

Sentencia T-439/18

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Suministro de medicamentos y elementos esenciales para sobrellevar un padecimiento o enfermedad que afecte la calidad y la dignidad de la vida

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Mecanismo que se ejerce ante la Superintendencia de Salud debe analizarse en cada caso, por lo que el juez de tutela no puede declarar la improcedencia de la acción de tutela automáticamente

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

La concepción del derecho a la salud ha tenido un desarrollo jurisprudencial y legislativo que ha llevado a categorizarlo como un derecho fundamental autónomo; pues anteriormente, para ser protegido era necesario que tuviera una relación de conexidad con otros derechos fundamentales reconocidos como tales para ese momento

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN MATERIA DE SALUD PREVISTO EN LA LEY 1751/15

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

Puede entenderse que este principio aplica en dos circunstancias diferentes: (i) la primera de ellas, cuando se busca garantizar la prestación de servicios y tecnologías necesarias para que una persona logre superar sus afecciones y, (ii) la segunda, cuando se pretende ofrecer las condiciones necesarias para que la persona pueda sobrellevar la enfermedad, garantizando su integridad física y personal y su dignidad humana

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Hecho superado y daño consumado

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

AUTORIZACION DE SERVICIOS E INSUMOS RECLAMADOS SIN ORDENES MEDICAS-Cuando se configura un hecho notorio

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Requisitos

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Se ordena a EPS la continuidad en la entrega del suplemento nutricional

Referencia: Expediente T-6.831.874

Acción de tutela interpuesta por Wilfredo Reyes Motta, como agente oficioso de la señora Noris Esquivia Ariza, contra la Nueva E.P.S. y Linde Remeo de Cartagena – Bolívar.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

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

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos el catorce (14) de febrero de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena-Bolívar, en primera instancia, y del veintitrés (23) de marzo del mismo año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Penal de Decisión, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Wilfredo Reyes Motta, como agente oficioso de su madre Noris Esquivia Ariza, contra la Nueva E.P.S. y Linde Remeo de Cartagena.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia[1]. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. De los hechos y la demanda

1.1. El señor Wilfredo Reyes Motta interpuso la acción de tutela como agente oficioso de su madre Noris Esquivia Ariza, por considerar que se le habían vulnerado sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida, la salud, la seguridad social y la igualdad. Lo anterior, por cuanto la Nueva E.P.S. y el Centro Médico Linde Remeo se habían negado a suministrar el suplemento nutricional “Glucerna SR”, la crema humectante “Lubriderm” y el enjuague bucal “Clorhexidina”, requeridos para garantizar un adecuado cuidado del estado de salud de la agenciada.

1.2. El agente oficioso indicó que su madre tiene 79 años de edad, se encuentra afiliada al régimen contributivo y está en estado de coma. Manifestó que desde niña siempre ha sufrido complicaciones de salud y, por tanto, ha tenido diferentes diagnósticos médicos. En la historia clínica que obra en el expediente[2] se indica que la señora fue

diagnosticada con “dislipidemia mixta severa, agorafobia permanente, trastorno afectivo bipolar, cáncer de mama, artrosis en caderas y rodillas, osteoporosis, accidente cerebrovascular, cardiopatía isquémica y glaucoma en los dos ojos”. Actualmente se le está suministrando el servicio de “homecare” (cuidado en casa) y se encuentra intervenida con “traqueostomía”[3] y “gastrostomía”[4].

1.3. Agregó que fue determinado, tanto por un endocrinólogo como por un nutricionista, que la señora tiene un alto grado de desnutrición proteico-calórica[5]. Por ese motivo, comenzaron a suministrarle diferentes tipos de complementos alimenticios, los cuales generaron un aumento en el nivel de azúcar, lo que llevó a la necesidad de aplicarle insulina en cantidades considerables. Como consecuencia de lo anterior, los dos médicos tratantes decidieron suministrarle el suplemento nutricional denominado “Glucerna SR” y ordenar el medicamento “Sitagliptina”, los cuales garantizaban que no se le continuaran incrementando los niveles de azúcar en el organismo y les permitió suspender la aplicación de la insulina.

1.4. Indicó que, antes del ingreso de su madre a la Clínica Blas de Lezo, venía recibiendo los siguientes medicamentos e insumos: (i) Diovan, para tratar la hipertensión; (ii) Sitagliptina, para la diabetes; (iii) Lipitor de 40 miligramos, para la dislipidemia mixta severa; y (iv) Glucerna SR, para la desnutrición.[6] Señaló que al momento de comenzar a ser atendida en dicha Clínica, el agente oficioso advirtió a los médicos los medicamentos e insumos que se le venía suministrando a su madre para tratar sus diferentes enfermedades, para que se le continuara su tratamiento sin ninguna alteración.

Relató que, a pesar de haber precisado lo anterior, el 19 de octubre de 2016 los médicos tomaron la decisión de suspender el suministro de dichos medicamentos por considerar que no eran necesarios y, en su reemplazo, le empezaron a alimentar con otro suplemento llamado “Glytrol”. Los cambios antedichos tuvieron como resultado la pérdida total de la vista de la señora por un incremento en los niveles de azúcar.[7]

1.5. Mencionó que el señor Lacides Estremor Valiente, médico tratante de Linde Remeo, refirió haber solicitado a la E.P.S. realizar el cambio del alimento de “Glytrol” a “Glucerna SR”; petición que le fue presuntamente negada. Por tal motivo, el accionante se dirigió ante la Nueva E.P.S. para requerir el cambio aludido, quienes le indicaron que era

necesario contar con una orden médica para realizar la autorización. Sin embargo, adujo que el médico se negó a entregar la orden para tal efecto.[8]

1.6. Manifestó que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar sus gastos y los de su madre, pues ha estado incapacitado por psiquiatría.[9]

1.7. Allegó a la tutela como prueba la Escala de Barthel[10], con la que se determinó que su madre tiene un grado de dependencia total para comer, lavarse, vestirse, arreglarse, hacer deposiciones, usar el retrete, trasladarse, deambular, subir escalones, etc. Señaló que dicha realidad ha implicado que a su madre la bañen y le atiendan sus necesidades fisiológicas desde su cama. Ello ha generado la necesidad del uso de pañales desechables, pañitos húmedos, crema de lubricación para evitar escaras y enjuague bucal por la traqueostomía.[11]

1.8. Con fundamento en lo expuesto, el agente oficioso solicitó la protección de los derechos fundamentales invocados y que, como consecuencia, se ordenara al accionado la entrega urgente de la “Glucerna SR”, la crema humectante “Lubriderm” y el enjuague bucal medicado “Clorhexidina”, al no tener la capacidad económica para comprarlos.

2. Traslado y contestación de la demanda

2.1. Admisión y decreto de medida provisional

Mediante auto del 31 de enero de 2017, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena – Bolívar admitió la tutela y corrió traslado a la Nueva E.P.S. y Linde Remeo de Cartagena, para que en el término de dos (2) días contados a partir del recibo de la notificación, se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones de la tutela y que remitieran reproducción fotostática que fundamentara la información proporcionada. Asimismo, decretó como medida provisional ordenar a la Nueva E.P.S. y Linde Remeo suministrar, en un término no inferior a 24 horas, el alimento “Glucerna SR” por su urgencia manifiesta y por encontrarse ordenado por el médico tratante. No accedió a las demás productos solicitados como medida provisional, por ser un asunto que debía ser resuelto en la sentencia de tutela.

El señor Wilfredo Reyes Motta presentó una insistencia para que se ordenara el suministro

de la crema humectante y el enjuague bucal como medida provisional; solicitud que no fue acogida.

2.2. Respuestas de las entidades accionadas

Regina Cecilia Rodgers Guzmán, en su calidad de apoderada judicial de la Nueva E.P.S. S.A., solicitó (i) de manera principal, que se declarara la improcedencia de la acción de tutela por no existir una vulneración de los derechos fundamentales invocados por el agente oficioso; y (ii) subsidiariamente, que se denegaran las peticiones relacionadas con la entrega de crema humectante y el enjuague bucal medicado, por ser insumos excluidos del PBS y, en caso de que el despacho judicial concediera la tutela y les ordenara cubrir el costo de la prestación solicitada, se le reconociera el derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA (hoy ADRES), por el 100% de los valores asumidos por la Nueva E.P.S.[12]

En primera medida, destacó que la agenciada se encuentra afiliada al régimen contributivo.

Indicó que el agente oficioso anexó a la tutela instaurada las prescripciones médicas que ordenaban el suministro del suplemento nutricional “Glucerna SR”, las cuales calificaron válidas y recientes. No obstante, advirtió que no aportó prueba idónea y convincente que demostrara que la Nueva E.P.S. haya negado la entrega de referido insumo; por ese motivo, la E.P.S. adelantó un proceso de revisión y validación del presente caso.

Ahora bien, respecto de la crema humectante “Lubriderm” y el enjuague bucal medicado “Clorhexidina”, aseveró que son aditamentos de uso personal que se encuentran excluidos del PBS. Hizo alusión a la sentencia T-154 de 2014[13] de la Corte Constitucional, en la que se estableció una regla general, según la cual una persona que necesite de un servicio, procedimiento o medicamento que no se encuentre incluido dentro del PBS deberá “obtenerlo por su propia cuenta y asumir su costo”, con el fin de proteger la sostenibilidad económica del sistema de salud.[14]

Adujo que la falta de suministro de dichos aditamentos de uso personal no pone en “peligro inminente” a la agenciada, ni vulnera sus derechos a la vida e integridad personal.[15]

Explicó que esos insumos no pueden ser sustituidos por otros que estén incluidos en el PBS, por cuanto los primeros no hacen parte del plan aludido, y afirmó que, a su criterio, la interesada está en capacidad para “costear” la crema y el enjuague, por pertenecer al

régimen contributivo.

Resaltó que la señora sólo cuenta con orden médica para la entrega de la “Glucerna SR”, mas no para los otros dos productos de aseo personal que reclama que sean entregados. Pidió que lo anterior fuera tenido en cuenta por el juez de tutela al momento de tomar una decisión para que, de esa manera, se eviten gastos innecesarios al sistema de salud y no se permita un aprovechamiento personal del accionante.[16] Adujo que la Corte Constitucional definió en la sentencia T-760 de 2008[17] que los recursos del sistema de salud son finitos y, por ende, los mismos deben estar destinados a prestar los servicios debidamente ordenados por los médicos tratantes, no siendo conveniente ordenes de autorización de servicios eventuales.[18]

Para finalizar, señaló que la tutela incoada no era procedente por no existir una vulneración de los derechos fundamentales invocados; habida consideración que la Nueva E.P.S. siempre ha actuado dentro del marco establecido en la Ley.

2.2.2. Linde Remeo

Dentro del término otorgado a Linde Remeo para pronunciarse frente a los hechos y pretensiones de la presente tutela, la entidad accionada guardó silencio.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Primera instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena – Bolívar, mediante sentencia del 14 de febrero de 2018, resolvió: (i) tutelar los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora Noris Esquivia Ariza; (ii) ordenar a la Nueva E.P.S. que en el término concedido suministrara a favor de la señora el “Glucerna SR”, en la cantidad y condiciones prescritas por el médico tratante, y se le entregara crema antipañalitis o humectante para el cuerpo; y (iii) ordenar al médico tratante de Linde Remeo, por ser la entidad que se encuentra suministrado el servicio de “homecare”, que conceptuara respecto de la necesidad de la paciente de usar el enjuague bucal medicado y, en caso afirmativo, que la Nueva E.P.S. hiciera entrega de dicho insumo, en las cantidades y especificaciones indicadas por el galeno.

Precisó que la agenciada es un sujeto de especial protección constitucional por ser una mujer mayor de edad (79 años). Ello hace que tenga derecho a una protección reforzada en salud y que el Estado tenga la responsabilidad de garantizarle un servicio integral. Se refirió al principio de integralidad en la prestación del servicio, resaltando que este ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en dos perspectivas, de las cuales una es aplicable al caso de la señora Noris Esquivia Ariza. Dicha perspectiva es la que establece que este principio busca garantizar todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud y que se deberá asegurar que la protección sea integral respecto de lo que sea necesario para atender el estado de salud del paciente.[19]

Señaló que, a pesar de que algunos medicamentos, tratamientos, procedimientos y servicios se encuentran excluidos del PBS por su alto costo, estos deberán ser autorizados y cubiertos por el Estado cuando: (i) su falta pueda vulnerar el derecho a la vida e integridad personal; (ii) estos no puedan ser sustituidos por otros que se encuentren incluidos en el plan obligatorio; (iii) el interesado no pueda costearlos directamente y no pueda acceder a ellos por otro plan que lo beneficie; y (iv) haya una orden proferida por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación. Para el juez, estos requisitos fueron cumplidos en el caso sub judice.[20]

Agregó que, si bien la accionada señaló la falta de prueba por parte del accionante respecto de la negativa a suministrar el suplemento nutricional, esta entidad tampoco allegó al expediente una prueba de que efectivamente se haya suministrado. En este mismo sentido, estimó como prueba suficiente de la falta de capacidad de pago del agente oficioso el hecho de que la parte accionada no se haya pronunciado en contrario.[21]

Consideró que para el caso sub examine eran aplicables las reflexiones hechas por la Corte Constitucional respecto a la consecución de pañales desechables ante las EPS, por tratarse de un problema de afectación a la vida en condiciones dignas, y que la inexistencia de una orden médica no era razón suficiente para negar el servicio.[22]

3.2. Impugnación

3.2.1. La decisión adoptada por el a quo fue impugnada por la Nueva E.P.S. el 19 de febrero de 2018, trayendo a colación los mismos argumentos expuestos en la contestación a la tutela. Allí se reiteró que a pesar de que reconoció la validez de las órdenes emitidas por el

médico tratante respecto de la “Glucerna SR”, señaló que no fue probado por parte del accionante la negativa de la E.P.S. a suministrar el referido suplemento. Respecto del suministro de la crema humectante y el enjuague bucal, adujo que aquellos no habían sido prescritos mediante orden médica y que, por estar excluidos del Plan de Beneficios en Salud, debían ser adquiridos directamente por el interesado. Finalizó su oposición a la sentencia de primera instancia manifestando que la señora se encuentra afiliada al régimen contributivo[23] y que las actuaciones de la E.P.S. siempre se han encontrado dentro del marco establecido por la ley.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se revocara el fallo judicial y, en su lugar, se declarara la improcedencia de la acción de tutela por no existir una vulneración de los derechos invocados.

3.2.2. Con posterioridad a la presentación de la impugnación, el 28 de febrero de 2018, la misma accionada allegó un soporte de cumplimiento de la sentencia de primera instancia. En el referido memorial se anexó prueba de (i) las órdenes emitidas por el médico tratante, para los días comprendidos entre el 22 de febrero hasta el 2 de mayo de 2018, relacionadas con el suministro de la crema humectante y enjuague bucal solicitados por el accionante; y (ii) las autorizaciones de ambos insumos recibidas por el usuario, emitidas por la EPS.

3.3. Sentencia de segunda instancia

Se señaló que: “(...) un miembro del despacho de la Magistrada Sustanciadora se comunicó vía telefónica con el señor Reyes Motta, para que se refiriera a la veracidad de lo declarado por la demandada, y además, indicara si el suplemento alimenticio se le estaba entregando a su madre. En ese escenario, el agente oficioso manifestó que, ciertamente, la entidad había entregado los medicamentos durante los meses de febrero y marzo, de modo que, hasta el momento, su madre está recibiendo los insumos necesarios.”[24]

Con fundamento en lo anterior, el ad quem concluyó que había desaparecido la amenaza o vulneración de los derechos invocados, lo que hacía que la acción de tutela careciera de objeto.

4. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Información allegada por el señor Wilfredo Reyes Motta (agente oficioso):

- Copia de la demanda para el archivo del juzgado.
- Fotos de su madre Noris Esquivia Ariza tendientes a evidenciar la gravedad de su estado de salud y la indefensión en que se encuentra.
- Copia de la Escala de Barthel.
- Copia de la historia clínica de la agenciada.
- Copia del documento de evolución diaria expedido por la Junta Médica realizada por la Clínica Blas de Lezo.
- Copia de la fórmula médica de la anterior IPS, Innovar Salud, tendiente a probar el suplemento alimenticio que se le venía dando.
- Copia del certificado en el que se establece que el suplemento alimenticio “Glucerna SR” es el único que tolera la paciente, emitido por el señor Yesid Berbén Cantero, médico internista de la Clínica Blas de Lezo.
- Copia de la fórmula médica emitida por la Clínica Blas de Lezo que certifica y confirma que el único alimento dado a la paciente es “Glucerna SR”.
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Noris Esquivia Ariza.
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Wilfredo Reyes Motta.

4.2. Información allegada por la señora Regina Cecilia Rodgers Guzmán, como apoderada judicial de la Nueva E.P.S. (accionada):

- Copia de la receta médica del “Glucerna SR”, expedida por la Clínica Blas de Lezo.
- Poder general otorgado a la señora Danorela Montanine Valderrama Lobo, como representante legal de la Nueva E.P.S.
- Certificado de existencia y representación de la Nueva E.P.S.

- Copia de órdenes médicas de la crema humectante “Lubriderm Extrahumectante” y del enjuague bucal medicado “Clorhexidina Digluconato”.
- Copia de autorizaciones de la crema humectante “Lubriderm Extrahumectante” y del enjuague bucal medicado “Clorhexidina Digluconato”, recibidas por el usuario.

5. Actuaciones adelantadas en Sede de Revisión

5.1. Solicitud de revisión de tutela

El 10 de agosto de 2018, la Secretaría General de esta Corporación recibió un escrito del 9 de mayo del año en curso firmado por el señor Wilfredo Reyes Motta, “por medio del cual solicita la revisión con urgencia de la tutela de la referencia”[25].

En la petición, el agente oficioso aclaró que, a pesar de ser cierto que la Nueva E.P.S. le entregó los insumos solicitados durante los meses de febrero y marzo, a partir del mes de abril suspendió la entrega del suplemento nutricional, la crema hidratante y el enjuague bucal medicado.

Indicó que se dirigió a la E.P.S. para preguntar si se le iba a continuar entregando lo solicitado en la acción de tutela y llevó copia del fallo de segunda instancia. A lo anterior recibió una respuesta negativa por parte de la Nueva E.P.S. Asimismo, señaló que le dijeron que la tutela “no tenía valor alguno”[26] y que a partir del mes de mayo no podía volver a reclamar los aditamentos pretendidos, toda vez que el juez de segunda instancia había declarado improcedente la acción de tutela.

Agregó que los funcionarios de la entidad accionada “rompieron” las órdenes originales de la “Glucerna SR”, de la crema “Lubriderm” y del enjuague bucal “Clorhexidina”; con fundamento en lo determinado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.[27]

Con base en lo expuesto, solicitó que la acción de tutela fuera revisada con urgencia por la Corte Constitucional, habida cuenta que su madre se encuentra totalmente desprotegida por no contar con los insumos necesarios para cuidar su estado de salud.[28]

5.2. Auto de Pruebas

Mediante Auto del 15 de agosto de 2018, la Magistrada Sustanciadora dispuso que, a través de la Secretaría General de esta Corporación, se le requiriera a las partes para que allegaran la siguiente información:

RESUELVE

PRIMERO-. Por intermedio de la Secretaría General, ORDENAR a la Nueva E.P.S. y a su apoderada judicial, Regina Cecilia Rodgers Guzmán, que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, remita los elementos materiales probatorios relacionados con la entrega de los insumos pretendidos en el caso objeto de estudio y por tanto:

(i) Informen si el suplemento alimenticio “Glucerna SR” ha seguido siendo autorizado y entregado, desde mayo de 2018, para su uso por parte de la señora Noris Esquivia Ariza y en qué cantidad y especificaciones.

(ii) Informe si la crema hidratante para el cuerpo “Lubriderm Extrahumectante” ha seguido siendo autorizada y entregada, desde mayo de 2018, así como también indique la cantidad y especificaciones.

(iii) Informe si el enjuague bucal medicado “Clorhexidina Digluconato” ha seguido siendo autorizado y entregado, desde mayo de 2019, para el uso de la agenciada, sus cantidades y especificaciones.

(iv) Remitan copia de las órdenes médicas expedidas, con posterioridad al 2 de mayo de 2018, para los tres insumos mencionados en los anteriores numerales.

(v) Remitan a la Corte Constitucional cualquier otra información que considere pertinente.

SEGUNDO-. Por intermedio de la Secretaría General, ORDENAR a Linde Remeo y al médico tratante, Lacides Estremor Valiente, que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, alleguen la siguiente información:

(i) Remitan copia de las órdenes que se han emitido con posterioridad al 2 de mayo de 2018, tendientes al suministro del suplemento alimenticio “Glucerna SR”.

(ii) Remitan copia de las órdenes que se han emitido con posterioridad al 2 de mayo de 2018, tendientes al suministro de la crema hidratante para el cuerpo “Lubriderm Extrahumectante”.

(iii) Remitan copia de las órdenes que se han emitido con posterioridad al 2 de mayo de 2018, tendientes al suministro del enjuague bucal medicado “Clorhexidina Digluconato”.

(iv) Remitan a la Corte Constitucional cualquier otra información que considere pertinente.

TERCERO-. Por intermedio de la Secretaría General, ORDENAR al señor Wilfredo Reyes Motta, agente oficioso de la señora Noris Esquivia Ariza, que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, responda las siguientes preguntas en relación con las pretensiones del caso objeto estudio:

(i) Indique si se le ha continuado ordenando la entrega del suplemento alimenticio “Glucerna SR”, la crema hidratante para el cuerpo “Lubriderm Extrahumectante” y el enjuague bucal medicado “Clorhexidina Digluconato”, con posterioridad al 2 de mayo de 2018.

(ii) Indique si se le ha venido entregando a su madre, de forma ininterrumpida y completa, el suplemento alimenticio “Glucerna SR”, la crema hidratante para el cuerpo “Lubriderm Extrahumectante” y el enjuague bucal medicado “Clorhexidina Digluconato”, en las cantidades y de acuerdo a las especificaciones ordenadas por el médico tratante.

(v) Remitan a la Corte Constitucional cualquier otra información que considere pertinente, respecto de las órdenes, autorizaciones o suministro de dichos insumos.

CUARTO-. En cumplimiento del artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional –Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015-, PÓNGASE a disposición de las partes o de los terceros con interés, las pruebas recibidas, para que se pronuncien sobre las mismas en un término no mayor a tres (3) días.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,”

5.2.1. Respuesta de la Nueva E.P.S. y su apoderada judicial

Regina Cecilia Rodgers Guzmán, actuando como apoderada judicial de la Nueva E.P.S. S.A., dio respuesta al auto del 15 de agosto de 2018, remitiendo copia de las entregas de los insumos solicitados, realizadas por parte de la farmacia al accionante en las siguientes fechas: 7 y 15 de febrero, 9 de mayo, 19 de junio y 25 de julio de 2018.

5.2.2. Respuesta de Linde Remeo y del médico tratante, Lacides Estremor Valiente

Mediante escrito recibido el 29 de agosto de 2018, Edna Paola Angarita García, en calidad de Coordinador Defensoría al Usuario de Linde Remeo, dio respuesta al oficio del 17 de agosto de 2018. Confirmó que, a la fecha, la señora Noris Esquivia Ariza es su paciente y cuenta con la prestación del servicio de dicho centro de atención, por direccionamiento de la entidad Nueva E.P.S. Señaló que se ha procedido con la orden para la crema anti-pañalitis u óxido de zinc. Allegaron copia de las órdenes emitidas para medicamentos e insumos.

5.2.3. Respuesta del señor Wilfredo Reyes Motta

El señor Reyes Motta respondió al oficio mediante un escrito recibido el 27 de agosto de 2018. Aseveró que sí se le ha estado ordenado y entregado a su madre el suplemento nutricional, la crema hidratante y el enjuague bucal medicado, en las cantidades y de acuerdo a las especificaciones ordenadas por el médico tratante.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Cuestiones previas

2.1. Procedencia de la tutela

Con base en lo consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, del Decreto 2591 de 1991

y la jurisprudencia constitucional[29], la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Dichas características hacen que esta sólo sea procedente de forma excepcional como mecanismo: (i) definitivo, que opera cuando el presunto afectado no cuenta con otro medio de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales y, en caso de existir un medio, aquél carece de idoneidad y eficacia para lograr una protección adecuada, oportuna e integral de los derechos invocados en el caso concreto; y (ii) transitorio, el cual tiene como objetivo evitar la consumación de un perjuicio irremediable de los derechos fundamentales del accionante en el interregno comprendido entre la presentación de la tutela y el fallo proferido por un juez ordinario. En el evento en que la tutela sea instaurada como mecanismo transitorio, se tendrían que dar las siguientes hipótesis para ser procedente: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables.”.[30]

Corresponde a esta Corte verificar si en el presente asunto resulta procedente la acción de tutela a la luz de los requisitos antes señalados.

2.1.1. Invocación de afectación de un derecho fundamental

El agente oficioso invocó la protección de los derechos a la dignidad humana, la vida, la salud, la seguridad social y la igualdad de su señora madre Noris Esquivia Ariza.

En el caso sub examine, el accionante aseveró que el derecho a la salud de su madre fue vulnerado por la entidad accionante al negar la entrega del suplemento nutricional “Glucerna SR”, la crema humectante “Lubriderm” y el enjuague bucal “Clorhexidina”; elementos que considera necesarios para proveer un adecuado tratamiento de los diagnósticos médicos que presenta la señora Noris Esquivia Ariza, al ser una mujer mayor de edad y estar en estado de dependencia total por encontrarse en estado de coma.

Sin ser necesario entrar a referirse a los demás derechos invocados, puede concluirse que la presente acción de tutela pretende la protección de derechos de carácter fundamental, lo que implica una controversia de orden constitucional, y por tanto, cumple el requisito de trascendencia iusfundamental.

2.1.2. Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. (...)También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”[34].

En el caso sub lite, el señor Wilfredo Reyes Motta actúa como agente oficioso de su madre, la señora Noris Esquivia Ariza, a quien presuntamente le están vulnerando los derechos fundamentales invocados y quien, por encontrarse en estado de coma, se encuentra imposibilitada para ejercer su propia defensa; circunstancia que fue señalada en la acción de tutela incoada. Por ese motivo, se entiende satisfecho el requisito de legitimación en la causa por activa.

2.1.3. Legitimación en la causa por pasiva

La acción de tutela fue dirigida contra la Nueva E.P.S, entidad encargada de la prestación del servicio público de salud de la señora Noris Esquivia Ariza. Ahora bien, dice la ley que “La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. (...)”[35].

Conforme a lo expuesto por el agente oficioso, la entidad accionada fue la presunta responsable de la vulneración de los derechos fundamentales de su madre, al negarse a suministrar los insumos requeridos por ella. Por tal razón, se puede concluir que la EPS se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

2.1.4. Inmediatez

En la jurisprudencia de esta Corte se ha indicado que: “Como requisito de procedibilidad, la acción de tutela también exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a

asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el principio de inmediatez.”[36]

Para el momento en que se instauró la acción de tutela por el señor Wilfredo Reyes Motta aún se mantenía la negativa por parte de la demandada a entregar el suplemento nutricional, la crema hidratante y el enjuague bucal solicitados. En este mismo orden, debe resaltarse que tratándose de prestaciones que deben ser suministradas de manera continua en salud, la afectación a los derechos fundamentales se renueva y vuelve a acontecer en los eventos en los que no se ejecuta la atención requerida, habida cuenta que la prestación es exigible a cada momento o, en otras palabras, cuando surge la necesidad de la misma. Por consiguiente, se entiende que el requisito de inmediatez se cumple para este caso.

2.1.5. Subsidiaridad

En primera medida, debe precisarse que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[37] estableció que le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud conocer y resolver asuntos relacionados con conflictos que se generen entre las entidades que componen el Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios. Por su parte, la Ley 1438 de 2011[38] consagró que el procedimiento jurisdiccional adelantado ante la Superintendencia se caracteriza por ser “preferente y sumario” y señaló los principios que lo rigen, destacando los de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Ello permite entender que el referido procedimiento tiene un carácter principal y prevalente.

No obstante, debe señalarse que esta Corte hizo una aclaración respecto de la competencia jurisdiccional de la Superintendencia de Salud, indicando que: “En modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y preponderante. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder ‘como mecanismo transitorio’, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo

procedente”.[39]

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia de las acciones de tutela que buscan la protección del derecho fundamental a la salud, a pesar de existir un mecanismo jurisdiccional idóneo y eficaz para ello.[40] Para que aquellas sean procedentes se requiere que acaezca alguno de los siguientes casos, a saber: (i) que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio por existir un perjuicio irremediable o (ii) que al evaluar el caso bajo estudio, se concluya que el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia no sea mecanismo más idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados. Una vez se hayan verificado las características especiales de cada caso en concreto, se deberá evaluar si existe o no una necesidad apremiante que haga forzosa la intervención del juez constitucional.

Recientemente, la Corte ha afirmado que, a pesar de que los usuarios cuentan con un mecanismo, en principio, idóneo y eficaz, para la protección de sus derechos ante la Superintendencia, se ha concluido que la estructura de su procedimiento tiene falencias graves que han desvirtuado su idoneidad y eficacia, tales como: “(i) La inexistencia de un término dentro del cual las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deban resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. (ii) La imposibilidad de obtener acatamiento de lo ordenado. (iii) El incumplimiento del término legal para proferir sus fallos. (iv) La carencia de sedes o dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el territorio del país.”[41]

Con fundamento en lo expuesto, la Corte considera que en el caso sub judice amerita la intervención y protección directa del juez constitucional. La anterior afirmación se refuerza, teniendo en cuenta que: (i) la agenciada es un sujeto de especial protección constitucional por ser un adulto mayor y, por tanto, goza de un amparo reforzado de sus derechos fundamentales[42]; y (ii) se encuentra en una situación de vulnerabilidad, por encontrarse actualmente en estado de coma.

2.2. Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución del caso

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

¿Una E.P.S. (Nueva E.P.S.) vulnera los derechos a la dignidad humana, la salud y la vida en condiciones dignas de un usuario (adulto mayor) afiliado al régimen contributivo del sistema de salud (Noris Esquivia Ariza) al dejar de entregar de manera continua, oportuna y eficiente el suplemento nutricional requerido (Glucerna SR), pese a tener una orden médica, y al negar la autorización y suministro de unos insumos (crema hidratante y enjuague bucal) requeridos para garantizar su dignidad e integridad física, bajo el argumento que los mismos se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud, aun cuando se logra inferir la necesidad de los mismos y a sabiendas de sus complejas condiciones de salud y la carencia de recursos económicos de ella y su núcleo familiar para costearlos directamente (hijo – Wilfredo Reyes Motta)?

Para resolver el problema jurídico planteado, a continuación se estudiarán los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a la salud, su connotación como servicio público y su aplicación para sujetos de especial protección constitucional; (ii) breve introducción al Plan de Beneficios en Salud – PBS – regulado en la Ley 1751 de 2015, sus principios, exclusiones, circunstancias y procedimiento para autorizar servicios excluidos y los parámetros de análisis desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para determinar la aplicabilidad de las exclusiones en cada caso concreto; (iii) la presunción de veracidad aplicable a la afirmación realizada por un accionante de no contar con recursos económicos para acceder a lo pretendido en una tutela y la forma de desvirtuarla; (iv) aclaración del alcance de la teoría del hecho superado; y (v) resolución del caso concreto.

2.3. Derecho a la salud: como derecho fundamental y servicio público – Reiteración jurisprudencial

2.3.2. En la sentencia T-406 de 1992, la Corte hizo un primer avance hacia el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental. En dicho fallo se aclaró que los derechos sociales, económicos y culturales podían concebirse como fundamentales cuando tuvieran una relación de conexidad con alguno de los derechos de aplicación inmediata, lo cual hizo posible su protección a través de la acción de tutela. Ello llevó a que existiera la posibilidad de proteger la salud por su conexidad con el derecho fundamental a la vida; en otras palabras, se podía llegar a exigir el acceso al servicio público de salud de comprobar que su falta de prestación vulneraba derechos como a la vida y la dignidad humana. [44]

2.3.3. Posteriormente, en la sentencia T-227 de 2003 esta Corporación estableció que debía entenderse como derecho fundamental todo aquél que estuviera direccionado a garantizar la dignidad humana y fuera un derecho subjetivo.[45] En el referido fallo, se volvió a avanzar en la concepción del derecho a la salud, en el sentido de considerarlo fundamental, toda vez que a través de este se puede garantizar una vida digna a las personas, permitiéndoles un adecuado desarrollo en la sociedad.

Fue en esta sentencia en la que se llegó a la conclusión que los derechos sociales, económicos y culturales son fundamentales, no por su conexidad con los derechos que se denominaban de primera generación, sino en sí mismos considerados. Como consecuencia de lo anterior, se procedió a eliminar la distinción que existía entre los derechos fundamentales consagrados en el Capítulo 1 de la Constitución Política y los sociales, económicos y culturales del Capítulo 2 de la misma. Hoy en día todos los derechos mencionados en el Título I de la Constitución Política son considerados fundamentales, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y por su relación con la dignidad humana.

2.3.4. En la sentencia T-760 de 2008, la Corte precisó que todos los derechos fundamentales involucran necesariamente una prestación. En el caso específico de la salud, ese carácter prestacional se materializa como una prestación integral de los servicios y tecnologías requeridos para garantizar una vida digna y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En este sentido, la Corte indicó que: “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”. [46]

En este fallo se hace alusión a tratados y convenios internacionales en los que se reconoció el derecho a la salud. Dentro de los anteriores, se mencionó concretamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC, en el que se consagró como derecho el “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” [47].

Así mismo, se hizo referencia a la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que le sirvió a la Corte Constitucional como fundamento

para el reconocimiento del derecho a la salud como fundamental; habida consideración que, en esta observación se consagró a la salud como “un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. [48] En este sentido, señaló que debe existir un sistema de protección que tenga como objetivo garantizar a las personas iguales oportunidades para poder disfrutar del derecho a la salud; en sus palabras, es “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. [49]

Ahora bien, a pesar de considerarse a la salud como un derecho fundamental, este no puede ser entendido como un derecho sin límite alguno, pues su materialización se encuentra limitada a los recursos del Estado, disponibles para la prestación de dicho servicio. Por este motivo, el Comité estableció cuatro criterios esenciales para garantizar un nivel mínimo de satisfacción del derecho, los cuales son: (i) disponibilidad, (ii) accesibilidad, (iii) aceptabilidad y (iv) calidad. Como estos conceptos pueden tener una definición muy amplia, el Comité indicó que corresponde a cada Estado concretar e implementar el contenido de cada uno de los elementos antes señalados, a través de su legislación interna; como se realizó en Colombia a través de la Ley 1751 de 2015 y las resoluciones 5267 y 5269 de 2018, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2.3.5. Debe señalarse que, en virtud del artículo 13 de la Constitución Política [50], las personas pertenecientes a la tercera edad son consideradas sujetos de especial protección constitucional y, por ende, deben ser protegidas y se les deben garantizar todos los servicios de salud que requieran. Lo anterior es justificado por esta Corporación al afirmar que los adultos mayores se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y están obligados a “afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez” [51].

En la sentencia T-527 de 2006, la Corte indicó que: “es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la

prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”.[52]

Asimismo, se aclaró que la acción de tutela es procedente como mecanismo de protección del derecho a la salud cuando: “(i) se lesione la dignidad humana, (ii) se afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) se ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho”.[53]

Cabe precisar que la Corte considera que también es procedente la tutela en los casos en que: (i) “se niegue, sin justificación médico-científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud” o (ii) “cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios”.[54]

2.4. Ley 1751 de 2015: Plan de Beneficios en Salud, principios, exclusiones y desarrollo jurisprudencial de la aplicabilidad de las exclusiones

2.4.1. En la Ley 1751 de 2015 se concretó el desarrollo jurisprudencial que hubo en relación con el derecho a la salud. Es en esta ley en la que se consagró el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable.[55]

En la referida norma se estableció la responsabilidad del Estado de tomar las medidas necesarias tendientes a garantizar a los ciudadanos el acceso a un servicio de salud integral[56]; derecho que, en caso de encontrarse amenazado o vulnerando, puede ser protegido mediante acción de tutela.[57]

En su artículo 6 se determinó y estructuró jurídicamente el contenido del derecho fundamental a la salud, se desarrolló la Observación General No. 14 del CDESC, respecto de los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, y se establecieron los principios que rigen la prestación del servicio público de salud.[58]

En el caso sub examine debe hacerse un especial énfasis en el principio de integralidad, el cual fue definido de la siguiente manera: “Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión,

cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.” (Subrayado fuera del texto)[59]

Puede entenderse que este principio aplica en dos circunstancias diferentes: (i) la primera de ellas, cuando se busca garantizar la prestación de servicios y tecnologías necesarias para que una persona logre superar sus afecciones y, (ii) la segunda, cuando se pretende ofrecer las condiciones necesarias para que la persona pueda sobrellevar la enfermedad, garantizando su integridad física y personal y su dignidad humana. Ello llevó a considerar que el Estado se encuentra obligado a garantizar “la autorización completa de tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad”. [60]

Sin perjuicio de lo anterior, también es necesario tener en consideración el principio de sostenibilidad del sistema de salud[61], el cual señala que si bien la prestación de los servicios y tecnologías debe ser integral, esa integralidad no es ilimitada; pues existen unos criterios de racionalización en la destinación de los recursos públicos que financian el acceso a la salud.[62]

En la exposición de motivos de la Ley 1715 de 2015 se señaló que no es posible garantizar una prestación del servicio de salud de forma ilimitada, habida cuenta que Colombia no cuenta con los recursos económicos suficientes para tales efectos. En términos literales se afirmó que “Colombia carece de la suficiencia financiera para proporcionar una atención ilimitada de los servicios de salud, por ello, se debe establecer un Plan de Beneficios acorde con nuestra realidad y con la bolsa de recursos económicos que permita garantizar de manera sostenible el disfrute de los derechos”. [63]

Para reforzar lo anterior, en la sentencia C-313 de 2014 se analizaron los efectos económicos que se generan al garantizar el derecho a la salud. En dicho análisis, la Corte estudió el principio de sostenibilidad y las exclusiones del PBS. El fallo admitió las

exclusiones e hizo hincapié sobre la importancia del equilibrio financiero para poder garantizar la viabilidad del sistema de salud y su permanencia en el tiempo.[64] Adicionalmente, la Corte declaró la exequibilidad del principio de sostenibilidad financiera “bajo el entendido de que no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario” y resaltó que no pueden tomarse decisiones que vulneren sus derechos.[65]

2.4.2. A pesar de que la Ley 1715 de 2015 estableció la integralidad del servicio de salud, en su artículo 15 se explicaron los criterios que serían aplicados al momento de definir las prestaciones que serían eventualmente excluidas del Plan de Beneficios en Salud – PBS, antes conocido como Plan Obligatorio de Salud – POS.

El PBS busca cubrir todos los servicios y tecnologías requeridas para la protección efectiva del derecho a la salud y se excluyen de forma expresa aquellos a los que les son aplicable los criterios mencionados anteriormente. Respecto de las inclusiones, se debe precisar que son de dos tipos: (i) las explícitas, que son las mencionadas en las Resoluciones que contienen el plan de beneficios; y (ii) las implícitas, que son aquellos medicamentos, procedimientos o insumos que no están explícitamente incluidos pero que tampoco están expresamente excluidos. Las inclusiones explícitas se financian con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y las implícitas con cargo al Adres. Ahora bien, en relación con las exclusiones, el artículo 15 no contiene una lista de las prestaciones que no se encuentran incluidas, sino que construye un marco dentro del cual el Ministerio de Salud deberá definir e ir modificando cuáles deberán entenderse excluidas y cuáles no.[66]

En este sentido, es necesario precisar que en principio el sistema cubre todos los tratamientos y tecnologías en salud que no estén expresamente exceptuados dentro del plan de beneficios, tal y como se hace en la Resolución 5267 de 2017.[67]

En dicho artículo, se explica que será excluido el servicio que: (i) se considere “cosmético o suntuario”, (ii) esté en fase de “experimentación”, (iii) se preste en el exterior o no esté aceptado por “autoridad sanitaria” y (iv) no demuestre “evidencia científico-técnica” sobre su “seguridad y eficacia clínica” y sobre su “efectividad clínica”.[68]

Por su parte, en la Resolución 5269 de 2017 se consagró que el PBS es “el conjunto de servicios y tecnologías en salud (...), estructurados sobre una concepción integral de la

salud, que incluye la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad y que se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las Entidades Promotoras de Salud -EPS- o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución”.[69] El plan deberá ser actualizado cada dos años y el listado de los excluidos deberá ser revisado mínimo una vez al año, en atención a los cambios epidemiológicos en la población y la disponibilidad de recursos.[70]

Con la Resolución 330 de 2017 el Ministerio de Salud adoptó un procedimiento técnico-científico, exigido en virtud del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, con el que se deberá evaluar y considerar los criterios establecidos por la ley y los criterios de expertos independientes de alto nivel, de asociaciones profesionales y de pacientes que podría llegar a ser afectados, para definir los servicios y tecnologías que no deben ser incluidos en el PBS. Este procedimiento debe caracterizarse por ser público, colectivo, participativo y transparente. A través de este procedimiento fue que se expidió la Resolución 5267 de 2017, en la que se anexa un “listado de servicios y tecnologías que serán excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.[71]

Para el caso sub judice es preciso destacar que en el anexo técnico de la Resolución 5267 de 2017 se calificaron como prestaciones excluidas del PBS: (i) la “loción hidratante corporal” y (ii) las “toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo”; en ambos casos, para todas las enfermedades o condiciones asociadas al servicio o tecnología.[72]

2.4.3. No obstante que la normatividad establece unas exclusiones de las prestaciones garantizadas por el sistema de salud, estas no pueden considerarse absolutas; toda vez que pueden existir casos en los que sea procedente permitir el acceso a dichos servicios y tecnologías. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional.

En la sentencia T-171 de 2018 se reiteró la posibilidad de que una exclusión fuera inaplicable para garantizar la protección de derechos fundamentales, señalando que la jurisprudencia constitucional estableció unos criterios para determinar la aplicabilidad o inaplicabilidad de una exclusión del PBS. La Corte dijo que:

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

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

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

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

d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”[73]

Con base en aquellos criterios, la Corte Constitucional empezó a ordenar la inaplicación por inconstitucionalidad de las exclusiones en casos concretos en los que la prestación de esos servicios o tecnologías buscan garantizar: (i) la recuperación y (ii) la dignidad e integridad del paciente. Más aún, se hace necesaria la prestación de estos servicios cuando existe incapacidad económica (tanto del paciente como de sus familiares) para sufragar el costo de dichos servicios, requeridos para atender la enfermedad.

Esta Corporación indicó que: “Cuando dada las particularidades del caso concreto, la Sala verifique que se trata de situaciones que reúnen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para excepcionar lo dispuesto por el legislador y se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento, es procedente la acción de tutela a fin de inaplicar el inciso 2 del artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que excluye del

acceso a servicios y tecnologías con recursos destinados a la salud (...)”.[74]

Con base en lo anterior, podría considerarse aplicable al PBS el criterio establecido para las exclusiones del POS, es decir, a pesar de que las cremas humectantes y algunos elementos de aseo, como un enjuague bucal, no se encuentran incluidos en el PBS, el suministro de estos insumos puede ser procedente mediante tutela cuando se verifique que son requeridos para garantizar el derecho a la vida digna, salud e integridad del paciente.

Finalmente, es importante aclarar que en los casos en los que resulta necesario inaplicar una exclusión, pueden presentarse dos escenarios.

(i) El primero de ellos que acontece cuando el juez constitucional debe sujetarse a un diagnóstico del médico tratante, ya que es este profesional el que, por su conocimiento científico y del caso concreto, puede determinar el tratamiento y los servicios y tecnologías más adecuadas y eficaces para la enfermedad del paciente. De no existir un diagnóstico clínico efectivo e integral que garantice el suministro de todos los servicios requeridos, podría causarse una vulneración del derecho a la salud.[75]

Es menester agregar que en la sentencia T-056 de 2015 se afirmó que las órdenes médicas no son una “condición insuperable” o “requisito sine qua non” para poder garantizar los derechos fundamentales a la salud y vida digna.[76]

2.5. Presunción de veracidad de la afirmación de falta de capacidad económica y la forma para desvirtuarla – Reiteración jurisprudencial

En varios de los casos estudiados por la Corte Constitucional, relacionados con el acceso a la salud, se ha tenido la necesidad de analizar si es procedente o no ordenar la prestación de ciertos servicios por “falta de capacidad de pago”, tanto del paciente que los requiere como de su familia, a los cuales, en principio, se les impondría la aplicación del principio de solidaridad.

En la jurisprudencia constitucional se ha venido estableciendo una regla general según la cual, en el caso en que el interesado no pueda costear directamente el tratamiento y que no cuente con un plan alternativo para poder obtener el servicio requerido, le corresponderá al Estado asumir el costo del insumo o del servicio, con base en los principios de solidaridad

y efectividad de los derechos fundamentales.[77]

Asimismo ha precisado que, en primera medida, corresponde a la familia del paciente dar el apoyo requerido para la obtención de los insumos o servicios que no hacen parte del PBS y que deben ser costeados directamente; sin embargo, la Corte no ha descartado la posibilidad de que el grupo familiar tampoco cuente con los recursos para tales efectos y, por tanto, en ese caso la obligación de asumir el costo estará en cabeza del Estado.

Esta posición fue evolucionando en la jurisprudencia. En un principio, la Corte consideró que era un deber del solicitante probar su falta de recursos económicos para acceder a los servicios de salud no incluidos en el PBS, antes conocido como el POS, tal y como se plasmó en las sentencias SU-819 de 1999[78] y la T-002 de 2003[79]. Posteriormente, esta Corporación modificó la regla en el sentido de considerar suficiente la afirmación del accionante de no contar con los recursos necesarios para sufragar el costo, imponiéndole a las EPS la carga de desvirtuar dicha afirmación.[80] Al respecto dijo la Corte que:

“En lo que hace a la observación hecha por los jueces de instancia en cuanto a la inexistencia de la prueba de incapacidad económica de los demandantes, es del caso reiterar la línea jurisprudencial de esta Corte, conforme a la cual si el solicitante del amparo aduce en la demanda no contar con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o del procedimiento excluido del POS, le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad. Lo cual es así por cuanto en esta hipótesis el dicho del extremo demandante constituye una negación indefinida que es imposible de probar por quien la aduce, corriendo entonces la carga de la prueba en cabeza del extremo demandado cuando quiera desvirtuar tal afirmación.”.[81]

(Subrayado fuera de texto)

Lo anterior permite aseverar que, cuando el accionante afirme no tener capacidad de pago para acceder a insumos o servicios requeridos, le corresponde a la EPS desvirtuar la afirmación por dos razones: (i) por tratarse de una negación indefinida, que tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, y (ii) por presumirse la buena fe del accionante o solicitante. La Corte ha explicado que: “Las negaciones indefinidas, en virtud del artículo 21 del Decreto 2591 de 1991 son prueba suficiente de la falta de capacidad,

cuando la parte accionada no se pronuncia en contrario, y lo prueba. Esta es una garantía que caracteriza la informalidad de la acción tutela, no se exigen como en otras jurisdicciones pruebas concretas para demostrar la presunta vulneración de un derecho. Pero esta garantía, que es también una herramienta de decisión sobre la capacidad económica, no es implementada por los jueces constitucionales.”[82] (Subrayado fuera del texto)

Así pues, esta Corporación estableció un deber de las EPS que no puede ser olvidado al momento de analizar los casos de acceso a servicios de salud excluidos del PBS. El deber de desvirtuar y controvertir la falta de capacidad de pago del interesado se encuentra fundamentado en el hecho “que aquellas conservan en sus registros, información referente a la condición socioeconómica de sus afiliados. Por este motivo, la inactividad procesal de estas aseguradoras, hace que las declaraciones presentadas por un accionante se tengan como prueba suficiente de su carencia de fondos para costear lo pretendido.”[83]

De igual forma, reiterando la subregla señalada, en la sentencia T-260 de 2017 se resaltó una vez más que una EPS se encuentra imposibilitada de negar la autorización de un servicio por estar excluido del PBS o por falta de prueba del usuario que demuestre su incapacidad para asumir el costo del mismo de forma absoluta.[84] En ese fallo se hace alusión a la sentencia T-118 de 2011, en la que la Corte señaló lo siguiente: “las E.P.S. cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo. Por eso, uno de los deberes de las E.P.S. consiste en valorar si, con la información disponible o con la que le solicite al interesado, éste carece de los medios para soportar la carga económica. Esto, sin necesidad de que se acuda a la acción de tutela. Ahora bien, de presentarse una acción de tutela, la E.P.S. debe aportar la información al juez de tutela, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el P.O.S. o de exoneración de cuotas moderadoras”.[85]

2.6. Alcance de la teoría del hecho superado: Aclaración de la figura

Según el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene como finalidad lograr la protección o salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas, cuando estos se ven amenazados o vulnerados por la conducta de una autoridad pública o por particulares, bien

sea mediante una acción o una omisión. Con tales propósitos, al juez constitucional se le faculta para emitir órdenes encaminadas a lograr que el accionado actúe o se abstenga de ejecutar una acción específica.[86]

En algunos casos la conducta vulneratoria cesa o la violación se consuma, circunstancias que acarrearán la ineficacia del amparo solicitado. En efecto, tales acaecimientos impiden que el juez pueda pronunciarse de fondo respecto de la tutela incoada, por sustracción de materia, fenómeno al cual la jurisprudencia constitucional ha calificado como “carencia actual de objeto”.[87] La referida situación puede suscitarse en tres hipótesis diferentes, a saber: (i) cuando exista un “hecho superado”, (ii) con el acaecimiento de un “hecho sobreviniente” o (iii) como consecuencia de un “daño consumado”.[88]

En el caso bajo estudio el juez de segunda instancia declaró improcedente el amparo por considerar que existía un hecho superado; lo cual genera la necesidad de hacer un especial énfasis en dicha hipótesis.

El hecho superado ocurre cuando, con ocasión de una acción u omisión de la entidad accionada, se logra satisfacer completamente la pretensión objeto de la acción de tutela, entre el término de interposición de la misma y el fallo correspondiente. Sobre el particular, la Corte ha aseverado que: “El hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela.”[89]

Con fundamento en lo expuesto, la intervención del juez constitucional termina siendo “inocua” y lo releva de la obligación de pronunciarse de fondo.[90] Sin embargo, en la sentencia el juez deberá demostrar que realmente se satisfizo la pretensión de la tutela, como presupuesto para: (i) declarar la carencia actual de objeto por hecho superado y (i) abstenerse de impartir orden alguna.[91]

Para efectos de resolver el caso examinado resulta conveniente realizar algunas puntualizaciones, dando alcance al marco conceptual descrito por esta jurisdicción:

(i) El hecho superado sólo puede producirse de manera previa al proferimiento de una sentencia que ampare el derecho fundamental invocado para su protección.

(ii) Los fallos de tutela son de cumplimiento inmediato, sin perjuicio de que hayan sido impugnados, conforme a lo prescrito en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Razón por la cual, no constituye hecho superado, sino un simple cumplimiento de sentencia, la conducta que acata la orden impartida por el juez de primera instancia en procura de amparar derechos fundamentales.

(iii) Por lo tanto, en las circunstancias descritas en el párrafo precedente, el ad quem no podría declarar el acaecimiento de un hecho superado, encontrándose limitado a confirmar o infirmar la providencia del a quo.

(iv) Es preciso reiterar que el “hecho superado” sólo se produce cuando las acciones u omisiones del accionado satisfacen íntegramente el derecho fundamental del cual se adujo una vulneración.

(v) Por consiguiente, dicha hipótesis no puede predicarse respecto de derechos fundamentales cuyo resarcimiento dependa de conductas que deban prolongarse en el tiempo, superando el lapso procesal de la tutela. Ello, por cuanto a que en tal circunstancia, al finalizar el trámite constitucional, no se habría satisfecho aun plenamente el derecho invocado y se impediría al accionante ejercer los incidentes de desacato que fueren pertinentes, en caso de que el accionado reincidiera en la conducta vulneratoria alegada en la tutela.

3. Resolución del caso concreto

La Corte considera que en el presente caso la acción de tutela es procedente, por cuanto:

(i) se trata de una paciente que se encuentra en estado de indefensión, por su condición de salud; (ii) tanto ella como de su núcleo familiar (su hijo)[92] carecen de capacidad de pago; (iii) se está ante un sujeto de especial protección, por tratarse de un adulto mayor; y (ii) se negó la autorización de unos servicios médicos por estar excluidos del PBS, los cuales son requeridos de forma urgente y evidente por la paciente, sin tener la posibilidad de adquirirlos directamente por no contar con los recursos económicos para ello[93].

De igual forma, resulta aplicable el principio de integralidad previsto en la Ley 1751 de 2015, por acontecer una de las dos circunstancias expuestas en uno de los acápites precedentes. En el caso de la señora Noris Esquivia Ariza, la entrega de los insumos solicitados permite que se den las condiciones necesarias para que pueda sobrellevar su enfermedad y, de ese modo, garantizar su integridad física y personal y su dignidad humana. De ahí surge la obligación del Estado de garantizarle la prestación completa de los servicios que requiera para el cuidado de su patología y para manejar su enfermedad en condiciones dignas.[94]

Cabe precisar que, a pesar de que el anexo técnico de la Resolución 5267 de 2017 no incluye en el PBS las lociones hidratantes corporales y los insumos de aseo[95], la Corte Constitucional ha contemplado la posibilidad de inaplicar ese tipo de exclusiones para garantizar los derechos fundamentales. Para tal efecto, debe evaluarse si en el caso sub lite concurren las condiciones exigidas[96], las cuales son:

(i) “Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.”: Negar la entrega de la crema humectante y del enjuague bucal puede llegar a comprometer el estado de salud de la señora; habida consideración que está en estado de coma, está postrada las 24 horas del día en una cama y se encuentra intervenida con traqueostomía. De allí que se pueda colegir que al no aplicarle la crema y no limpiarla con el enjuague, podrían generársele escaras en la piel e infecciones por falta de higiene y obstrucción de la cánula. Por tanto, es posible inferir la necesidad de los insumos mencionados.

(ii) “Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.”: Los insumos solicitados han sido excluidos en todos sus tipos y para cualquier tipo de enfermedad o condición. Por lo tanto, no tienen ningún reemplazo que sí haga parte del PBS.

(iii) “Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a

través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.”: Como ya se tuvo la oportunidad de aclarar, el hijo afirmó no tener recursos económicos suficientes, tanto para su subsistencia como para la de su madre. Dicha afirmación debió ser desvirtuada y controvertida por parte de la E.P.S. de no ser cierta. No obstante, la E.P.S. se limitó a indicar que la señora se encuentra afiliada al régimen contributivo, sin demostrar que efectivamente ella o su hijo tienen capacidad de pago para poder adquirir directamente los servicios. Por este motivo, la Corte presume como cierto que el señor Wilfredo Reyes Motta y la señora Noris Esquivia Ariza no cuentan con capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos requeridos.

(iv) “Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”: Pese a que el médico tratante no ordenó desde un comienzo el suministro de la crema humectante y del enjuague, debe hacerse énfasis en que fueron ordenados con posterioridad al proferimiento del fallo de primera instancia. Dicha circunstancia ocurrió como consecuencia de que el juez instó que el profesional en salud evaluara la necesidad de los referidos insumos y que, de considerarlos necesarios, procediera a ordenarlos. Esto permite afirmar que, si se emitieron órdenes respecto de los servicios alegados, el médico tratante consideró que eran necesarios para sobrellevar la enfermedad de la paciente. Asimismo, el galeno es un profesional adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se le solicita el suministro.

Verificada la satisfacción de los requisitos establecidos por la jurisprudencia, la Corte considera plausible excepcionar lo dispuesto por el legislador; toda vez que, de no hacerlo, podría afectarse la dignidad humana de la paciente. [97] Por consiguiente, es procedente la acción de tutela a fin de inaplicar la Resolución 5267 de 2017, que excluye tales insumos.

En relación con el suplemento nutricional denominado “Glucerna SR” se debe señalar que su suministro nunca ha estado en discusión, pues se advierte la existencia de una orden médica, la urgente necesidad del mismo y su diligente autorización y entrega por parte de la E.P.S.[98]; razón por la cual, la Corte no hará mayores miramientos al respecto.

Ahora bien, respecto de lo señalado sobre el fenómeno del hecho superado, la Corte afirma

que este no puede predicarse del caso sub examine: (i) por tratarse de un derecho fundamental cuyo resarcimiento se encuentra sujeto a la ejecución de acciones que se prolongan en el tiempo y que sobrepasan el lapso procesal de la tutela (prestaciones periódicas en salud); y (ii) la autorización y entrega de los insumos solicitados se dieron como consecuencia del cumplimiento de una orden judicial.

A la Nueva E.P.S. le corresponde entonces garantizar el suministro de los servicios solicitados a través de la acción de tutela incoada, hasta cuando éstos dejen de ser requeridos por la señora Noris Esquivia Ariza; circunstancia que no se ha dado, desconociendo su obligación de prestar el servicio de salud de manera continua, oportuna y eficiente a su afiliada.

Por tanto, el juez de segunda instancia no podía considerar que, para el momento en que profirió su fallo, se encontraba satisfecho plenamente el derecho invocado; pues su satisfacción se ha venido manteniendo en el tiempo, inclusive después de la sentencia de segunda instancia, por ser requeridos los insumos de manera permanente e ininterrumpida.

Por haber declarado la carencia actual de objeto por hecho superado, el ad quem hizo imposible que el accionante pudiera contar con el incidente de desacato, como el mecanismo para proteger los derechos fundamentales de su madre, en caso de que el accionado reincida en la conducta vulneratoria. Así pues, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena debió confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, y no revocarla.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 23 de marzo de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Penal de Decisión de la ciudad de Cartagena – Bolívar, que revocó la sentencia del 14 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la

misma ciudad y declaró improcedente la tutela por carencia actual de objeto, dentro de la acción de tutela formulada por Wilfredo Reyes Motta, como agente oficioso de su madre Noris Esquivia Ariza, contra la Nueva E.P.S. S.A., para en su lugar CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de primera instancia, en la que se concedió el amparo solicitado.

Segundo.- ORDENAR a la Nueva E.P.S. S.A. la continuidad en la autorización y entrega del suplemento nutricional “Glucerna SR”, una crema humectante que cubra los requerimientos de salud de la señora Noris Esquivia Ariza y el enjuague bucal medicado “Clorhexidina Digluconato”, hasta cuando el galeno considere que los servicios ya no son requeridos o sea evidente la falta de necesidad de los mismos para garantizar el manejo de la enfermedad de la paciente en condiciones dignas.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-439/18

REGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL ANTE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-El tramite jurisdiccional no resulta idóneo ni eficaz para la protección de derechos fundamentales (Aclaración de voto)

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS- Resulta contradictorio ya que un insumo solo se entiende excluido del PBS, cuando ha sido expulsado de forma manifiesta y determinada del mismo (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T- 6.831.874.

Acción de tutela interpuesta por Wilfredo Reyes Motta, como agente oficioso de la señora Noris Esquivia Ariza, contra la Nueva E.P.S. y Linde Remeo de Cartagena –Bolívar.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Séptima de Revisión, procedo a aclarar mi voto en la sentencia proferida en el asunto de la referencia.

1. La Sentencia T-439 de 2018 estudió la acción de tutela que presentó Wilfredo Reyes Molina, actuando como agente oficioso de su madre Noris Esquivia Ariza. El accionante pidió que se le ordenara a la Nueva EPS y a Linde Remeo S.A. realizar la entrega del suplemento nutricional Glurcerna SR, de la crema humectante Lubriderm y del enjuague bucal Clorhexidina Digluconato, insumos médicos requeridos por su agenciada.

2. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 14 de febrero del 2018, resolvió tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la señora Esquivia y, en consecuencia, ordenó la entrega de los elementos reclamados. Sin embargo, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, a través de fallo del 23 de marzo del 2018, revocó la decisión emitida por el a quo y, en su lugar,

declaró improcedente la acción de tutela. Estimó que, en tanto el peticionario informó que se le habían suministrado los insumos, en este asunto se advertía la ocurrencia del fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado.

3. La Corte seleccionó el asunto para su revisión a través de auto del 13 de julio de este año. La Sentencia T-439 del 2018, que suscribo, revoca el fallo de segunda instancia y, en su lugar, confirma parcialmente la decisión del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena. En consecuencia, le ordena a la Nueva EPS que autorice y entregue los insumos solicitados hasta cuando el médico tratante lo determine o sea evidente que la agenciada no los requiere.

4. Bajo esta perspectiva, si bien comparto la protección otorgada en la providencia, me veo precisado a aclarar mi voto respecto de varios planteamientos realizados en su parte motiva.

5. Así pues, la Sala Séptima de Revisión concedió el amparo constitucional pretendido, pues encontró acreditados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, así como los parámetros para reconocer los insumos médicos excluidos del PBS y, además, porque no advirtió que en este caso se configure la carencia actual de objeto por hecho superado.

6. No obstante, para llegar a esa conclusión la Sala planteó que el trámite jurisdiccional que se puede adelantar ante la Superintendencia Nacional de Salud resulta, en principio, idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales conculcados. En tal sentido, precisó que tan solo cuando se persigue evitar la consumación de un perjuicio irremediable o, en su defecto, cuando la evaluación de las condiciones particulares de cada asunto arroja que ese mecanismo no garantiza un remedio judicial efectivo, resulta admisible acudir a la acción de tutela. Del mismo modo, expuso que se debía inaplicar la exclusión de los elementos exigidos por el accionante, en tanto no se encontraban incluidos en el PBS.

7. Llegado a este punto, resulta oportuno precisar que no comparto esos razonamientos. En primer término, considero que el trámite jurisdiccional que se puede adelantar ante la Superintendencia Nacional de Salud no resulta, en ningún caso, idóneo ni eficaz para la protección de derechos fundamentales.

8. Como lo he mencionado en múltiples ocasiones, esa instancia carece en cualquier escenario de la aptitud jurídica necesaria para asegurar garantías de naturaleza ius fundamental, por cuanto (i) no tiene contemplado el término en el que se debe proferir la decisión de segunda instancia, (ii) no establece si la impugnación se resuelve en el efecto suspensivo o devolutivo, (iii) la norma que sustenta el trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud no consagra mecanismos a través de los cuales se pueda hacer efectivo el cumplimiento de la decisión que se adopte, (iv) no existe certeza sobre la competencia de esa autoridad administrativa cuando la denegación de los servicios es parcial o producto del silencio de la entidad y, además, (v) por cuanto la Superintendencia Nacional de Salud no tiene presencia en todo el territorio nacional.

9. Adicionalmente, estimo que el fallo resulta en sí mismo contradictorio en relación con este aspecto. Lo anterior, puesto que aunque establece las falencias que posee el trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud, asume que ese mecanismo resulta, en principio, idóneo y eficaz para la protección del derecho fundamental a la salud y, por ello, lo considera un parámetro válido para determinar la procedibilidad de las acciones de tutelas promovidas con ese objeto. De ahí que, en armonía con las fallas expuestas, resulte incongruente la conclusión a la que llega la sentencia.

10. Por otra parte, considero que las afirmaciones relacionadas con el sistema de exclusiones del Plan de Beneficios en Salud (en adelante PBS) son equivocadas. En esa medida, es oportuno destacar que la sentencia C-313 de 2014 estableció que “[s]i el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas”.

11. Por ello, el análisis sobre la inclusión de insumos médicos al PBS debe partir de una premisa básica, a saber, la de que todos los servicios, medicamentos y tecnologías están incorporados al Plan de Beneficios en Salud y tan solo aquellos que expresa y explícitamente han sido excluidos se encuentran por fuera de su cubrimiento.

12. Por último, a pesar de que la sentencia menciona que “(...) el sistema cubre todos los tratamientos y tecnologías que no estén expresamente exceptuados dentro del plan de beneficios (...)”, posteriormente indica que los elementos exigidos en este asunto particular están excluidos del PBS, porque este no los incluye expresamente[99]. Tal planteamiento, insisto, resulta contradictorio, pues, como acaba de exponerse, un insumo solo se entiende ajeno al Plan de Beneficios en Salud cuando ha sido expulsado de forma manifiesta y determinada del mismo. Tales son, en consecuencia, las razones por las cuales aclaro mi voto en este caso.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] Sala de Selección Número Siete, conformada por los magistrados Diana Fajardo Rivera y Alberto Rojas Ríos. Auto del 13 de julio de 2018, notificado el 30 de julio de 2018.

[2] Ver folio 2 del tercer cuaderno.

[3] Ver <http://mingaonline.uach.cl/pdf/cuadcir/v21n1/art13.pdf>, 10 de agosto de 2018, 1:48 p.m. En un artículo de actualización médica, llamado “Traqueotomía: principios y técnica quirúrgica”, los señores Carlos Hernández, Juan Pedro Bergeret y Marcela Hernández, explicaron esta intervención médica en los siguientes términos: “La traqueostomía es un procedimiento quirúrgico que corresponde a la abertura de la pared anterior de la tráquea. (...) La traqueostomía es un procedimiento quirúrgico muy antiguo que puede ser realizado con fines terapéuticos o electivos. Tiene como objetivo reestablecer la vía aérea permitiendo una adecuada función respiratoria. En la actualidad, su uso se encuentra ampliamente difundido, siendo necesaria para una gran cantidad de patologías. Sin embargo el procedimiento no está exento de riesgos, por lo que es necesario conocer bien cuáles son sus indicaciones, además de cómo y cuándo realizarla. Debemos señalar la importancia en los cuidados posteriores al procedimiento en sí, ya que el manejo de enfermería está directamente relacionado con el éxito del mismo. (Palabras claves/ Key words: Traqueostomía/ Tracheostomy; Intubación endotraqueal/ Endotracheal intubation; Traqueostomía percutánea/ Percutaneous tracheostomy).”

[4] Ver <http://www.sacd.org.ar/dcuatro.pdf>, 10 de agosto de 2018, 2:01 p.m. Los médicos argentinos Alfredo Pablo Fernández Marty y Gerardo Mariano Vitcopp, explicaron en un documento académico qué es la Gastrostomía, definiéndola de la siguiente manera: “Se define la gastrostomía como una fístula creada entre la luz del estómago y la pared abdominal anterior con el objeto de obtener el acceso a la luz gástrica desde el exterior. Estas pueden ser efectuadas como vías de descompresión o de alimentación. La gastrostomía de alimentación está indicada como soporte nutricional en aquellos casos que la alimentación oral resulta imposible o insuficiente ya sea de manera transitoria o definitiva, por patologías benignas o malignas; y que requieran un soporte nutricional por un lapso mayor de cuatro semanas.”

[5] “La desnutrición proteico-energética (también denominada malnutrición proteico-energética) es una grave carencia de proteínas y calorías que se produce cuando no se consumen suficientes proteínas y calorías durante un tiempo prolongado. (...)La desnutrición en las personas mayores es grave: aumenta el riesgo de fracturas, de que aparezcan problemas después de la cirugía, de úlceras por presión y de infecciones. Cualquiera de estos problemas es más propenso a ser grave en caso de desnutrición. Las personas mayores corren el riesgo de padecer desnutrición por varios motivos: Los cambios relacionados con la edad en el cuerpo: En el organismo envejecido, cambian la producción de hormonas y la sensibilidad a ellas (como la hormona del crecimiento, la insulina y los andrógenos). Como resultado, se pierde tejido muscular (una enfermedad llamada sarcopenia). La desnutrición y la disminución de la actividad física empeoran esta pérdida. Además, la pérdida de tejidos musculares relacionada con la edad explica muchas de las complicaciones por desnutrición, como un mayor riesgo de infecciones.”

Ver

<https://www.msdmanuals.com/es-co/hogar/trastornos-nutricionales/desnutrici%C3%B3n/desn%C3%B3n>, 10 de agosto de 2018, 2:10 p.m.

[6] Ver folio 2 del tercer cuaderno.

[7] Ver folio 3 del tercer cuaderno.

[8] Ver folio 3 del tercer cuaderno.

[9] Ver folio 3 del tercer cuaderno.

[10] Ver folio 9 del tercer cuaderno.

[11] Ver folios 3-4 del tercer cuaderno.

[12] Corte Constitucional, Sentencia T-154 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[13] Corte Constitucional, Sentencia T-154 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[14] Ver folios 48-49 del tercer cuaderno.

[15] Ver folio 49 del tercer cuaderno.

[16] Ver folio 49 del tercer cuaderno.

[17] Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[18] Ver folios 49-50 del tercer cuaderno.

[19] Ver folios 85-88 del tercer cuaderno.

[20] Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[22] Ver folios 93 y 94 del tercer cuaderno. Argumentó su idea refiriéndose a lo siguiente: “En el caso concreto además de solicitarse el alimento GLUCERNA SR se está solicitando crema humectante y enjuague bucal a tal petición se considera que son aplicables las reflexiones que la Corte Constitucional hizo respecto a la consecución de los pañales desechables ante la EPS “Existen dos obstáculos recurrentes que enfrentan los usuarios del Sistema de Salud para acceder a estos: primero, que las entidades de salud se niegan a autorizarlos, considerando que no se trata de un servicio indispensable para proteger la salud y segundo, que la prescripción del médico tratante autorizando el servicio, es excepcional. Esta situación hizo que la Corte considera necesario establecer una regla de protección para el acceso al servicio de pañales desechables, que además, atendiera a las necesidades específicas de las personas que las requerirían. Para ello, se concretaron algunos aspectos: que si bien como afirmaban las entidades de salud el suministro de pañales no es un servicio relacionado con el mantenimiento o mejoramiento de la salud, el

servicio sí garantiza la vida en condiciones dignas. Se señaló que el suministro de pañales desechables no es cualquier tipo de servicio, se trata de insumos necesarios por personas que padecen especialísimas condiciones de salud y que debido a su falta de locomoción y al hecho de depender total o parcialmente de un tercero, no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares; y siendo este aspecto uno de los más íntimos y fundamentales del ser humano, garantizar su suministro tiene la finalidad implícita de minimizar la incomodidad que les genera a las personas que los requieren y la posibilidad de procurarles condiciones mínimas de dignidad. Aunado a lo anterior, esta Corporación señaló que a partir de los hechos de un caso concreto era posible establecer si una persona requería pañales desechables. Estimó que no era necesario el conocimiento científico a la hora de establecer la necesidad de los mismo, pues de la descripción de las enfermedades que padece una persona, o las secuelas de las mismas o de un accidente, o incluso el hecho de señalarse expresamente que hay un usuario que no controla sus esfínteres se podía inferir razonablemente la necesidad de prescribirlos. En ese orden de ideas, se concluyó que no era necesaria, la orden del médico tratante, para garantizar el acceso a tal suministro. La Corte sostuvo que en estos casos no se trata de un problema de afectación a la salud, tanto como una afectación a la vida en condiciones dignas y que la inexistencia de la orden del médico tratante no es argumento suficiente para negar el servicio, si de los hechos se colige una condición de salud que por sí sola muestra la necesidad del suministro de pañales. Ello se adecua también a este caso entendiendo que la paciente NORIS ESQUIVIA ARIZA, requiere de estos insumos (crema humectante y enjuague bucal) como elementos necesarios por padecer unas especialísimas condiciones de salud y que debido a su falta de locomoción y al hecho de depender totalmente de un tercero, no puede realizar ningún movimiento ni sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares; debiéndose ser bañada en la cama y siendo que permanece las 24 horas acostada en una cama con traqueotomía y gastrostomía y se debe garantizar el suministro de estos insumos tiene la finalidad implícita de minimizar los riesgos de sufrir escaras con mayores complicaciones para su salud procurándole unas condiciones mínimas de dignidad”.

[23] Por segunda vez la parte accionada afirmó que la paciente se encuentra afiliada al régimen contributivo. Sin embargo, no procedió a desvirtuar con pruebas suficientes la afirmación de falta de capacidad de pago del accionante. Por lo tanto, según lo determinado por la Corte Constitucional, se debe entender como cierta dicha afirmación, pues en esos casos se presume su veracidad. Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 2015, M.P. Martha

Victoria Sáchica Méndez; T-171 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-113 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería; entre otras.

[24] Ver folio 34 del segundo cuaderno.

[25] Ver folios 15-45 del cuaderno principal.

[26] Ver folio 16 del cuaderno principal.

[27] Ver folio 17 del cuaderno principal.

[28] Ver folio 17 del cuaderno principal.

[29] Ver sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015 y T-548 de 2015, y T-317 de 2015.

[30] Respecto del perjuicio irremediable, ha precisado esta Corte que debe cumplir con los siguientes requisitos: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables.” Ver Sentencia T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[31] Corte Constitucional, Sentencias T-121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[32] “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.”

[33] Corte Constitucional Sentencia T-301 de 2016

[34] Decreto 2591 de 1991: “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

[35] Decreto 2591 de 1991: “Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior. Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.”

[36] Corte Constitucional, Sentencia T-712 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[37] Ley 1122 de 2007: “Artículo 41º. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. c. Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. d. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Parágrafo 1º. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal. Parágrafo 2º. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en

el artículo 148 de la ley 446 de 1998.”

[38] Ley 1438 de 2011: “Artículo 126. Función Jurisdiccional De La Superintendencia Nacional De Salud. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: “e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”. Modificar el parágrafo 2o del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así: “La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.”

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

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

[41] Corte Constitucional, Sentencias T-309 y T-253 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; y T-2018 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

[42] La protección reforzada tiene como fundamento lo dispuesto en los artículos 13, 46 y 47 de la Constitución Política de 1991.

[43] Constitución Política de 1991: "Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. (...)." "Artículo 49. Modificado por el Acto Legislativo 2 de 2009 artículo 1°. El cual quedará así: La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. Así mismo, el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la

recuperación de los adictos.”

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

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

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

[47] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Diciembre 16 de 1966. Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968: “Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” Este artículo fue desarrollado en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – CDESC.

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

[49] *Ibíd*em, párr. 9.

[50] Constitución Política de 1991: “Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se

encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” (Subrayado fuera del texto)

[51] Corte Constitucional, Sentencia T-634 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

[52] Corte Constitucional, Sentencia T-527 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-746 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[53] Corte Constitucional, Sentencia T-1182 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto y T-717 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[54] Corte Constitucional, Sentencias T-165 de 2009 y T-050 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[55] Ley 1751 de 2015: “Artículo 20. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

[56] Ley 1751 de 2015: “Artículo 5. Obligaciones del Estado. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá: a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas; b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema; c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales; d) Establecer mecanismos para evitar la violación del

derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio; e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto; f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población; g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas; h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud; i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población; j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en la salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio.”

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

[58] Ley 1715 de 2015: “Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente; 2 b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán 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, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad; c) Accesibilidad. 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; d) Calidad e idoneidad profesional. 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. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos. Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios: a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida; b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas; c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección; d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas; e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones; f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años; i {J g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación; i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal; j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades; k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización

social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población; 1) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global; m) Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI); n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres. Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.”

[59] Ver Ley 1715 de 2015, Artículo 8.

[60] Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[61] Ley 1715 de 2015: “Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: (...) i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal (...)”.

[62] Ley 1715 de 2015: “Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la

prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (...).”

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

[64] Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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

[66] Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 5269 de 2017, Considerando: “Que de acuerdo con el artículo 2 del Decreto – Ley 4107 de 2011, modificado y adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012, es competencia de este Ministerio actualizar el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación y definir y revisar como mínimo un vez al año el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de dicho plan, a cuyo cumplimiento escrito instó la Corte Constitucional en la orden décimo octava de la Sentencia T-760 de 2008.”

[67] Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y Auto-411 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[69] Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 5269 de 2017, Artículo 2.

[70] Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 5269 de 2017, Parte considerativa.

[71] Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 5267 de 2017.

[72] Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 5267 de 2017, Anexo Técnico, números 26 y 42.

[73] Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-237 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

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

[75] Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-786 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[76] Corte Constitucional, Sentencias T-056 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[77] Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[78] Corte Constitucional, Sentencia SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[79] Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[80] Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[81] Corte Constitucional, Sentencia T-113 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería. Esta subregla fue reiterada en la Sentencia T-906 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-447 de 2002 y T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[82] Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[83] Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-171 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[84] Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[85] Corte Constitucional, Sentencia T-118 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[86] Decreto 2591 de 1991: “Artículo 1. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.”

[87] Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[88] Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[89] Corte Constitucional, Sentencia SU-540 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[90] Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[91] Corte Constitucional, Sentencia T-321 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[92] Corte Constitucional, Sentencia T-1182 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto y T-717 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[93] Corte Constitucional, Sentencias T-165 de 2009 y T-050 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[94] Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[96] Corte Constitucional, Sentencia T-178 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo; T-171 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-237 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

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

[98] Afirmación que puede ser verificada y respaldada con el contenido del expediente.

[99] Entre otras afirmaciones, se puede destacar que en el fallo se menciona que “(...) a pesar de que el anexo técnico de la Resolución 5267 de 2017 no incluye en el PBS las lociones hidratantes corporales y los insumos de aseo, la Corte Constitucional ha contemplado la posibilidad de inaplicar ese tipo de exclusiones (...)”.