TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-353/24

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Acceso a pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si se requiere o no un servicio de salud

(…) la negativa de realizar el examen requerido por el médico tratante de la (accionante) vulnera el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico. Esto porque la UT impidió que la accionante conociera, con certeza, su estado de salud con el agravante de los antecedentes genéticos de su núcleo familiar, su evolución, las consecuencias de la enfermedad- si se determina la existencia de alguna- y el tratamiento oportuno […] no es de recibo que la accionada se haya negado o haya omitido ordenar el examen u otro equivalente que permitiera dar un diagnóstico oportuno teniendo en cuenta sus antecedentes familiares. Además de esto, el Ministerio de Salud, desde 2021, expidió la Resolución 2292 en la cual se incluyeron los CUPS para estudios moleculares de genes. Igualmente, la Sala no comparte los argumentos de la (accionada) para negar el examen, entre los cuales el hecho que a la accionante no le han diagnosticado ningún tipo de cáncer. Esta Sala debe reprochar que una entidad que presta servicios de salud a los maestros y a sus familiares no tenga en cuenta que la prevención y/o un diagnóstico temprano -sobre todo en enfermedades catastróficas como el cáncer- puede salvar vidas.

PREVENCIÓN DEL CÁNCER DE MAMA COMO PARTE DEL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD-Detección temprana y aplicación del enfoque de género

(…) las mujeres son más propensas a desarrollar la enfermedad y puntualmente el cáncer de mama tiene mayor tasa de mortalidad, menor prevención y mayor barrera de acceso para el diagnóstico de la enfermedad. Por lo tanto, el acceso al diagnóstico debe tener en cuenta esta circunstancia de acuerdo con el enfoque de género.

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia/DERECHO

FUNDAMENTAL A LA SALUD-Elementos y principios

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Reiteración de jurisprudencia/DERECHO AL DIAGNOSTICO-Está compuesto por tres etapas: identificación, valoración y prescripción

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

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Reglas jurisprudenciales para no aplicar la exclusión

(…)esta regla puede ser inaplicada si se cumplen cuatro requisitos, a saber: (i) la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido causa una amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasiona un deterioro del estado de salud, vigente, claro y grave; (ii) no existe dentro del PBS otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario; (iii) el paciente carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud. Asimismo, no cuenta con la posibilidad de acceder al suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención especiales otorgados por algunos empleadores; y (iv) el servicio o tecnología en salud excluido del PBS debe haber sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EN SALUD EN EL REGIMEN ESPECIAL DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Sistema de inclusiones y exclusiones equiparable al Plan de Beneficios en Salud

REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Cobertura del servicio de transporte

(…) el servicio de transporte dentro del régimen de salud del magisterio, corresponde a aquel

que está incluido en el PBS cuando deba hacerse una remisión a otra ciudad.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Segunda de Revisión

SENTENCIA T- 353 DE 2024

Referencia: expediente T-9.781.438

Acción de tutela interpuesta por el personero municipal de Valledupar, en nombre de Verónica, en contra de la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal Cub

Asunto: exclusiones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en el régimen especial en salud del magisterio

Magistrado sustanciador:

Juan Carlos Cortés González

Síntesis de la decisión

¿Qué estudió la Corte?

La Corte Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta por el personero municipal de Valledupar, en nombre de una mujer de 56 años, a la cual su médico mastólogo le ordenó el examen denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk», por encontrarse en riesgo de desarrollar síndrome de cáncer hereditario. Sin embargo, dicha prueba fue negada por la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal Cub. (§1-10).

¿Qué consideró la Corte?

La Corte reiteró su postura vigente en las sentencias SU-124 de 2018 y T-050 de 2023. En línea con este precedente constitucional, el tribunal expuso que «el examen ordenado a la paciente por su médico tratante es una prueba genética que busca identificar factores de riesgo oncológicos asociados al cáncer de mama. Para las entidades públicas y los expertos

consultados por la Corte, es un procedimiento que se encuentra en el Plan de Beneficios en Salud». Además, este tribunal ha advertido que «la Carta Política y la ley prohíben que servicios y tecnologías en salud, que formen parte del Plan de Beneficios en Salud (PBS), sean excluidos de cobertura en el régimen del magisterio».

¿Qué decidió la Corte?

La Sala encontró que la Unión Temporal demandada interpretó equivocadamente el anexo correspondiente a las exclusiones de la Fiduprevisora y no tuvo en cuenta los fallos proferidos por esta corporación en materia de servicios y tecnologías en salud que hacen parte del PBS. En esa medida, la Corte Constitucional decidió amparar los derechos fundamentales invocados por la actora y dejar sin efectos la sentencia objeto de la acción. Ello luego de verificar que (i) el régimen de excepción del magisterio solo puede excluir de sus servicios de salud lo que la Ley Estatutaria de Salud (LES) expresamente autorice; (ii) la accionante es una persona que, por sus antecedentes familiares, se encuentra en un alto riesgo de desarrollar el síndrome de predisposición hereditaria de cáncer y (iii) fue el profesional especializado en cirugía oncológica/mastología quien le ordenó el examen molecular, luego de una valoración médica.

¿Qué ordenó la Corte?

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Vladimir Fernández Andrade y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido el 1º de septiembre de 2023 por el Juzgado 3.º Civil Municipal de Valledupar, que negó el amparo promovido por el personero municipal de Valledupar, en nombre de Verónica, contra la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal Cub.

Aclaración previa. Reserva de la identidad

1. De conformidad con el artículo 62 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte

Constitucional) y la Circular Interna N.º 10 de 2022, las Salas de Revisión podrán determinar que en la publicación de la providencia se omitan nombres o información que permitan identificar a las partes. Debido a que en el presente caso se hace referencia a la historia clínica y al estado de salud de la accionante, la Sala Segunda de Revisión advierte que, como medida de protección de su intimidad, resulta necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación su nombre y cualquier otro dato o información que permita individualizarla. En consecuencia, la Sala cambiará el nombre de la persona involucrada por uno ficticio, que se escribirá en cursiva.

2. Por tanto, en atención a lo dispuesto en el Acuerdo 02 de 2015 y la Circular Interna N.º 10 de 2022, esta providencia se registrará en dos archivos: uno con el nombre real de la actora, que la Secretaría General de la Corte Constitucional remitirá a las partes y autoridades involucradas. Otro con el nombre ficticio, que seguirá el canal previsto por esta corporación para la difusión de información pública.

I. I. ANTECEDENTES

Hechos

3. El 2 de febrero de 2023, Verónica asistió a consulta con su médico mastólogo por un dolor en la región axilar derecha que se desplazaba hasta el brazo. Como consecuencia de la valoración, el galeno le ordenó un examen denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk», ya que, según sus antecedentes familiares (su hermana y su prima murieron de cáncer de seno, su mamá murió de cáncer de ovario, su otra hermana, de cáncer en la sangre y actualmente, otra prima tiene un diagnóstico de cáncer de seno), la actora se encuentra en alto riesgo de desarrollar síndrome de cáncer hereditario.

4. Ese mismo mes, la accionante acudió a la Unión Temporal Red Integrada Foscal Cub (UT), a la que está afiliada, por ser beneficiaria de su esposo docente, para solicitar la autorización del examen. Sin embargo, pasaron seis meses sin que la UT autorizara la prueba.

5. A raíz de lo anterior, la demandante pidió apoyo a la Personería Municipal de Valledupar para proteger sus derechos vulnerados y que la UT le diera una respuesta al trámite solicitado.

6. El 3 de agosto de 2023, el personero municipal envío un derecho de petición a la UT accionada en el que solicitaba realizar el examen ordenado por el médico tratante.

7. El 14 de agosto siguiente, la entidad demandada comunicó a la accionante que no era posible realizarle el examen especializado porque este tipo de pruebas deben hacerse por fuera del país y están expresamente excluidas del plan de beneficios de la Fiduprevisora y del plan de beneficios en salud (PBS).

La acción de tutela

8. El 18 de agosto de 2023, el personero municipal de Valledupar presentó acción de tutela en nombre de Verónica, en contra de la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal Cub, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante.

9. El funcionario del ministerio público manifestó que, el 2 de febrero de 2023, el médico mastólogo le ordenó a la paciente el examen «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk» por encontrarse en alto riesgo de desarrollar síndrome de cáncer hereditario. Lo anterior, porque «buena parte de su familia había fenecido producto de cáncer hereditario [...] Y recientemente, «la señora está presentando dolor en región axilar derecha que se irradia al miembro superior derecho (brazo) y otros síntomas».

10. Sin embargo, la UT negó el procedimiento porque, a su juicio, es un examen que se realiza en el extranjero y no está cubierto por el PBS. En consecuencia, el personero solicitó que se ordene a la UT que realice el examen formulado por el galeno tratante, que asuma los costos necesarios para llevar a cabo el procedimiento, incluido los viáticos. Adicionalmente, «los controles periódicos, intervenciones o remisiones que deban realizársele, garantizándole así el derecho a la salud integral, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social».

Actuaciones procesales en sede de tutela

11. El Juzgado 3.º Civil Municipal de Valledupar admitió la demanda y corrió traslado a la accionada, mediante auto del 22 de agosto de 2023.

12. Respuesta de la UT Red Integrada Foscal -CUB. Indicó que no procede la realización del examen ordenado porque se hace fuera del país y, además, este estudio genético no solo está excluido del plan de beneficios de la Fiduprevisora sino del PBS. Adicionalmente,

manifestó que la accionante tiene los medios económicos para pagar el examen de manera particular, «toda vez que la accionante es DOCENTE ACTIVA DEL MAGISTERIO [...] LOS INGRESOS ECONÓMICOS DE LA ACCIONANTE SUPERAN LOS CINCO (5) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES» (mayúsculas dentro del texto).

Sentencia de primera instancia que no fue impugnada

13. El 1º de septiembre de 2023, el Juzgado 3.º Civil Municipal de Valledupar «negó por improcedente» el amparo, con fundamento en que no se demostró que la UT o la FIDUPREVISORA «hayan realizado conductas mediante las cuales impidan a la actora el acceso a los servicios y tratamientos de salud indicados por los médicos tratantes». Además, que «la señora VERÓNICA, no padece cáncer en la actualidad y en caso de requerir un diagnóstico existen otros procedimientos a través de los cuales se le puede diagnosticar». De la misma manera, manifestó que la accionante es «una persona con capacidad económica para acceder a servicios que requiere, el cual, se itera, no hace parte del plan de beneficios». En conclusión, el despacho no advirtió ninguna vulneración de los derechos fundamentales por parte de la accionada y por tanto no impartió órdenes «para su protección o hacer un juicio de reproche a la entidad accionada». Dicha decisión no fue impugnada.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

14. Selección. El asunto llegó a la Corte Constitucional a través del Juzgado 3.º Civil Municipal de Valledupar, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En auto del 18 de diciembre de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Doce de esta corporación escogió el proceso para su revisión, bajo los criterios objetivos de exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental y el criterio subjetivo de urgencia de proteger un derecho fundamental. El 23 de enero de 2024, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió el expediente al despacho del magistrado sustanciador, para lo de su competencia.

15. Decreto y práctica de pruebas. Por medio del auto del 12 de febrero de 2024, el magistrado sustanciador ordenó vincular al trámite de la acción al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- y a la Fiduciaria La Previsora S.A. Asimismo, ordenó indagar a la accionante sobre los hechos expuestos en la tutela y ofició a la UT, al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Cancerología. Además, invitó

a la Federación Colombiana de los Trabajadores de la Educación -FECODE- y a la experta en salud Diana Isabel Cárdenas Gamboa. En el mismo auto, ofició a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Superintendencia Nacional de Salud. Por último, requirió a entidades públicas de salud y entidades privadas, para que remitieran la información solicitada en el auto mencionado.

16. Verónica rindió declaración de parte, en la que respondió a las preguntas que le formuló el magistrado auxiliar delegado para esta diligencia, como se expone a continuación:

Asunto

Respuesta

Estado de salud actual

«Yo tengo una genética muy mala, con respectivo (sic) al cáncer. Yo soy de una familia que todas murieron y la única que existo soy yo. Entonces a mí me mandó el doctor Iván Zuleta a hacer una prueba genética para ver cuál es el alto riesgo de yo contraer la enfermedad y entonces ese fue el examen que me negaron. Y yo ahoritica mismo tengo un problema aquí, estoy desde el año pasado con ello, un dolor del ombligo para abajo, mantengo un dolor, un dolor y me dan unas picadas, y he luchado para ver si me mandan una colonoscopia, y yo fui y a mí me dijeron para que me viera la ginecóloga. La ginecóloga me dijo que tenía que mandarme una colonoscopia. Yo, ya yo vengo reportando que necesito una colonoscopia porque yo tengo un dolor y yo no puedo vivir con el dolor. Eso no es normal que yo mantenga ese dolor. Entonces yo fui a donde la doctora que me atiende en la preventiva y me ha mandado una dieta para el col[o]n. Yo no soy mujer de comer, estoy cumpliendo mi dieta, de hecho, he bajado muchísimo, porque yo estaba pesando 67 y hoy estoy creo que en 62 kilos. Por la dieta que tengo. Y a mí no me ha funcionado nada, yo sigo con el dolor. Entonces ella vino y me dijo que no sabía qué iba a hacer porque ya me han hecho, me hicieron una ecografía completa y no me sale nada. Pero yo digo, no es normal que yo permanezca con este dolor. Yo ahora que fui a donde la ginecóloga, que me mandó a hacer la colonoscopia, que le pidiera el favor [a la doctora de la preventiva] que me hiciera la colonoscopia porque yo la necesito y que lo tengo inflamado el col[o]n. Pero eso sí, no he podido ir a la preventiva para que me la manden. Me tiene en un tratamiento para el dolor». Además de lo anterior, la señora Verónica manifestó que tenía quistes en el seno.

Régimen de salud

«A fundación médico preventiva, que creo que ahora es la Foscal. Soy beneficiaria de mi esposo».

Núcleo familiar y situación económica

«Estoy desempleada, estoy en la casa. Mi sustento viene de mi esposo. Mi esposo es docente. Los ingresos familiares mensuales ascienden a 7.300.000 COP y tenemos otras cositas materiales como una casa».

Tipo de enfermedades en su familia

«Mi mamá murió de cáncer de ovario, mi hermana murió de cáncer de seno, mi otra hermana murió de leucemia, tengo una prima que murió hace dos años de cáncer de seno, tengo otra prima enferma de cáncer del seno (sic). Mi núcleo familiar ya murieron todas de cáncer (sic). La única que no, gracias a Dios, que no tengo nada, soy yo. Entonces es por eso que el doctor Iván me manda a hacer ese examen urgente y ellos me lo negaron, me dijeron que no, que no lo podían hacer».

Razones por las que el médico tratante ordena el examen

«Tengo quistes en el seno y esa ha sido la enfermedad que nos ha matado a todos (sic)».

Fecha de la orden del examen

«El doctor me vio el año pasado el 2 de febrero y no me lo quisieron hacer. Yo dije que iba a volver otra vez a la Personería a que me gestionaran eso por qué cómo es posible que no me vayan a mandar ese examen. Además, el doctor Iván me dijo, “está en riesgo tu vida” (sic)».

«El examen de la genética no me lo podían hacer porque ese examen no lo hacían ellos. Es que me mandaron un texto y decía, es que no me acuerdo, decía que no me lo podían hacer creo que era porque era muy costoso, o algo. O no lo hacen ellos, ellos no hacen eso. Como me mandaron ese documento donde decían que ellos no podían hacerlo, yo algunas veces fui a discutir y les dije que como era posible que no me fueran a hacer el examen, que yo lo necesitaba, que no era un lujo. Ya como al mes me mandaron a decir que no, entonces yo

dije voy a ir otra vez a la Personería pero no he vuelto a gestionar más nada».

Alternativas ofrecidas por la UT

«Nada, no, fue un rotundo no. Que no me lo pueden hacer, porque yo lo que necesitaba era el examen. Yo pienso que, si lo necesito, porque además ya tengo riesgo porque tengo un quiste y me está creciendo».

17. La Unión Temporal UT Red Integrada Foscal Cub, en escrito del 16 de febrero de 2024, aseguró que «es una IPS contratista, con la cual la FIDUPREVISORA, suscribió convenio de prestación de servicios de salud, pero este contrato no es integral, es limitado a las prestaciones que quedaron establecidas en los anexos del convenio, así como aquellas que están excluidas del mismo». Además, admitió que no le ha realizado el examen a la accionante, porque su procesamiento se hace en el exterior y porque está excluido del convenio, específicamente en el ordinal 3 (sic) del Manual del Usuario del FOMAG. Asimismo, indicó que el valor del examen, según una cotización de un laboratorio externo es de $14.392.495. También aclaró que «el examen myRisk solo determina si los antecedentes familiares pueden determinar la predisposición de la paciente para padecer un cáncer, la frecuencia de sus controles y exámenes de supervisión periódica» [sic]. Finalmente, concluyó que, actualmente, los médicos de la UT no le han diagnosticado cáncer a la accionante.

18. La Defensoría del Pueblo allegó oficio el 21 de febrero de 2024, mediante el cual informó a esta corporación que en el año 2019 cumplió con lo ordenado en el numeral séptimo de la Sentencia SU-124 de 2018. Desde marzo de 2019, solicitó al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud y la Contraloría General de la República avances sobre el cumplimiento del fallo en mención. Al respecto, la cartera de salud señaló que a través de la Resolución 3804 de 2016 generó la «estandarización semántica de las descripciones CUPS y su actualización […] y que para evitar que cada prestador nombrara de manera diferente un procedimiento, obstaculizando su autorización, establecieron la obligatoriedad de la CUPS».

19. Diana Isabel Cárdenas Gamboa respondió a las preguntas de la Corte, en escrito del 20 de febrero de 2024. En el documento explicó que «el Plan Integral en Salud del Magisterio es coherente con el marco jurídico definido por la Ley Estatutaria en Salud, en este sentido, el sistema (incluido Magisterio) garantizará el derecho fundamental de los servicios de salud

estructurados de manera integral, con excepción de aquellos que cumplan las condiciones de exclusión del artículo 15 de la citada Ley». En relación con las exclusiones del régimen exceptuado, destacó que lo que no esté incluido en ese anexo, debe entenderse excluido del régimen, tal como lo determinó el «ANEXO-NO-01-COBERTURA-Y-PLAN-DE-BENEFICIO». Asimismo, indicó que con la Resolución 2292 de 2021, el Sistema General de Seguridad Social en Salud actualizó los servicios y tecnologías que se financian con la unidad de pago por capitación y se incluyeron en los anexos de aquella resolución, procedimientos de diagnóstico que permiten evaluar mutaciones genéticas. Los códigos CUPS incluidos son entre otros: 908420 estudios moleculares de genes, 908424 estudios moleculares de mutación.

20. La Federación Colombiana de los Trabajadores de la Educación-FECODE- allegó escrito el 20 de febrero de 2024, en el que destacó el régimen exceptuado para los docentes; reconoció que la UT es la responsable de realizar el examen cuando el profesional médico que se encuentre vinculado a la entidad establezca la necesidad del mismo e insistió en que la Fiduprevisora es responsable de «garantizar y auditar la calidad del servicio requerido según las prescripciones médicas, en aras de prestar la mejor atención a los pacientes en este caso a la docente o su beneficiario usuario del FOMAG».

21. La Fiduciaria La Previsora, en documento del 20 de febrero de 2024, advirtió que la entidad fiduciaria no es superior jerárquico de las uniones temporales, pues aquellas gozan de autonomía administrativa. En ese sentido, corresponde a la UT autorizar el examen solicitado por la accionante. Con base en lo anterior, le solicitó a la Corte Constitucional «DECLARAR LA INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, como quiera que la accionante no ha radicado solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación y se encuentra retirada del Fomag». [mayúsculas dentro del texto].

22. El Instituto Nacional de Cancerología, en escrito del 21 de febrero de 2024, expuso que «el propósito de realizar el examen denominado “panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk” en pacientes sin un diagnóstico previo de cáncer, radica en identificar variantes genéticas patogénicas o probablemente patogénicas en genes asociados a la susceptibilidad al cáncer. Esta práctica permite un diagnóstico precoz y certero de síndromes de cáncer hereditario […] El reconocimiento temprano de estas variantes genéticas habilita la implementación de estrategias de prevención y vigilancia específicas, orientadas a la

detección y tratamiento oportuno del cáncer». Además, indicó que aquel examen permite evaluar más de 10 tipos «de síndromes de cáncer hereditario, incluyendo los asociados a cáncer de mama, ovario, colorrectal, uterino, de piel, próstata, renal, entre otros». Respecto de pacientes sin cáncer, destacó que «la realización de estos estudios se justifica principalmente por la historia familiar de cáncer y la posible identificación de variantes genéticas en familiares directos, permitiendo una evaluación precisa del riesgo y la implementación de medidas preventivas y seguimientos personalizados». En lo concerniente a la prueba como tal, indicó que «es una prueba de marca registrada y diseñada por la compañía MYRIAD genetics en los EE. UU. No obstante, existen alternativas tecnológicas a esta, propias de la secuenciación de nueva generación (NGS) que pueden ofrecer resultados similares en la detección de variantes genéticas asociadas a síndromes de cáncer hereditario». Respecto del examen practicado en Colombia, aseguró que «[d]iversos laboratorios disponen de la tecnología NGS y pueden realizar paneles de genes adaptados a las necesidades específicas del paciente, bajo la guía de médicos especialistas en genética, biología molecular y bioinformática. (…) La tecnología NGS es ampliamente utilizada en Colombia, con equipos de diversas compañías como Illumina, Roche, o MGI. Aunque todas estas tecnologías pertenecen al ámbito del NGS, sus rendimientos pueden variar en función de las características específicas de cada tecnología, los genes que se estudian, y otros factores técnicos». En relación con las alternativas tecnológicas, afirmó que «pueden provenir de paneles diseñados localmente o por otras compañías internacionales, siempre que incluyan los genes de interés. La solicitud de estas pruebas en el sistema de salud colombiano se realiza mediante el código CUPS 908420, especificando el tipo de prueba y los genes a estudiar». En relación con la cobertura del examen en el PBS, la entidad reconoció que «la solicitud de estas pruebas en el sistema de salud colombiano se realiza mediante el código CUPS 908420, especificando el tipo de prueba y los genes a estudiar». Finalmente, el instituto recomendó «que tanto la solicitud como la interpretación de los resultados de estos estudios, especialmente en pacientes sin diagnóstico de cáncer, sean gestionados por médicos genetistas dentro del marco del asesoramiento genético. Este enfoque asegura una comprensión adecuada de los hallazgos y facilita la toma de decisiones informadas sobre el manejo clínico y las opciones preventivas disponibles».

Traslado de Pruebas

23. El 22 de febrero de 2024, a través de oficio, la Secretaría General de esta corporación

puso a disposición de las partes y sujetos procesales copia de las comunicaciones recibidas en respuesta al auto de pruebas del 12 de febrero del corriente.

24. La Asociación Colombiana de Hematología y Oncología allegó escrito el 26 de febrero de 2024 en el que indicó que mediante el examen médico «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk» «se evalúan 48 genes relacionados con el riesgo de cáncer (cáncer de seno, ovario, páncreas, colon, gástrico, entre otros) y esto permite determinar si en alguno de los genes evaluados existen mutaciones (instrucciones equivocadas) que llevan a que se incrementen el riesgo de presentar algún tipo de cáncer […] Adicionalmente, permite evaluar el riesgo de que se presenten más casos de cáncer en la familia de una persona afectada por una alteración genética en los genes evaluados».

25. La Defensoría del Pueblo, en correo electrónico del 27 de febrero de 2024, remitió algunos oficios de 2019, en donde consta la gestión realizada por esta entidad en relación con el seguimiento al cumplimiento de la Sentencia SU-124 de 2018.

26. El Ministerio de Salud y Protección Social, en escrito del 26 de febrero de 2024, manifestó que le era imposible responder a las preguntas en relación con el régimen especial de salud para el magisterio planteadas en el numeral cuarto, específicamente los literales del b) al i) del Auto de 12 de febrero de 2024. Respecto del cumplimiento de la orden cuarta de la Sentencia SU-124 de 2018, aportó la Resolución 2366 de 2023, en la que, en su anexo 2, enlista los «procedimientos en salud financiados con recursos de la UPC», dentro de los cuales se encuentra los estudios moleculares de genes específicos, los cuales son financiados con recursos del sistema general de salud. Además, reiteró que «por prescribirse de una forma inapropiada y omitiendo la reglamentación establecida en el ordenamiento jurídico colombiano, como es la prescripción por nombre comercial como es el CENTOCANCERÂ® ha derivado en todas las situaciones que evidencia no un obstáculo desde la financiación y cobertura especifica por una fuente de reconocimiento y pago o vía prescripción por MIPRES cuando aplica, sino una omisión al cumplimiento reglamentario y por ende obstáculo al SGSSS, al no prescribirse en los términos apropiados y estipulados por la Clasificación Única de Procedimientos en Salud –CUPS (Actualmente Resolución 2336 de 2023) en donde se señalan en su estándar semántico de código y descripción entre otros». Adicionalmente, aseguró «que en los casos donde se oferte el procedimiento en salud pero que su procesamiento fuera en el exterior no se tendría como exclusión explícita». También advirtió

«que la entidad promotora de salud debió garantizar el procedimiento en salud que hacía parte del conjunto de tecnologías en salud reconocidas con la UPC o que a través de MIPRES se prescriba y reconozca con presupuestos máximos o recobros según corresponda y que debía garantizar a través de su red de prestadores de servicios debidamente habilitados en el territorio nacional en cumplimiento de las normas de calidad vigente, sin que tramites de carácter administrativos sirvieran de barreras de acceso o negación de servicios». Por último, adjuntó la Resolución 2367 de 2023, «por la cual se modifican los artículos 1, 2 y 3 de la Resolución 1035 de 2022 y los capítulos 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11 del anexo técnico "Plan Decenal de Salud Pública 2022-2031″». Dicho Plan es una «política de Estado -que- es la hoja de ruta que define la estrategia y la manera como la institucionalidad y la ciudadanía en general enfrentarán los retos de la salud pública en los territorios del país durante diez años».

27. El laboratorio Gencell Pharma S.A.S, el 28 de febrero de 2024, allegó respuesta a los cuestionamientos planteados por la Corte. En primer lugar, explicó que myRisk es un examen genético que evalúa 48 genes relacionados con el cáncer hereditario y es una herramienta precisa para evaluar el riesgo al cáncer de mama. En segundo lugar, señaló que «el uso generalizado de esta herramienta estandarizada de evaluación de riesgos genéticos puede aumentar la identificación de pacientes con alto riesgo de cáncer y potencialmente mejorar la atención al cambiar los procedimientos de vigilancia y/o tratamiento de neoplasias malignas». En relación con el costo de la prueba en Colombia, adujo que tiene un valor de $7.800.000. Finalmente, manifestó que dicho examen no está incluido en el plan de beneficios del régimen especial del magisterio.

28. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG -, en escrito del 14 de marzo de 2024, adjuntó el oficio enviado a la Corte Constitucional por la Unión Temporal. Sin embargo, no dio ninguna respuesta a las preguntas planteadas.

29. El Fondo Colombiano de Enfermedades de Alto Costo (Cuenta de Alto Costo), el 5 de marzo de 2024, expuso que «[l]os síndromes de predisposición hereditaria al cáncer concentran el 5-10% de todos los casos de cáncer diagnosticados a nivel mundial. La identificación de estos casos es importante ya que tiene implicaciones en la orientación terapéutica y seguimiento personalizado de los pacientes, así como en la prevención de neoplasias malignas asociadas a cada síndrome específico». Señaló que el panel para cáncer

hereditario NGS (35 genes) myRisk, es una prueba que aplica una tecnología molecular para identificar 35 genes de 8 tipos de cánceres hereditarios en mama, ovarios, colon y recto, útero, melanoma, páncreas, estómago y próstata. Finalmente, manifestó que desconoce si en el régimen especial del magisterio existe una exclusión para este examen.

30. La Secretaría General de la Corte Constitucional, mediante oficio del 7 de marzo de 2024, informó que no recibió respuesta de la Superintendencia Nacional de Salud.

III. CONSIDERACIONES

Competencia

31. Corresponde a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional revisar el fallo proferido por el Juzgado 3.º Civil Municipal de Valledupar, el 1.º de septiembre de 2023, dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

32. La acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos resulten comprometidos por la acción u omisión de autoridades o particulares. No obstante, pese a la informalidad que se predica de este mecanismo, su procedencia está sometida al cumplimiento de los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad, los cuales se proceden a verificar en el presente caso.

Requisito

Acreditación

Legitimación en la causa por activa.

Se satisface este requisito. El personero municipal interpuso la acción de tutela en nombre de Verónica. En la declaración de parte llevada a cabo por esta corporación el día 21 de febrero de 2024, la actora ratificó la actuación del personero y manifestó que acudió a la Personería con el fin de requerir sus servicios para que se protejan sus derechos fundamentales.

En la Sentencia T-197 de 2022, la Corte admitió la interposición de la acción de tutela por el personero municipal de Samaná, Caldas, como agente oficioso de un ciudadano contra la Nueva EPS.

En la Sentencia T-289 de 2022, este tribunal precisó que «la legitimación por activa de los personeros municipales para interponer acciones de tutela se justifica constitucionalmente en la posibilidad "de asegurar, por todos los medios posibles y por distintas vías institucionales, la efectividad de los derechos básicos de las personas"». Asimismo, explicó que «si los factores de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales tienen ocurrencia en el área de jurisdicción de la personería que acude a la tutela, también se encuentra justificada su facultad para actuar».

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 46, establece que «[e]l defensor del pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión». En la misma línea, el artículo 49 destacó que «[e]n cada municipio, el personero en su calidad de defensor en la respectiva entidad territorial podrá, por delegación expresa del defensor del pueblo, interponer acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente». En la Sentencia T-234 de 1993, la Corte señaló que «el Defensor del Pueblo en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales y en especial de las contenidas en el art. 282 de la Constitución Política, delegó en los personeros municipales en todo el país la facultad para interponer acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o se encuentre en situación de indefensión (Resolución 001 del 2 de abril de 1992); luego no queda duda sobre la legitimidad o interés para actuar de la Personera para formular la presente acción».

Legitimación en la causa por pasiva.

Se satisface este requisito. En este asunto, la acción se presenta en contra de la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal Cub, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante. Esta es «una alianza estratégica de dos instituciones CLÍNICA DE URGENCIAS BUCARAMANGA y la CLINICA FOSCAL, entidades que para el año 2017 decidieron unirse y crear la UT, con el fin de participar en el proceso de selección pública establecido por la FIDUPREVISORA, para participar en dicha licitación». Es decir que

es una entidad privada que presta el servicio público de salud en Valledupar, dentro del régimen exceptuado del magisterio. Además, es la entidad prestadora de los servicios de salud de la accionante, de acuerdo con el certificado de afiliación allegado al proceso. Por tanto, se encuentra legitimada por pasiva en el caso objeto de revisión.

Respecto de la Fiduprevisora S.A., la entidad se encarga de contratar las instituciones prestadoras de servicios o las uniones temporales que prestarán los servicios de atención en salud a los docentes afiliados y a sus beneficiarios (§ 63). Por lo anterior, se mantiene su vinculación en el asunto materia de análisis.

Por su parte, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- Fomag es una cuenta especial de la Nación, con independencia presupuestal, cuyo fin es garantizar la prestación de los servicios de salud de los docentes del país y sus respectivos beneficiarios. En ese orden, su vinculación al caso se encuentra justificada.

Subsidiariedad

Se satisface el requisito. La Sala analiza la vulneración de los derechos a la salud y a la vida. Si bien la Superintendencia Nacional de Salud (SNS) tiene facultades jurisdiccionales para garantizar la efectiva prestación del servicio de salud a los usuarios, lo cierto es que la salud y la vida de la accionante se encuentra en alto riesgo por sus antecedentes familiares relacionados con el síndrome de predisposición hereditaria de cáncer y esta situación hace indispensable la intervención del juez constitucional.

En la Sentencia SU-124 de 2018, la Sala Plena de la Corte Constitucional reconoció que aunque el mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud podría resultar idóneo y eficaz frente a situaciones que pongan el riesgo la salud de las personas, lo cierto es que el juez de tutela debía analizar caso a caso y determinar si el amparo constitucional procedía y enfatizó en «las particularidades que pueden tornar procedente la acción de tutela, entre las cuales se encuentran: (i) la calidad de sujetos de especial protección de quienes solicitan el amparo; (ii) la gravedad del riesgo para la salud o la vida digna de los afectados; y (iii) las condiciones de debilidad manifiesta de los solicitantes».

Sin embargo, en la reciente Sentencia T-005 de 2023, la corporación reconoció que el medio judicial ante la SNS no es idóneo, ni eficaz. Por un lado, porque la SNS no cuenta con las

herramientas necesarias para resolver las peticiones dentro del término legal. Lo que se traduce en un atraso institucional de más de dos años. En consecuencia, la Corte advirtió que «mientras dichas condiciones persistan, este medio judicial no resultará idóneo, ni eficaz». Por el otro, en el 2019, el Congreso expidió la Ley 1949 que buscaba fortalecer la capacidad de la SNS en materia sancionatoria. No obstante, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia SU-508 de 2020, observó que las dificultades administrativas persisten, porque no hay información que permita concluir de forma objetiva que la situación fue superada. Así las cosas, aquel mecanismo jurisdiccional carece de idoneidad y eficacia. Es importante aclarar que, las funciones previstas en el artículo 6 de la mencionada ley, están dirigidas a "garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud", del cual no hacen parte los afiliados al régimen especial del magisterio conforme a la Ley 100 de 1993.

Inmediatez

Se satisface el requisito. Del escrito de tutela se entiende que, el 2 de febrero de 2023, el cirujano oncólogo tratante le ordenó a la señora Verónica el examen «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) MyRisk». En el transcurso del mes, la accionante acudió a la UT con la orden médica para que le autorizara el procedimiento médico. Ante la negativa de la UT, la accionante acudió a la Personería Municipal el 1.º de agosto siguiente para solicitar apoyo con su caso. El 3 de agosto, el personero envío derecho de petición a la UT en donde solicitaba que realizara el examen formulado por el galeno tratante. En respuesta del 14 de agosto, la UT negó el procedimiento porque en su entendimiento se trata de un examen de «orden internacional que no se realiza en el país […] se encuentra EXCLUIDO DEL PLAN DE BENEFICIOS DE LA FIDUPREVISORA. Además NO se encuentra incluido en el PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD». El 18 de agosto siguiente, la actora, a través del personero municipal, interpuso la acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, presuntamente vulnerados por la UT al negarle el examen médico ordenado. En ese sentido, entre la última negativa de la UT y la presentación de la acción tutela solo transcurrieron cuatro días, por lo que el presupuesto de inmediatez se satisface.

Esta Corte ha señalado que el presupuesto de la inmediatez se cumple cuando son razonables: (i) el tiempo que transcurre desde que se produjo la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales, hasta la presentación de la acción de tutela y (ii) el lapso dentro del

cual se promovió la última actuación en defensa de los derechos aparentemente vulnerados y la solicitud de amparo (T-176 de 2018). También, cuando la vulneración de los derechos de la víctima permanece en el tiempo (T-413-2019). Estas circunstancias se acreditan en el presente caso.

33. Así las cosas, la Sala advierte que la solicitud de amparo cumple con los presupuestos para su procedencia, por lo que corresponde a la Sala el estudio de fondo, al cual procede.

Problema jurídico y metodología de la decisión

34. En la presente actuación se estudia el amparo impetrado por el personero municipal de Valledupar, quien en nombre de Verónica, solicitó la protección de los derechos a la salud y vida, presuntamente vulnerados por la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal Cub al haberle negado la realización del examen denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk». Aquel fue ordenado por su médico tratante.

35. De conformidad con los antecedentes expuestos, a juicio de la Sala, el problema jurídico que tendrá que resolver en este asunto es el siguiente:

¿La UT vulneró los derechos a la salud y a la vida de la señora Verónica al negarle el examen denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk», a pesar de haber sido ordenado por el médico especialista tratante?

36. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes temas: (i) reiteración del derecho fundamental a la salud, con una especial mención a la detección temprana del cáncer de mama en Colombia y al enfoque de género; (ii) reiteración del derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico; (iii) reiteración del acceso a servicios y tecnologías en salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el régimen de inclusión y exclusión; (iv) el suministro de servicios y tecnologías en salud en el régimen especial de seguridad social del magisterio; (v) el régimen especial de seguridad social en salud del magisterio. Cobertura del servicio de transporte; (vi) el examen denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk»; (vii) el precedente de la Sentencia SU-124 de 2018 y (viii) examinará el caso concreto, para establecer si los derechos fundamentales alegados por la accionante fueron vulnerados.

i. (i) El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

37. El artículo 49 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la salud. También se encuentra consagrado en otros instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad. En particular, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La protección de la salud es un pilar esencial del Estado Social de Derecho debido a que busca «generar unas condiciones de vida mínimas que sean compatibles con la dignidad del ser humano» y, además, es un «elemento indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos».

38. Aquel corresponde al derecho fundamental universal a gozar y disfrutar del «más alto nivel posible de salud» que permita a las personas vivir dignamente. La Corte Constitucional ha enfatizado que el objeto de protección de este derecho -la salud- debe entenderse de forma amplia, lo que implica que no se restringe a la simple preservación de la «normalidad orgánica funcional, física y mental». La protección a la salud también abarca una amplia gama de factores socioeconómicos, bienes y servicios que inciden en la posibilidad de que una persona pueda llevar una vida sana. Estos incluyen, entre otros, la «alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano».

39. En el ordenamiento jurídico colombiano, el ámbito de protección del derecho fundamental a la salud está desarrollado, principalmente, en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 «[p]or medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones» («LES»). De acuerdo con la LES y la jurisprudencia constitucional, el ámbito de protección de este derecho fundamental comprende (i) cuatro componentes esenciales, (ii) los principios constitucionales del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), (iii) las obligaciones del Estado en la prestación del servicio público de atención en salud y (iv) los derechos de los usuarios y afiliados.

40. Los componentes o «elementos esenciales e interrelacionados» del derecho fundamental a la salud son (i) la disponibilidad, (ii) la aceptabilidad, (iii) la accesibilidad y (iv) la calidad.

Componentes del derecho fundamental a la salud

Disponibilidad

Impone al Estado la obligación de garantizar «la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente».

Aceptabilidad

Exige a los diferentes agentes del sistema (i) ser respetuosos de la ética médica, así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, (ii) «responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida» y (iii) «prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad».

Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, «en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural». La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información

Calidad

Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas.

41. El artículo 49 de la Constitución dispone que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado. Por tanto, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y lo definió como el conjunto articulado y armónico de principios y normas, políticas públicas e instituciones dispuestas por el Estado para regular la prestación del servicio público de atención salud. El artículo 6.º de la LES prevé que son principios del SGSSS (i) la equidad, (ii) la universalidad, (iii) la continuidad, (iv) la oportunidad, (v) la solidaridad, (vi) la eficiencia, (vii) la sostenibilidad, (viii) la interculturalidad, (ix) el principio de interpretación pro homine, (x) la progresividad, (xi) la libre elección y (xi) la integralidad, entre otros.

42. La detección temprana del cáncer de mamá en Colombia. El Ministerio de Salud y Protección Social allegó a esta corporación la Resolución 2367 de 2023 y aseguró que contiene las metas para los próximos 10 años en materia de cáncer. En este instrumento se plasmó el comportamiento del síndrome de cáncer de mama, así: «La mortalidad por cáncer de mama en el país tiene una tendencia al aumento, para el 2012 la tasa fue de 7,30 por cada 100.000 mujeres y paso al a 2022 a 16,65 por cada 100.000 mujeres. Los departamentos de Atlántico, Bolívar, Antioquia, Valle del Cauca y Bogotá. Para el mismo año, Chocó, Amazonas y Guainía tuvieron las tasas más bajas de mortalidad por mama y estuvieron por debajo de la tasa nacional. Al hacer el análisis de equidad para los dos estratificadores, se observa que en el periodo de estudio quienes estuvieron en el quintil más alto de PIB per cápita y para años promedios de educación. Tanto la brecha como las tasas más altas se observaron para los años promedios de educación».

43. El cáncer de mama y el enfoque de género. Según la Cuenta de Alto Costo del Ministerio de Salud y Protección Social «[e]n el marco del aseguramiento en Colombia, al 31 de agosto de 2023 se han informado, 107.181 casos prevalentes de cáncer de mama en mujeres y -este tipo de cáncer- es el más frecuente entre los 11 tipos de cáncer priorizados en el sistema de salud». Además, en la Resolución antes mencionada, se estableció que la tasa de mortalidad por cáncer de mama en mujeres tuvo un aumento entre 2012 y 2019, pasó de 10,55 a 14,28 por cada 100.000 mujeres (Ministerio de Salud y Protección Social, 2021). Y «los peores resultados en las tasas de mortalidad por cáncer de mama parecen estar más relacionados con la inequidad en el acceso a servicios de salud, en particular la inequidad que estructura el régimen subsidiado (Instituto Nacional de Cancerología, 2017), esto también se encuentra en menores tiempos de supervivencia global y libre de enfermedad».

44. Con motivo del día mundial contra el cáncer que se conmemoró el 2 de febrero del corriente, la Universidad del Rosario recogió las cifras presentadas por la Organización Mundial de la Salud para el año 2022, así:

* Alrededor de 10 millones de personas en el mundo murieron a causa del cáncer.

* En América Latina y el Caribe, 1 de cada 9 hombres y 1 de cada 12 mujeres mueren como consecuencia de esta enfermedad.

* En Colombia, para el año 2022, los cánceres que generaron mayor mortalidad para la mujer

fueron el cáncer de mama, colorrectal y estómago, mientras que, para el hombre lo constituyeron los cánceres de próstata, estómago y pulmón.

* Las tasas de mortalidad son más altas en los países de medianos y bajos ingresos, lo que indica la existencia de menores acciones preventivas y mayores barreras de acceso para el diagnóstico y el inicio temprano del tratamiento. Por ejemplo, es el cáncer de mama, en donde los países de menores ingresos tienen un 50% menos probabilidades para diagnosticar oportunamente la enfermedad.

* El acceso limitado a exámenes diagnósticos en los servicios de salud de baja complejidad y de formación específica dificulta la coordinación entre niveles de atención para el diagnóstico oportuno del cáncer.

45. En virtud de lo anterior, se destaca que las mujeres son más propensas a desarrollar la enfermedad y puntualmente el cáncer de mama tiene mayor tasa de mortalidad, menor prevención y mayor barrera de acceso para el diagnóstico de la enfermedad. Por lo tanto, el acceso al diagnóstico debe tener en cuenta esta circunstancia de acuerdo con el enfoque de género.

(ii) El derecho al diagnóstico. Reiteración de jurisprudencia

46. El derecho al diagnóstico, ha sido definido por la jurisprudencia como un componente esencial del derecho fundamental a la salud, que implica el acceso a una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. En efecto, el derecho al diagnóstico constituye un elemento indispensable para: (i) establecer la patología que padece el paciente, (ii) determinar el tratamiento médico adecuado para su tratamiento e (iii) iniciar oportunamente dicho tratamiento.

47. Para la Corte, dicha garantía está compuesta por tres dimensiones: identificación, valoración y prescripción. La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes ordenados por el médico a partir de los síntomas del paciente. La valoración es el análisis oportuno e integral que, con fundamento en los resultados de dichos exámenes, realizan los especialistas que amerite el caso. Finalmente, la prescripción se refiere a la emisión de las órdenes médicas pertinentes y adecuadas para tratar el estado de salud.

48. Lo anterior quiere decir que la garantía del derecho al diagnóstico solamente se satisface «con la prescripción de los elementos de salud requeridos para tratar al paciente», pues la identificación de las patologías o incluso su valoración por especialistas, resultan insuficientes para iniciar los tratamientos requeridos, si estos no son ordenados por el médico tratante.

49. En desarrollo de estos criterios, la Sentencia SU-508 de 2020 señaló que, en casos en lo que no existe fórmula médica, el juez constitucional puede encontrarse ante dos escenarios que justifican una orden de amparo:

50. Primero: el juez puede ordenar el servicio o tecnología en salud cuando, ante un hecho notorio, advierta la evidente necesidad de suministrarlo, siempre que la orden se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante.

52. En esos términos, la Sala Plena indicó que el amparo de este derecho resulta procedente cuando el encargado de prestar el derecho a la salud del paciente no realiza «las 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. Incluso, tal amparo debe otorgarse indistintamente de la urgencia de su práctica, es decir, no simplemente frente al riesgo inminente que pueda sufrir la vida del paciente, sino además frente a patologías que no la comprometan directamente».

(iii) El acceso a servicios y tecnologías en salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Régimen de inclusión y exclusión. Reiteración de jurisprudencia

53. El artículo 10 de la LES prescribe que las personas tienen derecho al acceso y provisión oportuna de los servicios y tecnologías que sean necesarios para asegurar una atención en salud integral. El acceso y provisión de servicios y tecnologías en salud debe ser «integral», lo que implica que el Estado tiene el deber de «asegurar la disponibilidad de todos los tratamientos, medicamentos e intervenciones necesarias para garantizar la plenitud física y mental de los individuos». En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU señala que una de las obligaciones internacionales básicas (core obligations) de cumplimiento inmediato de los Estados es garantizar el acceso a los medicamentos esenciales, bienes y servicios de salud «sobre una base no discriminatoria».

54. La LES prescribió que el Estado garantizará el acceso a los servicios y tecnologías en salud que se encuentren cubiertos por el PBS, esquema de aseguramiento que define los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del sistema de salud para la prevención, paliación y atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas.

55. Por medio del artículo 15 de la citada ley, se adoptó un «modelo de exclusión expresa» conforme al cual el paciente tiene derecho a recibir todos los servicios y tecnologías en salud, salvo aquellos que estén expresamente excluidos. En estos términos, la cobertura de todos los servicios y tecnologías que son necesarios para garantizar el derecho a la salud es la regla general y «las exclusiones la excepción». Los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS se financian con recursos públicos, en particular, con recursos de los fondos del SGSSS que son girados a cada Empresa Promotora de Salud (EPS). El artículo 2.º del Decreto Ley 4107 de 2011 dispone que es función del Ministerio de Salud y Protección Social definir los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS, así como fijar el listado de exclusiones. Asimismo, el inciso 1.º del artículo 15 de la LES dispone que la cartera de salud debe actualizar el PBS anualmente a partir de una «concepción integral de la salud», así como criterios técnicos y financieros.

56. Esta corporación ha señalado que, a partir de los criterios de inclusión/exclusión en el PBS contenidos en el artículo 15 de la LES, existen dos tipos de servicios y tecnologías en salud:

57. Grupo 1: Los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS. De acuerdo con el artículo 15 de la LES y la jurisprudencia constitucional, forman parte del PBS (i) los servicios y tecnologías en salud expresamente incluidos en el PBS (regla de inclusión explícita) y (ii) todos los servicios o tecnologías en salud que no se encuentren excluidos de forma expresa en la lista de exclusiones (regla de inclusión implícita). Estos servicios y tecnologías en salud deben ser financiados con cargo a los recursos del SGSSS. Las EPS y las IPS están obligadas a suministrar los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS. El suministro de estos sólo está supeditado al cumplimiento de un requisito: la existencia de una prescripción del médico tratante que determine que el paciente lo requiere. La capacidad económica del paciente no es un requisito para la entrega de los servicios y tecnologías en salud que formen parte del PBS. En tales términos, la negativa a su provisión o entrega, si existe orden médica, constituye una vulneración del derecho

fundamental a la salud.

58. Grupo 2: Los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidos. La LES dispone que no forman parte del PBS y no pueden ser financiados con cargo a recursos públicos los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidos. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las exclusiones del PBS deben estar previstas de forma «expresa, clara y determinada» en la norma reglamentaria que expida el Ministerio de Salud y Protección Social a partir de «un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente». Asimismo, las exclusiones deben corresponder a los criterios previstos en el inciso 2.º del artículo 15 de la LES. Por regla general, los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidos del PBS no pueden ser financiados con cargo a los recursos públicos del SGSSS.

59. La Corte Constitucional ha precisado que la regla de exclusión, en virtud de la cual el suministro de los servicios y tecnologías expresamente excluidos del PBS no pueden ser financiados con cargo a recursos públicos del SGSSS, no es absoluta. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta regla puede ser inaplicada si se cumplen cuatro requisitos, a saber: (i) la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido causa una amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasiona un deterioro del estado de salud, vigente, claro y grave; (ii) no existe dentro del PBS otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario; (iii) el paciente carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud. Asimismo, no cuenta con la posibilidad de acceder al suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención especiales otorgados por algunos empleadores; y (iv) el servicio o tecnología en salud excluido del PBS debe haber sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

60. En caso de que se acredite el cumplimiento de estos requisitos, los agentes del SGSSS deben suministrar el servicio y tecnología de salud correspondiente con cargo a los recursos públicos asignados a la atención en salud. Asimismo, el cumplimiento de estos requisitos habilita al juez ordinario y constitucional a ordenar su suministro.

(iv) El suministro de servicios y tecnologías en salud en el régimen especial de seguridad social del magisterio

61. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 prescribe que las reglas del Sistema Integral de Seguridad Social no se aplican a los «regímenes especiales». Estos regímenes tienen como finalidad «conceder beneficios legales» y otorgar una mayor protección en seguridad social a grupos determinados de trabajadores.

62. Tal como lo indicó la Sentencia T-042 de 2020 «la existencia de los regímenes exceptuados, como lo es, el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no desconoce los principios constitucionales, en especial al de igualdad, siempre y cuando las normas que rigen a este mejoren las condiciones de sus miembros y no le sean desfavorables en relación con el régimen general».

63. El régimen de seguridad social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – es uno especial que se rige por sus propias reglas. De acuerdo con la Ley 91 de 1989, el FOMAG es una cuenta especial de la Nación, con independencia presupuestal, que tiene como fin garantizar la prestación de los servicios de salud que requieran los docentes del país y sus respectivos beneficiarios. El artículo 6.º de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, tienen la obligación de afiliarse al FOMAG para recibir los servicios de atención en salud. Actualmente, los recursos del FOMAG son administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A, Fiduprevisora, entidad que tiene la obligación de contratar las instituciones prestadoras de servicios o las uniones temporales que prestarán los servicios de atención en salud a los docentes afiliados y a sus beneficiarios. Este régimen especial cuenta con un Plan Integral de Salud que está contenido en el Acuerdo 04 de 2004.

64. El Anexo 1 al Plan Integral de Salud del magisterio, regula las reglas de cobertura y el plan de beneficios. Este Anexo prevé una regla general similar a la dispuesta en el artículo 15 de la LES según la cual «[t]odo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido».

65. La Constitución no permite que el régimen de salud del magisterio confiera «una cobertura inferior a la prestada a los afiliados del régimen general en salud». La Fiduprevisora tiene la obligación de actualizar la lista de exclusiones del régimen del magisterio y los contratos respectivos «de conformidad a la legislación y jurisprudencia

vigente en materia de salud». Considerando lo anterior y de conformidad con la opinión de los expertos, el examen denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk» se incluye en el PBS.

(v) El régimen especial de seguridad social en salud del magisterio. Cobertura del servicio de transporte

66. Tal como se explicó en líneas anteriores, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993.

67. En la Sentencia C-461 de 1995, esta corporación se pronunció sobre la constitucionalidad de la exclusión dispuesta en el artículo 279 de la mencionada ley. Al respecto, concluyó que, en materia de salud, los afiliados al citado fondo no cuentan con un catálogo de servicios mínimos a los que tengan derecho, pues ello es definido a través de los parámetros que fije el Consejo Directivo, de la situación de cada departamento del país y de la oferta de servicios que exista en cada región, atendiendo a lo pactado en el contrato que se suscriba con la respectiva empresa que preste los servicios en determinada región.

68. Debido a lo anterior, no es posible determinar qué servicios médico-asistenciales están cubiertos por este régimen. Sin embargo, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desarrolló la Guía del Usuario 2012-2016 con el objeto de dar a conocer a sus afiliados sus derechos mínimos en cuanto a servicios de salud. Esta fue actualizada por el Manual del Usuario 2017-2021. En lo que respecta el traslado de los pacientes, dicho documento establece que:

«Los traslados de los pacientes están a cargo del prestador y tiene el objetivo de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios y el acceso integral en todos los niveles de atención y se dan como consecuencia de las remisiones que haga el médico tratante del prestador.

Para los casos de servicios ambulatorios, que por indicación del médico tratante perteneciente a la red ofertada por el contratista no amerite traslado en ambulancia a otro municipio, éste se hará por medio de transporte terrestre, fluvial o aéreo suministrado por el contratista, ida y vuelta.

El contratista no asumirá los costos de traslados de pacientes en el caso de requerir servicios ambulatorios en los siguientes casos, salvo que el médico señale la necesidad de transporte en ambulancia dentro del municipio de origen.

Entre los municipios conurbados, las áreas metropolitanas y la capital; o cuando el costo del transporte sea menor o igual a un (1) salario mínimo legal diario vigente (SMLDV) por trayecto.

Para los afiliados en poblaciones dispersas se reconocerá el costo del transporte terrestre, fluvial o aéreo, incluso dentro del mismo municipio, para acudir a los servicios tanto básicos como especializados, cuando este transporte regularmente cueste más de un (1) salario mínimo diario, con el fin de suprimir dicha barrera de acceso a los servicios de salud.

En los casos de menores de quince (15) años o personas en alto grado de discapacidad, que requieran de la compañía de un familiar, el medio de transporte empleado para el acompañante será el mismo que se emplee para el paciente, conforme a las condiciones de seguridad del transporte a utilizar y el costo será asumido por la entidad.

Cuando un afiliado, por distancia o disponibilidad horaria de la oficina administrativa del contratista no pueda hacer el requerimiento del costo de transporte público colectivo con la debida anticipación tendrá derecho a solicitar posteriormente el reembolso de los gastos de transporte según el procedimiento establecido por la sociedad Fiduprevisora S.A.»

69. No obstante lo anterior, este tribunal también ha señalado que en aquellos casos en que se excluya algún beneficio de los planes de cobertura de los regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, como es el caso del régimen especial de salud del magisterio, por analogía, resultan aplicables las mismas reglas que permiten el suministro de servicios de salud no incluidos en el PBS.

70. Al referirse al tema, en la Sentencia T-680 de 2013 la Corte consideró que:

«(…) dichas reglas jurisprudenciales son aplicables a los regímenes de excepción contemplados en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, entre los cuales, se encuentra el de "los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en la medida en que la Corte ha asimilado el POS, al Plan de Beneficios y Coberturas. En efecto, por vía analógica,

la Corte ha sostenido que a los afiliados que pertenecen a los diversos regímenes exceptuados en materia de salud, habida cuenta que si requieren con necesidad un servicio y les es imposible costearlo directamente, es deber del prestador de salud extender excepcionalmente el plan de coberturas y beneficios en procura de garantizar el más alto nivel de salud y de calidad de vida que se le pueda prestar al afiliado o a sus beneficiarios».

71. En la Sentencia T-122 de 2021, esta corporación reiteró que «(…) una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de pagar los gastos de transporte intermunicipal y de estadía (incluidos su alojamiento y alimentación) –estos últimos si la persona debe permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita– que el usuario debe cubrir para acceder a un servicio o tecnología en salud ambulatorio (incluido en el plan de beneficios vigente) que requiere y que es prestado por fuera del municipio o ciudad donde está domiciliado. En la Sentencia SU-508 de 2020, la Sala Plena unificó las reglas sobre el suministro del servicio de transporte intermunicipal para pacientes ambulatorios, es decir, que no requieren hospitalización. Dicha providencia reiteró la jurisprudencia que ha establecido que, aunque el transporte no es una prestación médica en sí misma, es necesario para garantizar la faceta de accesibilidad del derecho fundamental a la salud, a la que se hizo referencia anteriormente, por lo que su falta de suministro se puede convertir en una barrera de acceso».

72. En conclusión, se entiende que el servicio de transporte dentro del régimen de salud del magisterio, corresponde a aquel que está incluido en el PBS cuando deba hacerse una remisión a otra ciudad.

(vi) El examen denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk»

73. El «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk», es un examen especializado que evalúa 48 genes asociados con el desarrollo del cáncer hereditario. Las entidades científicas que brindaron información sobre este examen coincidieron en que se trata de una prueba multigenética que proporciona un análisis exhaustivo de los genes relacionados con algunos tipos de cáncer hereditario.

74. De conformidad con la respuesta de la UT, la toma del panel para cáncer hereditario se procesa en el exterior y aclaró que, el examen myRisk «solo determina si los antecedentes familiares pueden determinar la predisposición de la paciente para padecer un cáncer, la

frecuencia de sus controles y exámenes de supervisión periódica» y añadió que «según cotización del laboratorio externo para el panel cáncer hereditario (…) el estudio molecular de enfermedades Myriad Mirys (panel 35 genes)» tiene un valor de $14.392.495.

75.En el mismo sentido, se pronunció Gencell Pharma, empresa oferente de la prueba mencionada y la representante en Colombia del laboratorio estadounidense Myriad Genetics que procesa el examen. Para Gencell, MyRisk es un examen genético que evalúa 48 genes relacionados con cáncer hereditario e incluye el análisis de RiskScore, la cual es una herramienta precisa que evalúa el riesgo al cáncer de mama.

76. Adicionalmente, el Fondo Colombiano de Enfermedades de Alto Costo explicó que «la prueba "MyRisk" es desarrollada por el laboratorio Myriad Genetics, de origen estadounidense, con una experiencia de más de 30 años en el diagnóstico genético y en medicina de precisión». Además, indicó que «actualmente, Myriad Genetics ofrece el panel de 48 genes para cáncer hereditario que mantiene los resultados operacionales anteriormente descritos (8). Sin embargo, no es el único laboratorio que realiza este tipo de pruebas genéticas. Entre los exámenes que usan una metodología similar se encuentran:

* Panel multigénico Centocancer: emplea la tecnología NGS para detectar 67 genes relacionados con diferentes tipos de cáncer hereditarios. Reporta una sensibilidad superior al 90% y una especificidad de más del 99%. Laboratorio Centogene, Alemania (13,14).

 Color Hereditary cáncer test: en colaboración con la Sociedad Americana de Cáncer, detecta 29 genes asociados con diferentes tipos de cáncer hereditario. Reporta una exactitud, sensibilidad, especificidad y valor predictivo positivo del 100%. Color Diagnostics, Estados Unidos (15).

 INSIGHTA: Panel genético de cáncer hereditario mediante un abordaje NGS, que analiza las regiones codificantes de 35 genes diseñado para identificar mutaciones de 8 tipos de cáncer. Su estudio de validez reporta una sensibilidad del 99,9% y una especificidad del 100%. Prenetics, China (16).

 A parte de las pruebas en panel, que son multigénicas, existen aquellas que son específicas para ciertos tipos de cáncer (por ejemplo, pruebas individuales para BRCA1 y BRCA2).

77. El Instituto Nacional de Cancerología indicó que «el examen denominado “panel para cáncer hereditario NGS (35genes) myRisk” en pacientes sin un diagnóstico previo de cáncer radica en identificar variantes genéticas patogénicas o probablemente patogénicas en genes asociados a la susceptibilidad al cáncer». Además, señaló que «los paneles NGS, como el “MyRisk ®” de 35 genes, diseñado por MYRIAD Genetics, permiten en un único análisis la evaluación de más de diez tipos de síndromes de cáncer hereditario, incluyendo los asociados a cáncer de mama, ovario, colorrectal, uterino, de piel, próstata, renal, entre otros».

78. La Asociación Colombiana de Hematología y Oncología señaló que «el estudio panel Hereditario Myrisk es un estudio de secuenciación genética (se extraen los genes de las células y se analizan mediante un proceso de lectura por medios bioinformáticos), siendo los genes, la manera en la cual las células almacenan la información que dicta el comportamiento y función de las células). Mediante esta prueba, se evalúan 48 genes relacionados con el riesgo de cáncer (Cáncer de seno, ovario, páncreas, colon, gástrico, entre otros), y esto permite determinar si en alguno de los genes evaluados existen mutaciones (instrucciones equivocadas) que llevan a que se incrementen el riesgo de presentar algún tipo de cáncer».

(vii) Precedente de la Sentencia SU-124 de 2018 que es relevante para el caso que nos ocupa

79. En la Sentencia SU-124 de 2018, la Sala Plena de la Corte Constitucional estudió la acción de tutela de una mujer en contra de su EPS por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social, debido a la negativa de la entidad de autorizar el examen de panel genético denominado CENTOCANCER, ordenado por el médico tratante al ser diagnosticada con “adenocarcinoma mamario”, bajo el argumento de que la prescripción clínica no fue adjuntada al aplicativo MIPRES.

80. En aquella oportunidad, a pesar de que se configuró una carencia actual de objeto por hecho superado, la Corte previno a la EPS para que prestara los servicios de salud que requiriera la accionante en relación con su patología oncológica. Además, exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social para que expidiera un acto administrativo en el que precisara los exámenes genéticos como el CENTOCANCER en la Clasificación Única de

Procedimientos en Salud –CUPS– y definiera su inclusión o no en el PBS.

81. El examen CENTOCANCER ordenado por el médico tratante a la accionante, es una prueba genética que busca identificar factores de riesgo asociados al cáncer de mama hereditario. Para las entidades y los expertos consultados por esta corporación, este procedimiento está incluido en el PBS y no requiere la gestión del aplicativo MIPRES para su autorización.

82. En relación con dicho examen genético, la Sala Plena advirtió que «(…) todos los expertos y autoridades públicas, coincidieron en que dicha prueba- "PANEL NGS PARA CANCER HEREDITARIO (NGS 25 GENES) O (MY RISK PANEL MULTIGÉNICO)- era equivalente al CENTOCANCER, por lo que, prima facie, podría estar incluida en el PBS y contar con financiamiento y compensación de la UPC».

83.Asimismo, se pronunció sobre la prioridad de la política pública en salud y la prevención y detección temprana del cáncer por los índices de diagnóstico y de muertes de las mujeres que lo padecen. Recalcó que la detección del cáncer en estadios tempranos permitiría reducir la morbilidad y se extendería a promocionar una vida saludable.

Caso concreto

84. A Verónica, luego de tener una consulta con su médico mastólogo por un dolor en la región axilar derecha que se desplazaba hasta el brazo, le fue ordenado un examen denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk», porque según sus antecedentes familiares se encuentra en riesgo de desarrollar el síndrome de cáncer hereditario. La UT que le presta servicios de salud, por ser beneficiaria de su esposo docente, le negó el examen, bajo el argumento que es una prueba que se realiza en el exterior y por tanto la entidad no la practica.

85. Con el fin de determinar si la negativa de la UT vulneró los derechos fundamentales de la actora, la Sala hace una recapitulación de los hechos probados.

86. La señora Verónica tiene 56 años, es beneficiaria del régimen de salud del magisterio, su esposo es docente y ella se dedica a las labores del hogar. Desde hace más de un año padece de un dolor que le empezó en la axila derecha y, actualmente, presenta un dolor

abdominal.

87. Su familia por parte materna desarrolló el síndrome de predisposición hereditaria de cáncer y tanto su hermana como una prima murieron de cáncer de seno; su mamá murió de cáncer de ovario; su otra hermana, de cáncer en la sangre y, hoy en día, a su prima le diagnosticaron cáncer de seno. Teniendo en cuenta este antecedente catastrófico, el médico especialista en cirugía oncológica/mastología le ordenó un examen genético con el fin de determinar si ella tiene una predisposición a desarrollar este síndrome de cáncer hereditario.

88. A pesar de la premura con la que necesita el examen y de las varias veces que la accionante acudió a la UT accionada para solicitar la autorización, aquella no realizó la prueba requerida. Como consecuencia de lo anterior, la actora pidió apoyo a la Personería Municipal de Valledupar, la cual solicitó a la UT que le realizara el examen médico a la accionante.

89. El 14 de agosto de 2023, la entidad demandada dio respuesta al ministerio público y comunicó a la accionante que no era posible realizarle el examen especializado porque este tipo de pruebas deben hacerse por fuera del país, y está expresamente excluido del plan de beneficios de la Fiduprevisora y del PBS.

90. Esta Sala evidencia que la negativa de realizar el examen requerido por el médico tratante de la señora Verónica vulnera el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico. Esto porque la UT impidió que la accionante conociera, con certeza, su estado de salud con el agravante de los antecedentes genéticos de su núcleo familiar, su evolución, las consecuencias de la enfermedad- si se determina la existencia de alguna- y el tratamiento oportuno.

91. Tal como se dijo en líneas anteriores, la accionante necesita que la entidad accionada le autorice y realice el estudio molecular de genes para definir el riesgo en el que se encuentra y, puntualmente, el examen ordenado por su médico especialista en cirugía oncológica/ mastología denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk». De las respuestas allegadas en sede de revisión, esta Sala advierte que existen varios tipos de exámenes en Colombia para detectar una predisposición al cáncer hereditario, sin embargo, el estudio que prescribió el galeno es el molecular de genes. La Sala encuentra que los laboratorios que procesan estas pruebas se encuentran en el exterior (Alemania, Estados

Unidos y China); sin embargo, en el PBS están incluidos los estudios moleculares de genes específicos bajo el código 908420. Sobre el particular, el Instituto Nacional de Cancerología afirmó que «diversos laboratorios disponen de la tecnología NGS y pueden realizar paneles de genes adaptados a las necesidades específicas del paciente, bajo la guía de médicos especialistas en genética, biología molecular y bioinformática. (…) La tecnología NGS es ampliamente utilizada en Colombia, con equipos de diversas compañías como Illumina, Roche, o MGI. Aunque todas estas tecnologías pertenecen al ámbito del NGS, sus rendimientos pueden variar en función de las características específicas de cada tecnología, los genes que se estudian, y otros factores técnicos».

92. En línea con lo anterior, la experta en salud Diana Isabel Cárdenas Gamboa, invitada a rendir concepto técnico en la presente acción de tutela, manifestó que «a partir de 2022, el sistema general de seguridad social a través de la resolución 2291 (sic) en el principio de integralidad actualizó los servicios y tecnologías que se financia con la unidad de pago por capitación. En dicho documento regulatorio se incluyeron en los anexos, procedimientos de diagnóstico que permiten evaluar mutaciones genéticas. Los códigos CUPS incluidos son entre otros: 908420 estudios moleculares de genes, 908424 estudios moleculares de mutación, entre otros», lo que corrobora que este examen está incluido en el PBS y por tanto no es de recibo el argumento de la UT mediante el cual niega dicha prueba, con base en que es un examen que no se hace en Colombia si no en el exterior y por tanto está excluido del PBS.

93. Asimismo, desde la Sentencia SU-124 de 2018, la Corte Constitucional advirtió que «este tipo de exámenes se encuentra incluido en el código usado en la orden suscrita por el médico tratante [908412], por lo que dicho servicio debía ser prestado con fundamento en el mecanismo colectivo de protección». Asimismo, en la Sentencia T-050 de 2023, esta corporación observó que «la Carta Política y la ley prohíben que servicios y tecnologías en salud, que formen parte del Plan de Beneficios en Salud (PBS), sean excluidos de cobertura en el régimen del Magisterio». Adicionalmente, en esta decisión, la Corte estableció que «[c]onforme a la jurisprudencia constitucional reiterada, los regímenes especiales de seguridad social deben otorgar un “nivel de protección igual o superior” al del régimen general. En este sentido, no es posible que los regímenes especiales excluyan de la cobertura servicios y tecnologías en salud que, conforme al régimen general, forman parte del PBS. Lo anterior, a menos de que dispongan de otras prestaciones adicionales que

“compensen la desigualdad frente al sistema general de seguridad social”. Esto no supone equiparar el sistema de cobertura general con el sistema de cobertura de los regímenes especiales. Únicamente implica que el régimen general constituye un piso o mínimo de protección social».

94. Adicionalmente, es de suma relevancia poner de presente que las afirmaciones de las entidades y los expertos invitados por la Corte Constitucional al trámite de la acción no fueron controvertidas por la UT durante el traslado probatorio. Lo anterior, refuerza la idea de que el examen molecular está incluido en el PBS y corresponde al CUPS 908420.

95. Aunado a lo anterior, para la Sala es claro que la UT está evadiendo su responsabilidad de garantizar el derecho a la salud de la accionante, pues según la más reciente resolución del Ministerio de Salud y Protección Social, la 2366 de 2023, los estudios moleculares de genes específicos se encuentran enlistados en el Anexo 3, correspondiente a los procedimientos de laboratorio clínico financiados con recursos de la UPC, específicamente en el código 908420, y tal como se expuso en líneas anteriores, todo lo que no esté expresamente excluido del PBS, se entiende incluido. Aun tratándose de regímenes exceptuados, como en este caso el que corresponde al FOMAG.

96. De esta forma, el actuar de la UT impidió que la demandante tuviera un diagnóstico oportuno y eficaz por lo que, a hoy, desconoce si está en riesgo de desarrollar el síndrome de predisposición hereditaria de cáncer, debido a su historia familiar y a la sintomatología que viene manifestando. Lo que demuestra que la señora Verónica vio interrumpido, por trabas administrativas, su derecho a recibir el servicio de salud de manera continua. Esta situación generó que la accionante tenga dudas sobre su estado de salud y en la obtención de un resultado oportuno que conlleve a un tratamiento adecuado.

98. Adicionalmente, para la Sala no es de recibo que la accionada se haya negado o haya omitido ordenar el examen u otro equivalente que permitiera dar un diagnóstico oportuno teniendo en cuenta sus antecedentes familiares. Además de esto, el Ministerio de Salud, desde 2021, expidió la Resolución 2292 en la cual se incluyeron los CUPS para estudios moleculares de genes. Igualmente, la Sala no comparte los argumentos de la UT para negar el examen, entre los cuales el hecho que a la accionante no le han diagnosticado ningún tipo de cáncer. Esta Sala debe reprochar que una entidad que presta servicios de salud a los

maestros y a sus familiares no tenga en cuenta que la prevención y/o un diagnóstico temprano -sobre todo en enfermedades catastróficas como el cáncer- puede salvar vidas.

99. Finalmente, sobre la pretensión de que se ordene a la UT que asuma los costos necesarios para llevar a cabo el procedimiento, incluido los viáticos, no procede en este caso por las dos razones. Primero, porque no hay indicación del médico tratante que amerite transporte, alojamiento y alimentación. Y segundo, porque el examen que debe realizar la UT a la señora Verónica consiste en una toma de sangre que posteriormente será enviada al laboratorio correspondiente y para esto, no es necesario que la UT cubra los costos de transporte y viáticos, pues la paciente no se debe desplazar.

100. Para reforzar esta idea, la Sala entiende que los laboratorios que procesan este tipo de examen se encuentran en el exterior y que en Colombia la tecnología NGS es ampliamente utilizada por compañías como Illumina, Roche, o MGI. Sin embargo, la muestra de sangre se toma en Colombia y posteriormente se envía a uno de los laboratorios. Por ejemplo, en Estados Unidos, el laboratorio de Myriad Genetics procesa el resultado y Gencell Pharma, que es su representante en Colombia, ofrece la prueba y la recauda. Así las cosas, al ser Gencell Pharma, la empresa oferente de la prueba en el país, se descarta la exclusión especial consistente en que el examen deba realizarse en el exterior. Por tanto, la pretensión de la actora de que la UT asuma los costos necesarios para llevar a cabo el procedimiento, incluido los viáticos, no procede.

Órdenes por proferir

101. La Sala ordenará a la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal Cub o quien hagas sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, autorice y realice el examen denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk», de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

102. Asimismo, la Sala prevendrá a la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal o quien hagas sus veces para que se abstenga, en el futuro, de incurrir en acciones u omisiones que puedan perjudicar o poner en riesgo la salud de los pacientes, especialmente en el caso de exámenes diagnósticos, por no atender el régimen de inclusiones y exclusiones aplicable en el régimen de salud exceptuado del magisterio.

103. Finalmente, la Sala ordenará a la Personería Municipal de Valledupar que, de acuerdo con sus competencias legales y constitucionales, brinde acompañamiento a la accionante en aras de verificar que la orden final a tomar sea cumplida.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 1.º de septiembre de 2023 por el Juzgado 3.º Civil Municipal de Valledupar, en el trámite de la acción de tutela promovido por el personero municipal de Valledupar, en representación de Verónica, contra la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal Cub, que negó el amparo invocado. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal Cub o quien hagas sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, autorice y realice el examen denominado «panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk», de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- PREVENIR a la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal para que se abstenga, en el futuro, de incurrir en acciones u omisiones que puedan perjudicar o poner en riesgo la salud de los pacientes, especialmente en el caso de exámenes diagnósticos, por no atender el régimen de inclusiones y exclusiones aplicable en el régimen de salud exceptuado del magisterio.

CUARTO.- ORDENAR a la Personería Municipal de Valledupar que, de acuerdo con sus competencias legales y constitucionales, brinde acompañamiento a la accionante en aras de verificar que la orden final a tomar sea cumplida.

QUINTO.- Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

Magistrado

Aclaración de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

A LA SENTENCIA T-353/24

Referencia: expediente T-9.781.438

Acción de tutela interpuesta por el personero municipal de Valledupar, en nombre de Cleotilde Fonseca Caro, en contra de la Unión Temporal UT Red Integrada FOSCAL – CUB

Asunto: exclusiones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en el régimen especial en salud del magisterio

Magistrado sustanciador:

Juan Carlos Cortés González

1. 1. La sentencia T-353 de 2024 resolvió "CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante". En consecuencia, se ordenó a la Unión

Temporal UT Red Integrada FOSCAL – CUB, o quien hagas sus veces, autorizar y realizar el examen denominado “panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk”. Asimismo, previno a la Unión Temporal UT Red Integrada FOSCAL – CUB para que, en adelante, se abstenga de incurrir en acciones u omisiones que puedan poner en riesgo la salud de los pacientes, especialmente en lo relacionado con exámenes diagnósticos, al no atender el régimen de inclusiones y exclusiones aplicable al régimen de salud del Magisterio. Finalmente, ordenó a la Personería Municipal de Valledupar que, dentro de sus competencias legales y constitucionales, acompañe a la accionante para verificar el cumplimiento de la orden emitida.

2. Acompañé esta decisión al existir condiciones que justifican la intervención del juez constitucional para proteger los derechos fundamentales de la accionante. La Unión Temporal UT Red Integrada FOSCAL – CUB le negó la autorización y práctica del examen “panel para cáncer hereditario NGS (35 genes) myRisk”, argumentando que dicho examen no estaba incluido en el régimen especial de salud del Magisterio debido a que este se procesa en el exterior, aunque el médico tratante, especialista en cirugía oncológica y mastología, le ordenó el estudio molecular de genes para evaluar su riesgo.

3. Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala de Revisión, aclaré mi voto para destacar que la problemática sobre la codificación y la inclusión de las pruebas genéticas y, la consiguiente falta de claridad en su cobertura, es la explicación que se mantiene subyacente a la negación del servicio en estos casos y que se traduce en el desconocimiento del derecho fundamental a la salud. De hecho, durante este trámite de tutela la Sala evidenció esta situación.

4. En este sentido la Sentencia T-353 de 2024 hizo alusión a la Sentencia SU-124 de 2018. Al respecto, en esta oportunidad, la Sala debió referirse expresamente a la persistencia de la problemática identificada por esta corporación en 2018, con el fin de precisar el alcance del reproche que la Sala realizó en esta ocasión, el cual subyace a la negación del servicio en favor de la accionante.

5. La Corte Constitucional en la mencionada decisión, revisó el caso de una mujer diagnosticada con “adenocarcinoma mamario”, para quien su médico recomendó la prueba genética “Panel Multigénico CENTOCANCER 31 genes Código 908412 PBS”, destinada a

detectar mutaciones BRCA1 y BRCA2 debido a su alto riesgo de cáncer hereditario. Sin embargo, la EPS accionada negó la autorización para realizar la prueba específica, lo que llevó a la paciente a presentar la acción de tutela. En esa oportunidad, la Sentencia SU-124 concluyó que el examen ordenado a la paciente estaba efectivamente incluido en el Plan de Beneficios de Salud (PBS) bajo el código 908412, conforme a la Resolución 5521 de 2013. Sin embargo, la EPS ignoró esta inclusión y sometió a la paciente a un procedimiento administrativo inapropiado utilizando la plataforma MIPRES, innecesario para aprobar un examen ya cubierto por el PBS. La Sala Plena señaló que esta actuación fue negligente y evidenció un “completo desprecio por la salud y la integridad física de la actora”, al imponerle trámites innecesarios y dilatorios que generaron incertidumbre y riesgo de complicaciones médicas irreparables.

6. En esa oportunidad, la Corte observó que la confusión en la identificación y clasificación de procedimientos en el sistema de Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS), especialmente en relación con pruebas genéticas, afecta la claridad y certeza necesarias para garantizar la cobertura de estos servicios dent