud EPS a que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, entregue los medicamentos Cilostazil Tabletas 100mgs, Ácido Tiotico 600 G, Vildagliphina Tabletas 50 mg, según las órdenes médicas, al señor José Nicolás Roldán Cárdenas, sin dilaciones ni trabas administrativas de alguna índole.

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e)

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado (e)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 En el expediente T-5.975.255, sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala de Decisión Civil – Familia – Laboral, el 20 de septiembre de 2016 que a su vez confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Villanueva, Guajira el 19 de julio de 2016; en el expediente T-5.976.652, sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Linares, Nariño el 6 de septiembre de 2016; y en el expediente T-5.981.171, sentencia proferida en única instancia por el Juzgado 9º Civil Municipal de Bogotá, el 23 de noviembre de 2016.

2 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP Jaime Araújo Rentería), T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-390 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-910 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-049 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa) y T-025 de 2017 (MP Aquiles Arrieta Gómez).

3 De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional (conformada por los magistrados María Victoria Calle Correa y Luis Guillermo Guerrero Pérez. Auto de selección del catorce (14) de febrero del dos mil diecisiete (2017), notificado el veintiocho (28) de febrero de dos mil diecisiete (2017), escogió y acumuló, para efectos de su revisión, las acciones de tutela de la referencia para que, si así lo consideraba la Sala se fallaran en una sola sentencia.

4 Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Sala Elena Rodríguez González, donde consta que a la fecha tiene 55 años. Folio 23, cuaderno 2 del expediente.

5 Copia de la fórmula médica que prescribe los medicamentos solicitados. Folio 24, cuaderno 2 del expediente. || Copia de la historia clínica de la señora Sara Elena Rodríguez González, con fecha de atención 5 de noviembre de 2010.

6 Tanaken de 120mg x 60 pastillas mensuales, ION-K jarabe de 5cc diarios y Z BEC advance x 30 pastillas mensuales.

7 Sentencia proferida el 19 de julio de 2016.

8 Escrito de impugnación de fecha 29 de julio de 2016.

9 Sentencia proferida el 20 de septiembre de 2016.

10 Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Yuly Magaly Torres Montaña. Folio 14, cuaderno 2 del expediente.

11 Copia del Registro Civil de Nacimiento y Tarjeta de Identidad del niño, con fecha de nacimiento 14 de abril de 2008, lo cual indica que cumplió 9 años. Folios 12 y 13, cuaderno 2 del expediente.

12 Copia del carné de afiliación del menor de edad a Asmet EPS. Folio 13, cuaderno 2 del expediente.

13 Copia de historia clínica del menor de edad donde constan sus padecimientos, diagnóstico y órdenes médicas de consulta por especialista. Folios 16-23, cuaderno 2 del expediente.

14 Copia de la sentencia con radicado 2015-00049, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Linares, Nariño el 8 de septiembre de 2015 en donde se resolvió tutelar los derechos del menor de edad, ordenar a Asmet Salud EPS efectuar los exámenes ordenados, gastos de transporte del niño y un acompañante desde Linares a Pasto o lugar que se requiera y alojamiento cuando sea requerido. Folios 24-26, cuaderno 2 del expediente.

15 Copia de la Historia Clínica No. 1228 de fecha 8 de agosto de 2016, en donde la optómetra Sandra Biviana (apellido ilegible) indica "Recomienda DX - uso permanente. (ilegible) Transit. - Debido a que el niño presenta pupila Discórica. D/A que es muy sensible al sol. Folio 15, cuaderno 2 del expediente.

16 Sentencia proferida el 6 de septiembre de 2016. || El Juzgado de instancia vinculó al proceso a la Fundación Oftalmológica de Nariño, entidad que en escrito del 31 de agosto de 2016 indicó: “1. El niño [...] de 8 años de edad fue valorado por el DR. Rafael Coronel con diagnóstico de Coloboma de Iris bilateral, el cual ocasiona fotofobia o molestia constante producida por la luz. 2. Por lo anterior y para mejorar su sintomatología, el Dr. Coronel ordenó el uso permanente de anteojos con lentes fotocromáticos o transitions. Las implicaciones de no usarlos es seguir presentando severas molestias con la luz que dificultan todas sus actividades. Esto porque el iris normal, actúa como diafragma que regula la cantidad de luz, algo imposible para este paciente con coloboma.” || Ese despacho también vinculó al Centro Óptica Los Ángeles – Pasto, la cual en escrito del 31 de agosto, adjuntó informe técnico del estado de salud del menor de edad. En dicho informe se señala el diagnóstico del paciente y se indica que “se formulan las gafas oftálmicas de uso permanente con tratamiento TRANSITIONS el cual está formado de unas moléculas que se reajustan en forma gradual para que los ojos reciban la cantidad óptima de luz filtrando el exceso de luminosidad visual, proporcionándole al paciente una mayor comodidad visual y protección contra los rayos UV, las implicaciones al no utilizar este tipo de tratamiento a largo plazo al paciente le puede aparecer una catarata por lo que la luz entra más fácil al ojo”. || El Instituto Departamental de Salud de Nariño, al contestar la acción de tutela solicitó al Juez: “ORDENAR a la EPS ASMET SALUD la prestación efectiva del servicio de CONSULTA GLOBAL O DE PRIMERA VEZ Y CONSULTA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR MEDICINA ESPECIALIZADA en OFTALMOLOGÍA, OPTOMETRÍA, y en las demás especialidades requeridas por DUVAN ANDRÉS BASANTE TORRES, el suministro de los LENTES, en las condiciones dispuestas en la norma, así como el TRANSPORTE requerido con ocasión de tales, por ser servicios claramente INCLUIDOS en el Plan Obligatorio de Salud, responsabilidad exclusiva de ASMET SALUD EPS, sin cargo alguno ante esta Institución”.

17 Copia de la cédula de ciudadanía del actor, donde consta que tiene 67 años. Folio 1, cuaderno 2 del expediente.

18 Copias de los formatos de fórmula médica, expedidos por el doctor Lorenzo Monroy, en donde se indican como medicamentos ordenados Cilostazil Tabletas 100mgs, Ácido Tiotico 600 G, Vildagliphina Tabletas 50 mg, así como sus correspondientes solicitudes y justificación médica para medicamento NO POS, firmada por el mismo médico. Folios 2 al 7, cuaderno 2 del expediente. || Copia de la historia clínica del paciente donde consta que su diagnóstico es

Diabetes Mellitus no insulino dependiente. Folios 8 al 10, cuaderno 2 del expediente.

19 Sentencia proferida el 23 de noviembre de 2016.

20 El Ministerio de Salud, al contestar la acción de tutela solicitó: “se ordene a la EPS garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, brindando al afiliado los servicios POR o NO POS que éste requiera y abstenerse de hacer pronunciamientos legales administrativos establecidos para tal fin (...)”. Folios 30-33, cuaderno 2 del expediente.

22 En relación con la posibilidad de ordenar medicamentos o servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud, se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-019 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-683 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1022 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-1331 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-557 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-829 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-1083 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-565 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-788 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1024 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SPV Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa), T-790 de 2012 (MP Alexei Egor Julio Estrada), entre otras.

23 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En esa oportunidad, la Corte señaló: “En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal.”

24 En la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), se concretan las respuestas dadas por la jurisprudencia constitucional a este problema jurídico. Ver, por ejemplo, apartados 2.2.5.1. y 4.4.3.

25 Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en la que la Sala Séptima se refirió a la naturaleza jurídica de la dignidad humana que como entidad normativa y a partir de su objeto concreto de protección puede ser entendida de tres maneras: “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”. Por su parte, la sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos; SPV Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en la que se llevó a cabo la revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara (Ley Estatutaria 1751 de 2015), providencia en la que la Corte recalcó que un “primer elemento que resulta imprescindible al momento de determinar el carácter de fundamental de un derecho es el de su vinculación con el principio de la dignidad humana”.

26 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 que señaló que la salud es “un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general.

27 Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional, entendía que, para acceder a servicios de salud, concretamente los que se encontraban como excluidos del Plan Obligatorio de Salud, era necesario demostrar que (i) la falta del servicio médico vulneraba o amenazaba los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requería; (ii) el servicio no podía ser sustituido por otro que se encontrara incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no podía directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encontraba autorizada legalmente a cobrar, y no podía acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie. Así mismo. La Corporación construyó criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señaló los siguientes: “a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un

medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante (Sentencias SU-480 y T-640 de 1997, T-236 de 1998, SU-819 de 1999, T-1204 de 2000, T-683 de 2003, T-1331 de 2005, T-1083 de 2006 y T-760 de 2008, entre otras.)". Dichas subreglas surgieron del principio "requerir con necesidad", que antes de la sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. La Corte aclaró que "requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, 'requerir con necesidad'" (Sentencias T-760 de 2008, T-875 de 2008 y T-1024 de 2010)". El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008, se fortalece cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente (Sentencia T-1024 de 2010; MP Humberto Antonio Sierra Porto, AV María Victoria Calle Correa, SPV Luis Ernesto Vargas Silva). Así, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.

28 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la que la Sala de Revisión señaló que la salud como derecho fundamental fue protegido (i)

mediante el uso de la figura de la conexidad, (ii) en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección y (iii) afirmando en general la fundamentalidad del derecho.

29 Sobre la tutelabilidad de un derecho a la salud la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) señaló que “reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.” Adicionalmente, la providencia se refirió al carácter complejo del derecho a la salud en los siguientes términos: “[I]a complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles.”

30 “Sobre los derechos de protección ha dicho la Corte: ‘Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un ‘derecho de protección’, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los ‘sujetos de protección especial’ como niños, [personas en situación de discapacidad] o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubre a todas las personas. Para abordar esta cuestión es relevante el derecho internacional (art. 93, CP).’ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, SV Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis)” Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

31 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

32 La Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control previo de constitucionalidad mediante la sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos; SPV Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En la providencia se indicó que la Corte Constitucional desde sus inicios propugnó por la caracterización del derecho a la salud como un derecho fundamental y que para ello superó la interpretación literal del texto constitucional. La Sala aseguró que entre los elementos a tener en cuenta al momento de calificar un derecho como fundamental se encuentra su vinculación con el principio de la dignidad humana y la transmutación del derecho en una garantía subjetiva. Para la Corte, “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”. Asimismo, esta Corporación resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”.

33 En la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), se señaló que la jurisprudencia constitucional ha considerado la posibilidad de limitar el acceso a ciertos servicios de salud a través de la acción de tutela, por cuanto se concluyó que “su exclusión no desconoce aspectos importantes de la salud o de la vida del interesado”. Dentro de estos, se encuentran los ahora enlistados por la Ley 1751 de 2015. Respecto de los servicios y tecnologías que pueden ser solicitados, la mencionada Ley estatutaria indicó que hay algunos que se encuentran excluidos de la prestación del servicio de salud, estos son aquellos: “a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) Que se encuentren en fase de experimentación; f)

Que tengan que ser prestados en el exterior”.

34 Radicado 2015-00049 del 8 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Linares, Nariño.

35 Las instancias negaron el amparo por cuanto (i) el profesional no se encuentra adscrito ante Coomeva EPS, (ii) se acudió a la acción de tutela como primera medida, sin acudir directamente a la EPS accionada, (iii) no se encontró vulneración alguna por parte de la entidad ya que no ha negado ningún servicio ni medicamento.

36 Artículo 15, Ley estatutaria 1751 de 2015.