

Sentencia T-445/17

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Tratamiento integral

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de los niños

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

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Características

Dicho procedimiento judicial: (i) debe llevarse de acuerdo con los “principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”; (ii) no requiere ninguna formalidad ni la actuación por medio de apoderado para ponerse en marcha; y (iii) es una acción preferente y sumaria dentro de la cual se dicta un fallo máximo diez días después de haberse elevado la solicitud, y dicha decisión puede ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

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

Aunque el procedimiento judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud, en principio, es idóneo para asegurar la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de las personas, la acción de tutela resulta procedente cuando las circunstancias particulares de cada caso concreto hacen que la función jurisdiccional de aquella autoridad no resulte lo suficientemente eficaz para garantizar tales prerrogativas; o cuando el juez constitucional

advierta un riesgo de daño inminente y grave a un bien de alta significación objetiva protegido por el ordenamiento jurídico o a un derecho constitucional fundamental, que requiera medidas urgentes e imposterables para evitar su ocurrencia.

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Excepciones para aceptar que se presente en un extenso espacio de tiempo entre vulneración y presentación

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

(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

DERECHO AL DIAGNOSTICO DE UNA ENFERMEDAD HACE PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

Se ha considerado que el suministro del tratamiento integral a través del amparo constitucional se debe sujetar: (i) a que la EPS haya actuado negligentemente en la prestación del servicio, y (ii) a que exista una orden del médico tratante especificando las prestaciones necesarias para la recuperación del paciente.

DERECHO A LA VIDA DIGNA Y A LA SALUD DE MENOR EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS suministrar pañales desechables y fórmula polimérica Pediasure, efectuar valoraciones cada tres meses y prestar tratamiento integral a menor en situación de discapacidad

DERECHO A LA VIDA DIGNA Y A LA SALUD DE MENOR EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS suministrar pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis,

efectuar valoraciones cada tres meses y prestar tratamiento integral a menor en situación de discapacidad

Referencia: Expedientes (i) T-6.018.637 y (ii) T-6.025.506 (acumulados).

Acciones de tutela instauradas por: (i) María Angélica Osorio Salazar, en calidad de agente oficiosa de la menor Sofía Buitrago Montoya, contra Savia Salud EPS; y (ii) Nervalía Meza Pineda, en representación de su hija Sharon Julieth Monsalve Meza, contra Coosalud EPS-S y el Departamento Administrativo Distrital de Salud de Cartagena.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., trece (13) de julio dos mil diecisiete (2017).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos en los procesos de la referencia¹, en los que los peticionarios argumentaron la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social por parte de las Entidades Promotoras de Salud accionadas.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-6.018.637

1.1. Hechos y pretensiones

1.1.1. La menor Sofía Buitrago Montoya tiene 9 años, pertenece al régimen subsidiado de salud, está afiliada a Savia Salud EPS, padece secuelas de parálisis cerebral, retraso mental e incontinencia urinaria y fecal y, además, el 29 de septiembre de 2015 fue diagnosticada con desnutrición proteico calórica y una disfagia que le impedía tolerar alimentos sólidos y la exponía a un riesgo alto de bronco aspiración, así como a un deterioro progresivo de su estado nutricional. Razón por la cual, en esa fecha la nutricionista le prescribió siete latas mensuales de una fórmula polimérica Pediasure, y el 24 de noviembre del mismo año la médica general suscribió una orden por tres meses en la que le formuló el uso diario de cinco pañales desechables etapa cuatro².

1.1.2. La señora María Angélica Osorio Salazar, quien actuó como agente oficiosa en el proceso de tutela y adujo ser hermana de la abuela de Sofía, indicó que la menor no ha podido obtener oportunamente el suministro de aquellos insumos, pues mientras que en unas ocasiones la EPS accionada no los proporcionó a tiempo, o no realizó su entrega, en otras su estado de salud le impidió reclamarlos en el momento indicado y nadie de su familia lo hizo³.

1.1.3. Con fundamento en lo anterior, la Señora Osorio Salazar interpuso acción de tutela el 4 de febrero de 2016, en la que indicó que ella y el núcleo familiar de Sofía Buitrago no cuentan con los recursos económicos suficientes⁴ para continuar adquiriendo los insumos referidos. Motivo por el cual, la agente oficiosa solicitó al juez constitucional ordenar a Savia Salud EPS, primero, autorizar la entrega indefinida de los pañales desechables etapa cuatro y de la fórmula polimérica Pediasure en el municipio en el que reside la agenciada, es decir en Rionegro-Antioquia, y, segundo, garantizar un tratamiento integral a la menor.

1.2. Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro admitió el mecanismo de amparo y ordenó correr traslado a la entidad accionada y a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia para que se pronunciaran en relación con los hechos expuestos por la señora María Angélica Osorio en el escrito de tutela.

Así pues, mientras que la EPS demandada guardó silencio, la referida Secretaría solicitó al

juez constitucional que, frente al caso concreto, la exonerara de cualquier responsabilidad, pues no es competente para financiar y autorizar el suministro de los insumos que pretende la tutelante.

1.3. Decisión de instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro, mediante sentencia del 17 de febrero de 2016, advirtió que, tal y como la agente oficiosa lo aceptó, en muchas ocasiones los insumos requeridos no fueron reclamados por los acudientes de la menor Sofía Buitrago. Motivo por el cual, no advirtió que la EPS accionada hubiese cometido alguna conducta a partir de la cual se pueda inferir la amenaza o la vulneración de las garantías fundamentales de la menor y, por tanto, no concedió el amparo.

Sin embargo, advirtió que posiblemente Sofía Buitrago atraviesa un estado de vulnerabilidad que no puede ser desatendido, razón por la cual, informó los hechos expuestos en el escrito de tutela al Centro Zonal de Rionegro del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la respectiva Comisaría de Familia, para asegurar que efectivamente se satisfaga el interés superior de la menor y para que, de ser necesario, se ejecuten las medidas de restablecimiento de sus derechos, así como el acompañamiento y los trámites que garanticen la materialización de los mismos.

2. Expediente T-6.025.506

2.1. Hechos y pretensiones

2.1.1. La menor Sharon Julieth Monsalve Meza tiene 6 años, pertenece al régimen subsidiado de salud⁵, está afiliada a Coosalud EPS-S, padece síndrome de down, parálisis cerebral espástica e incontinencia urinaria y fecal y, además, el 9 de septiembre de 2015 fue diagnosticada con una infección urinaria ascendente. Por tanto, para evitar dicha patología y una dermatitis amoniacal, en esa fecha el médico pediatra suscribió una orden por tres meses en la que prescribió a la niña Sharon Julieth el uso permanente y diario de seis pañales desechables etapa cuatro, así como un nuevo control con pediatría después de 90 días⁶.

2.1.2. La señora Nerverlia Meza, madre de la menor, indicó que en octubre de 2015 en las

instalaciones de la EPS-S accionada le negaron verbalmente el suministro de los pañales prescritos argumentando que el Departamento Administrativo Distrital de Salud de Cartagena no autorizó su entrega⁷.

2.1.3. Con fundamento en lo anterior, la Señora Meza Pineda interpuso acción de tutela el 2 de mayo de 2016, en la que indicó que ella y su esposo no cuentan con los recursos económicos suficientes⁸ para adquirir los insumos que el médico tratante le prescribió a su hija. Motivo por el cual, la peticionaria solicitó al juez constitucional ordenar a Coosalud EPS-S y al Departamento Administrativo Distrital de Salud de Cartagena, primero, autorizar y entregar los pañales desechables formulados por el galeno tratante de la menor, así como dos bolsas de pañitos húmedos y un tubo de crema antipañalitis mensualmente, y, segundo, garantizar a la niña un tratamiento integral de acuerdo con las patologías que padece.

2.2. Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Décimo Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena admitió el mecanismo de amparo y ordenó correr traslado a las entidades accionadas para que se pronunciaran en relación con los hechos que motivaron la acción de tutela interpuesta por la señora Nerverlia Meza Pineda. Sin embargo, el Departamento Administrativo Distrital de Salud de Cartagena guardó silencio

Por su parte, Coosalud EPS-S manifestó que la tutelante pretende la entrega de unos insumos que fueron prescritos a la menor ocho meses antes, y ello, a su juicio, demuestra que no hubo urgencia en la interposición del amparo constitucional. Asimismo, resaltó: (i) que por el tiempo transcurrido no hay certeza de la necesidad actual de los pañales ni de la evolución del diagnóstico; (ii) que el sistema informático que genera las autorizaciones no permite registrar órdenes médicas de años anteriores; y (iii) que ha garantizado a la niña todos los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, e incluso aquellos que están por fuera de su cobertura, siempre y cuando el Comité Técnico Científico haya aprobado su suministro.

2.3. Decisión de instancia

El Juzgado Décimo Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de

Cartagena, mediante sentencia del 16 de mayo de 2016, resaltó, primero, que la actora no aportó una orden médica en la que el galeno tratante hubiere prescrito los pañitos húmedos y la crema antipañalitis a la menor Sharon Monsalve y, segundo, que la fórmula en la que el pediatra ordenó el suministro de los pañales sólo tenía una vigencia de tres meses y también contenía la prescripción de un control con aquel especialista después de 90 días.

Así las cosas, el a quo negó el amparo luego de considerar que la menor debía ser valorada nuevamente para verificar la evolución de sus patologías y la necesidad de los insumos requeridos, pues adujo que la orden médica fue suscrita ocho meses antes y después de dicho lapso las condiciones de salud de la niña pudieron variar.

Finalmente, el juez de tutela tampoco ordenó el suministro de un tratamiento integral, toda vez que no encontró acreditado que las entidades accionadas hayan negado de forma reiterativa e injustificada las tecnologías de salud prescritas a la niña.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

2. Procedencia de la acción de amparo constitucional

En primer lugar, la Sala considera que las señoras Osorio Salazar y Meza Pineda están legitimadas para promover el amparo contra las autoridades accionadas⁹, pues a la luz de los artículos 44¹⁰ superior y 1011 del Decreto 2591 de 1991: (i) la persona que aparentemente sufre una vulneración o amenaza en sus derechos fundamentales y ejerce acción de tutela puede actuar a través de su representante, como por ejemplo ocurre cuando los padres, en ejercicio de la patria potestad, representan judicialmente a sus hijos menores de edad¹², tal y como lo hizo la mamá de Sharon Monsalve; y (ii) cualquier persona —natural o jurídica— puede exigir de la autoridad competente la garantía y el cumplimiento de los derechos de los niños, así como también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el

titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, conforme lo realizó la señora María Angélica Osorio con Sofía Buitrago, quien además de ser una niña de 9 años, atraviesa por una circunstancia de debilidad manifiesta que le impide recurrir a esta acción constitucional para buscar por sus propios medios la protección de sus derechos¹³.

En segundo lugar, también advierte que la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional que procede en los casos en que no existe otro medio de defensa judicial para la protección de las garantías fundamentales aparentemente amenazadas o vulneradas, o en los que aun existiendo, éste no es idóneo y eficaz para salvaguardar tales prerrogativas, o no tiene la potencialidad de evitar un perjuicio irremediable.

Así las cosas, en relación con la seguridad social en salud, las leyes 1122 de 2007¹⁴ y 1438 de 2011¹⁵ otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para resolver, con las potestades propias de un juez, algunas controversias entre las empresas promotoras (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. De esa manera, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 establece que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo: (i) los asuntos concernientes a la “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”; y (ii) todo aquello que verse sobre “prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo”.

Ahora bien, dicho procedimiento judicial: (i) debe llevarse de acuerdo con los “principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”¹⁶; (ii) no requiere ninguna formalidad ni la actuación por medio de apoderado para ponerse en marcha; y (iii) es una acción preferente y sumaria dentro de la cual se dicta un fallo máximo diez días después de haberse elevado la solicitud, y dicha decisión puede ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

Así entonces, aunque el procedimiento judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud, en principio, es idóneo para asegurar la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de las personas, la acción de tutela resulta procedente cuando las circunstancias

particulares de cada caso concreto hacen que la función jurisdiccional de aquella autoridad no resulte lo suficientemente eficaz para garantizar tales prerrogativas; o cuando el juez constitucional advierta un riesgo de daño inminente y grave a un bien de alta significación objetiva protegido por el ordenamiento jurídico o a un derecho constitucional fundamental, que requiera medidas urgentes e impostergables para evitar su ocurrencia.

En este sentido, la Sala advierte que en los casos que hoy ocupan nuestra atención, si bien el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud podría desatar las pretensiones que formularon los actores, no resulta lo suficientemente eficaz para proteger de forma efectiva los derechos fundamentales supuestamente vulnerados, teniendo en cuenta: (i) que se trata de dos niñas que por las patologías que padecen demandan un tratamiento complejo que exige cierta continuidad y constancia en su realización para no afectar el manejo de sus enfermedades; y (ii) que las menores soportan afecciones neurológicas que exigen un cuidado particularmente más riguroso, y reclaman unas tecnologías que suplen ciertos cuidados o actividades cotidianas y esenciales que requiere una persona con los padecimientos que las aquejan para mantener una vida en condiciones dignas de existencia, así como un estado de salud relativamente estable.

Igualmente, esta Sala considera que el paso del tiempo sin obtener una respuesta inmediata a los requerimientos realizados restringiría significativamente el goce y disfrute del derecho a la salud de ambas niñas, ya que las pretensiones elevadas están dirigidas a salvaguardar el acceso real y oportuno a las tecnologías que les fueron prescritas con ocasión de las patologías que sufren y, en ese sentido, la improcedencia de esta acción constitucional podría, en cualquier instante, degenerar en el desamparo de los derechos o la irreparabilidad de sus consecuencias¹⁷.

De igual forma, se debe tener en cuenta que la corta edad y las patologías de Sofía Buitrago y de Sharon Julieth Monsalve limitan ostensiblemente la autonomía, el cuidado personal, la locomoción y la independencia en las actividades básicas de la vida diaria que realizan las personas, motivo por el cual, la eficacia de otros medios de defensa judicial se relativiza en dichos escenarios, y el análisis de la procedencia de la tutela se tiene que realizar sobre la base de supuestos que permitan la materialización real y efectiva de los garantías fundamentales de sujetos de especial protección constitucional.

De esa manera, la Sala considera que los elementos referidos, aunados a la protección especial¹⁸ que debe proveer el Estado a aquellas personas que por su condición física se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta¹⁹, hacen necesaria la intervención inmediata del juez constitucional en estos casos, pues, incluso, teniendo en cuenta el desgaste procesal y el tiempo que las acciones de tutela han tenido que soportar en la jurisdicción constitucional a pesar de su carácter expedito y rápido, resultaría desproporcionado someter a las menores de edad a otro trámite procesal o a una espera mayor de la que ya han afrontado desde la presentación del mecanismo amparo²⁰.

En este sentido, dichas personas demandan una protección urgente en caso de que sus derechos fundamentales estén siendo desconocidos, y constituiría una carga insostenible enviar las diligencias a la mencionada Superintendencia, pues sería apremiante evitar que el acceso a las tecnologías que requieren se vea interrumpido o su acceso se torne espinoso a pesar de la complejidad de sus padecimientos, razón por la cual, existe suficiente premura para proporcionar medidas impostergables que busquen asegurar unas condiciones dignas de existencia.

Por otro lado, en relación con el requisito de inmediatez que se debe analizar para verificar la procedencia de este mecanismo constitucional, sin perjuicio del término razonable que pueda existir entre las conductas que desencadenaron el presunto menoscabo de los derechos invocados por las peticionarias o los hechos que produjeron la necesidad de formular el amparo, y la interposición de la acción de tutela²¹, se debe tener en cuenta que “lo que ordena el principio de inmediatez es establecer una adecuada ponderación entre el respeto por la estabilidad jurídica, los intereses de terceros y los derechos fundamentales presuntamente afectados. Por ello, en el análisis de inmediatez cobran especial relevancia las condiciones personales del actor y el tipo de asunto que se controvierte”²², a tal punto que esta Corporación incluso ha planteado eventuales excepciones al citado requisito de procedencia²³.

Así entonces, una acción de tutela podría resultar procedente cuando, por ejemplo, “a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de

prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata”²⁴.

En consecuencia, teniendo presente que a las menores supuestamente afectadas aún no se les han suministrado los insumos requeridos, la posible trasgresión a las garantías constitucionales permanece a pesar del tiempo, es decir, que en ambos casos la presunta situación de vulnerabilidad es continua y actual, de manera que la intervención del juez de tutela resultaría urgente e inmediata.

Por lo anterior, la acción de amparo es el mecanismo judicial procedente para examinar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales invocadas en los procesos de la referencia. Razón por la cual, la Sala planteará el esquema de resolución y posteriormente analizará cada uno de los casos objeto de estudio.

3. Esquema de resolución

Debido a que la Corte Constitucional en múltiples ocasiones ha abordado casos similares a los que hoy ocupan la atención de esta Sala, es decir, asuntos en los cuales los accionantes solicitan la garantía de un tratamiento integral para efectos de lograr el acceso a tecnologías en salud²⁵, y el suministro de insumos que las Entidades Promotoras de Salud no autorizan o no proveen argumentando, entre otras razones, que no están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud o que no existe una fórmula médica que los haya prescrito, la Sala se limitará a elevar algunas precisiones en relación con dichos supuestos.

4. Precisiones en relación con la cobertura del tratamiento integral y la autorización de medicamentos, tratamientos, insumos y servicios no incluidos o excluidos del POS, a través de la acción de tutela

Existen insumos, procedimientos o servicios que pueden asegurar la materialización del derecho a la salud en sus diferentes facetas. En primer lugar, hay instrumentos que desarrollan el núcleo ambiental y social de la salud, permitiendo, por ejemplo, que la composición del agua, del aire o de los alimentos no atente contra la sanidad y salubridad humana. En segundo lugar, se encuentran las tecnologías en salud para la prevención, paliación, la atención de la enfermedad en todas sus fases y la rehabilitación de las secuelas

que afectan al individuo. Y, en último lugar, podríamos identificar a las prestaciones complementarias en salud, las cuales, si bien no garantizan prima facie la prevención, el cuidado, el tratamiento o la curación de una enfermedad, por contragolpe aseguran la consecución de tales fines, pues forman parte de un servicio integral que permite el acceso efectivo a distintas tecnologías en salud²⁹.

De esta manera, si bien La Ley 100 de 1993³⁰ constituye, por un lado, la regulación a partir de la cual se han desplegado los derechos de los afiliados al Régimen de Seguridad Social en Salud y, por otro, las reglas conforme a las cuales dichos usuarios tienen acceso a un grupo de tecnologías en salud específicamente dispuestas en un plan de salud obligatorio³¹, no ha existido una política pública que regule con suficiencia y rigor el suministro de servicios complementarios en salud.

Así entonces, aunque por ejemplo las Resoluciones 5521 de 2013³², 5592 de 2015³³ y 6408 de 2016³⁴ precisaron la forma en que los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a exigir el suministro y el acceso a las tecnologías en salud que están incluidas en aquellos planes, no definieron especialmente el procedimiento o una política completa de manejo y acción para obtener la provisión focalizada y subsidiaria de los servicios complementarios en salud que el usuario no pueda alcanzar por sus propios medios³⁵.

No obstante lo anterior y atendiendo a dicha disfuncionalidad, el juez constitucional reiteradamente ha aplicado reglas jurisprudenciales para garantizar en casos concretos el acceso a dichos servicios complementarios en salud. Así pues, en cuanto a los pañales desechables y otros insumos³⁶ que, pese a estar excluidos del POS o simplemente no estar incluidos en el mismo³⁷, normalmente se solicitan para el tratamiento de pacientes que no tienen control de esfínteres ni movilidad, esta Corporación ha indicado que se deben acreditar ciertos requisitos para determinar si es procedente, o no, su suministro.

En este orden de ideas, si bien el juez de tutela debe velar por la garantía del derecho a la salud en sus diferentes núcleos o facetas, dicha protección, en cuanto a los servicios complementarios de salud concierne, no puede terminar constituyendo una flexibilización genérica del Plan de Beneficios en Salud, pues en principio, dicha política es ajena a la cobertura de actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos y procedimientos usados como servicios complementarios de salud.

Así pues, una práctica generalizada y mecánica que está encaminada a obtener el suministro de pañales desechables, pañitos húmedos, sillas de ruedas, gasas, servicio de transporte en los casos no previstos por el POS o cremas contra la pañalitis y las escaras, ha incentivado el uso de la acción de amparo constitucional con el fin de obtener el acceso a dichos insumos o servicios. Por este motivo, y teniendo en cuenta la ausencia de una política rigurosa que conlleve a las múltiples intervenciones del juez de tutela en este asunto, un monto significativo de recursos del Sistema de Seguridad Social termina sufragando distintos elementos o servicios complementarios en salud.

Dicho lo anterior, el operador jurídico tendría la obligación de abordar cada caso en concreto y cada pretensión de este tipo en sede de tutela teniendo presente una visión panorámica o general de aquel fenómeno, con el fin de evitar (i) eventuales fugas y malversaciones de recursos o (ii) la concesión de amparos y órdenes constitucionales cuyos efectos en los casos concretos se tornen confusas, bien sea porque, por ejemplo, cambian las circunstancias socio económicas del afiliado que dieron lugar al amparo, o la evolución de su estado de salud termina sustrayendo el fundamento empírico y fáctico que dio lugar a la orden por parte del juez.

De este modo, con el fin de atender el fenómeno y la disfuncionalidad atrás esbozada y procurar hacer efectivos los principios de solidaridad, complementariedad y concurrencia, sostenibilidad, universalidad y corresponsabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud³⁸, la resolución del mecanismo de amparo constitucional y las reglas jurisprudenciales que ha creado esta Corte en torno al abastecimiento de tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en salud, deben propender por garantizar: (i) una evaluación periódica de las circunstancias económicas y de salud que rodean al paciente y que afectan la necesidad del suministro del insumo o servicio; y (ii) la realización de los pagos moderadores³⁹ a los que están sujetos los afiliados y beneficiarios del sistema para racionalizar el uso de aquellas tecnologías o complementar su financiación⁴⁰, en los términos dispuestos por el artículo 187⁴¹ de la Ley 100 de 1993 y la normatividad aplicable, excluyendo, por supuesto, a los insumos, medicamentos, servicios, procedimientos y poblaciones especiales que no se encuentren sujetos al cobro de dichos pagos⁴².

Lo anterior, ya que en todo caso el acceso a estos elementos complementarios está permeado por una responsabilidad compartida que involucra al sistema y, al menos de forma

mínima o indirecta, al usuario, pues finalmente se trata de servicios complementarios en salud que se proveen de forma focalizada y subsidiaria cuando el afiliado no puede acceder a su suministro por otro plan distinto que lo beneficie, cuando no puede costearlo directamente y cuando el servicio no puede ser sustituido por otro incluido en el POS.

Ahora bien, tal y como lo ha sostenido el precedente constitucional, el Plan de Beneficios en Salud cubre a todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, independientemente que estos se encuentren vinculados al régimen contributivo o subsidiado de salud⁴³. En consecuencia, todos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a exigir el suministro y acceso a las tecnologías en salud que estén incluidas en aquel plan⁴⁴.

En este orden de ideas, el acceso a cualquier actividad, intervención, insumo, medicamento, dispositivo, servicio o procedimiento que se encuentre incluido en la cobertura del POS, debe ser garantizado por el sistema a los afiliados, de tal manera que la negación de tales tecnologías por parte de las Entidades Promotoras de Salud constituye una vulneración del derecho a la salud de las personas y, por tanto, la acción de tutela estaría llamada a garantizar la protección de dicho derecho fundamental.

Debido a lo anterior, por regla general, cuando una persona necesita una tecnología en salud que no esté incluida en el POS, debe obtenerla por su propia cuenta y asumir su costo. No obstante esto, dicha regla no es absoluta, pues “en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas” ⁴⁵.

Así entonces, excepcionalmente esta colegiatura ha considerado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud pueden solicitar a la Entidad Promotoras de Salud la provisión de medicamentos, insumos o servicios excluidos del POS, y en caso de que su suministro sea negado, podrán acudir al mecanismo de amparo constitucional, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

“(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;

(iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”⁴⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, en relación con el suministro de insumos que se necesitan para el manejo de personas que padecen pérdida del control de esfínteres o enfermedades que inhabilitan el sistema de locomoción y las extremidades del cuerpo, como por ejemplo ocurre con el uso de pañales desechables o cremas hidratantes o sillas de ruedas, se debe tener presente, en primer lugar, que la Corte Constitucional ha sostenido que en los casos en los que no exista fórmula del médico tratante que prescriba su uso, habrá lugar a ordenar su suministro cuando sea posible deducir que “existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables”⁴⁷.

Dicho de otro modo, “se trata de que las circunstancias fácticas y médicas permitan concluir forzosamente que, en realidad, el afectado necesita de la provisión de los componentes solicitados”⁴⁸, motivo por el cual, habrá lugar a ordenar la entrega de tecnologías no POS sin prescripción médica, cuando quiera que sea posible deducir que existe una relación de necesidad y no solo de simple contribución u opción, entre la dolencia y los elementos solicitados. A la anterior conclusión, se podrá allegar bien sea por lo que consta en la historia clínica del paciente, o por sus propias condiciones⁴⁹.

De esta manera, de presentarse los presupuestos jurisprudenciales anteriormente expuestos, la Entidad Promotora de Salud tendrá que proporcionar el servicio, procedimiento, insumo, tratamiento o medicamento que requiera el usuario, independientemente de que el

financiamiento del mismo recaiga en ella, o no, evento último en el cual estará habilitada para recobrar lo correspondiente al Fosyga, a la entidad territorial o al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según sea el caso.

En segundo lugar, resulta preciso advertir que en los eventos en los que no haya orden médica, y del análisis de los elementos de juicio existentes en el proceso no sea evidente con suficiente certeza la necesidad del insumo, servicio o medicamento pretendido en sede de tutela, pero se observe una actuación poco diligente de la empresa prestadora del servicio de salud, este Tribunal ha considerado que tal situación desconoce el derecho al diagnóstico⁵⁰, es decir, la garantía que posee el usuarios de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado.”⁵¹.

En tercer lugar, se debe tener en cuenta que cuando exista un conflicto entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico relacionado con la prescripción y la procedencia de un servicio de salud excluido del POS, la Corte Constitucional decidió que “mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario”⁵³.

Y, en último lugar, dado que el galeno tratante es el profesional competente para decidir si alguien requiere una tecnología en salud (incluida o no en el POS), pues conoce al paciente y prescribe las órdenes médicas con base en criterios técnicos y científicos, también resulta importante reiterar que una EPS “sólo puede desconocer el concepto de un médico reconocido que no está adscrito a su red de prestadores, cuando su posición se funda en razones médicas especializadas sobre el caso en cuestión”⁵⁴. De esta manera, si la entidad

tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en consideraciones de carácter técnico y científico teniendo la historia clínica del paciente, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona, porque no ha sido sometido el asunto a consideración de los galenos adscritos a la EPS o porque hay ausencia de valoración médica por parte de los correspondientes profesionales, el concepto médico externo vincula a la entidad⁵⁵.

Ahora bien, en lo que concierne al suministro del tratamiento integral, cabe resaltar que el principio de integralidad en el acceso a los servicios de salud se exterioriza en la autorización, práctica o entrega de las tecnologías a las que una persona tiene derecho, siempre que el galeno tratante los considere necesarios para el tratamiento de sus patologías. De lo anterior se desprende que “la atención en salud no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente, sino que también implica el suministro de todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna”⁵⁶.

En este sentido, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir según lo dispuesto por el médico tratante⁵⁷, el juez constitucional debe ordenar la entrega de todos los servicios médicos necesarios para conservar o restablecer la salud de la persona cuando la entidad encargada de ello no haya actuado con diligencia, poniendo así en riesgo sus derechos fundamentales⁵⁸.

Por lo anterior, se ha considerado que el suministro del tratamiento integral a través del amparo constitucional se debe sujetar: (i) a que la EPS haya actuado negligentemente en la prestación del servicio, y (ii) a que exista una orden del médico tratante especificando las prestaciones necesarias para la recuperación del paciente⁵⁹.

Ahora, con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala abordará los casos en concreto.

5. Análisis de los casos en concreto

5.1. Expediente T-6.018.637

De las pruebas y los antecedentes relacionados en esta providencia se desprende: (i) que los profesionales tratantes de la menor Sofía Buitrago, con el ánimo de asegurar un estado de salud aceptable, manejar las patologías que padece, evitar riesgos que atenten contra la

integridad de la infante y reforzar la protección de su derecho fundamental a la vida digna, le prescribieron pañales desechables y una fórmula polimérica Pediasure pues, en principio, la falta de tales insumos empeoraría la convalecencia de las patologías que afectan a la niña⁶⁰; (ii) que, prima facie, los insumos requeridos no cuentan con artículos sustitutos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud que puedan remplazarlos funcionalmente; (iii) que, además, la entidad accionada no descartó las fórmulas médicas con base en consideraciones de carácter técnico y científico; y (iv) que el núcleo familiar de la niña no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear directamente el valor de las tecnologías en cuestión⁶¹.

En consecuencia, la Sala ordenará a Savia Salud EPS que, mientras la menor Sofía Buitrago esté afiliada a la entidad, le suministre los insumos solicitados en sede de tutela tal y como los profesionales tratantes lo indicaron en las fórmulas médicas suscritas el 29 de septiembre y el 24 de noviembre de 2015. Sin embargo, debido a la evolución del diagnóstico, de las condiciones de salud y de las patologías de la menor, esta orden está condicionada a que la entidad, en el término de setenta y dos (72) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, valore a la niña por medio de sus profesionales tratantes para que confirmen médicamente la dosificación diaria de los insumos concedidos, así como las particularidades y las condiciones de modo y tiempo en que deben ser proveídos de acuerdo con lo que actualmente prevea y demanden el cuadro clínico y las enfermedades de la menor, respectivamente.

De igual forma, se ordenará a la EPS demandada que, mientras la menor Sofía Buitrago esté afiliada a la entidad, le efectúe una valoración cada tres meses con el fin de que un médico que conozca de primera mano el estado de salud de la paciente, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca la condiciones de modo, uso y tiempo en que deben ser proveídas aquellas tecnologías de acuerdo con lo que indique y demanden el cuadro clínico y las enfermedades de la niña, respectivamente.

Finalmente, en relación con el manejo o tratamiento integral solicitado por la actora, con el fin de hacer determinable la orden, evitar la interposición de una acción de tutela por cada servicio, medicamento, procedimiento o insumo que sea requerido, y no desconocer la buena fe que debe presumirse de las actuaciones futuras de la entidad demandada, se precisará que el mismo estará limitado a lo que los galenos tratantes valoren como necesario para el

restablecimiento del estado de salud de la niña Sofía Buitrago Montoya, y se entenderá concedido solamente en torno a los siguientes padecimientos: secuelas de parálisis cerebral, retraso mental, incontinencia urinaria y fecal, desnutrición proteico calórica y disfagia.

5.2. Expediente T-6.025.506

De acuerdo con los las pruebas que obran en el proceso de la referencia y lo antecedentes consignados en esta providencia, la Sala advierte: (i) que el médico tratante, con el fin de reforzar la protección del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de la menor Sharon Monsalve, manejar la incontinencia urinaria y fecal que padece, controlar la infección urinaria ascendente que se le diagnosticó y evitar una dermatitis amoniaca, le prescribió pañales desechables pues, en principio, la falta de tales insumos empeoraría la convalecencia de las patologías que afectan al paciente; (ii) que, prima facie, los insumos requeridos no cuentan con artículos sustitutos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud que puedan remplazarlos funcionalmente; (iii) que, además, la entidad accionada no descartó las fórmulas médicas con base en consideraciones de carácter técnico y científico; y (iv) que el núcleo familiar de la niña no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear directamente el valor de los insumos solicitados⁶².

Asimismo, aunque la madre de la menor solicitó el suministro mensual de pañitos húmedos y crema antipañalitis, y en el sub judice no obra una fórmula emitida por un médico adscrito a la EPS que ordene dichos insumos, la Sala evidencia que existe una relación directa entre aquellos insumos requeridos, la incontinencia urinaria y fecal que padece la niña, la dermatitis amoniaca que el galeno pretende evitar y la infección urinaria ascendente que quiso controlar, motivo por el cual, las circunstancias médicas y fácticas presentes permiten que la Sala concluya, forzosamente, que, en realidad, la menor necesita la provisión de los componentes solicitados, más aún cuando en la contestación de la tutela la entidad demandada no negó que aquellos insumos sean útiles o necesarios para la niña, pues tan solo se restringió a indicar que por el tiempo transcurrido no hay certeza actual de la necesidad de los pañales, sin siquiera desvirtuar la procedencia de aquellas tecnologías con base en la historia clínica de la niña, en razones médicas o en argumentos científicos.

En consecuencia, la Sala ordenará a Coosalud EPS-S que, mientras la menor Sharon Julieth Monsalve esté afiliada a la entidad, le suministre los pañales desechables solicitados en sede

de tutela conforme el galeno tratante lo indicó en la fórmula médica suscrita el 9 de septiembre de 2015, así como el suministro de pañitos húmedos y crema antipañalitis. Sin embargo, debido a la evolución del diagnóstico y de las condiciones de salud de la menor, y a que no obra una orden médica que indique la cantidad y características de los dos últimos insumos referidos, esta orden está condicionada a que la entidad, en el término de setenta y dos (72) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, valore a la niña por medio de sus profesionales tratantes para que confirmen o determinen médicamente la dosificación diaria de los insumos concedidos, así como las particularidades y las condiciones de modo y tiempo en que deben ser proveídos de acuerdo con lo que actualmente prevea y demanden el cuadro clínico y las enfermedades de la menor, respectivamente.

De igual forma, se ordenará a la EPS demandada que, mientras la menor Sharon Julieth Monsalve Meza esté afiliada a la entidad, le efectúe una valoración cada tres meses con el fin de que un médico que conozca de primera mano el estado de salud de la paciente, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca la condiciones de modo, uso y tiempo en que deben ser proveídas aquellas tecnologías de acuerdo con lo que indique y demanden el cuadro clínico y las enfermedades de la niña, respectivamente.

Por último, en relación con el manejo integral solicitado por la actora, con el fin de hacer determinable la orden, evitar la interposición de una acción de tutela por cada servicio, medicamento, procedimiento o insumo que sea requerido, y no desconocer la buena fe que debe presumirse de las actuaciones futuras de Coosalud EPS-S, se precisará que el mismo estará limitado a lo que el galeno tratante valore como necesario para el restablecimiento del estado de salud de la niña Sharon Monsalve Meza, y se entenderá concedido únicamente en torno a los siguientes padecimientos: síndrome de down, parálisis cerebral y espástica, infección urinaria ascendente e incontinencia urinaria y fecal.

5.3. Teniendo en cuenta que en los casos objeto de estudio se ordenará el suministro de insumos que no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud y que ambas menores están afiliadas al régimen subsidiado, la Corte advertirá a las Entidades Promotoras de Salud demandadas: (i) que las órdenes decretadas tendrán efectos hasta que persistan los supuestos de hecho que dieron origen a la tutela de los derechos fundamentales; (ii) que, en todo caso, cualquier interrupción de las tecnologías en salud decretadas deberá estar sustentada en razones científicas, las cuales tendrán que ser expuestas ante el juez de

primera instancia, quien, de acuerdo con el inciso 4° del Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991⁶³, será el encargado de suspender, o no, la provisión de las tecnologías en salud concedidas, ya que dicho funcionario judicial “mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”; y (iii) que, con arreglo a la normatividad aplicable, deberán efectuar el cobro de los copagos que contribuyen a financiar el valor de los insumos suministrados a las pacientes, siempre y cuando no se trate de una hipótesis en la que, según las normas vigentes, se deba exonerar al beneficiario de dicho pago⁶⁴, o ello no represente para las menores una barrera de acceso a las tecnologías requeridas.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el numeral primero del fallo proferido el 17 de febrero de 2016 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro, manteniendo la orden dictada en el numeral segundo de dicha providencia, y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos a la vida digna y a la salud de la menor Sofía Buitrago Montoya (T-6.018.637).

SEGUNDO.- ORDENAR a Savia Salud EPS que en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, suministre a la menor Sofía Buitrago Montoya, mientras esté afiliada a la entidad, los pañales desechables y la fórmula polimérica Pediasure tal y como los profesionales tratantes lo indicaron en las fórmulas médicas suscritas el 29 de septiembre y el 24 de noviembre de 2015. Sin embargo, esta orden está condicionada a que la entidad, en el mismo término, valore a la niña por medio de sus profesionales tratantes para que confirmen médicamente la dosificación diaria de los insumos concedidos, así como las particularidades y las condiciones de modo y tiempo en que deben ser proveídos de acuerdo con lo que actualmente prevea y demanden el cuadro clínico y las enfermedades de la menor, respectivamente (T-6.018.637).

TERCERO.- ORDENAR a Savia Salud EPS que, mientras la menor Sofía Buitrago Montoya esté afiliada a la entidad, le efectúe una valoración cada tres meses con el fin de que un médico que conozca de primera mano el estado de salud de la paciente, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca la condiciones de modo, uso y tiempo en que deben ser proveídas aquellas tecnologías de acuerdo con lo que indique y demanden el cuadro clínico y las enfermedades de la niña, respectivamente. (T-6.018.637).

CUARTO.- ORDENAR a Savia Salud EPS que, según las indicaciones y prescripciones de los médicos tratantes adscritos a la Entidad, suministre el tratamiento integral en salud que requiera la menor Sofía Buitrago Montoya para el manejo, la recuperación o estabilización de las siguientes afecciones: secuelas de parálisis cerebral, retraso mental, incontinencia urinaria y fecal, desnutrición proteico calórica y disfagia. (T-6.018.637).

QUINTO.- ADVERTIR a Savia Salud EPS: (i) que las órdenes decretadas tendrán efectos hasta que persistan los supuestos de hecho que dieron origen a la tutela de los derechos fundamentales; (ii) que, en todo caso, cualquier interrupción de las tecnologías en salud decretadas deberá estar sustentada en razones científicas, las cuales tendrán que ser expuestas ante el juez de primera instancia, quien, de acuerdo con el inciso 4° del Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, será el encargado de suspender, o no, la provisión de las tecnologías en salud concedidas, ya que dicho funcionario judicial “mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”; y (iii) que, con arreglo a la normatividad aplicable, deberá efectuar el cobro de los copagos que contribuyen a financiar el valor de los insumos suministrados a la menor Buitrago Montoya, siempre y cuando no se trate de una hipótesis en la que, según las normas vigentes, se deba exonerar al beneficiario de dicho pago, o ello no represente para la paciente una barrera de acceso a las tecnologías requeridas (T-6.018.637).

SEXTO.- REVOCAR el fallo proferido el 16 de mayo de 2016 por el Juzgado Décimo Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos a la vida digna y a la salud de la menor Sharon Julieth Monsalve Meza. (T-6.025.506).

SÉPTIMO.- ORDENAR a Coosalud EPS-S que en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, suministre a la menor Sharon Julieth

Monsalve Meza, mientras esté afiliada a la entidad, los pañales desechables solicitados conforme el galeno tratante lo indicó en la fórmula médica suscrita el 9 de septiembre de 2015, así como el suministro de pañitos húmedos y crema antipañalitis. Sin embargo, debido a la evolución del diagnóstico y de las condiciones de salud de la menor, y a que no obra una orden médica que indique la cantidad y características de los dos últimos insumos referidos, esta orden está condicionada a que la entidad, en el mismo término, valore a la niña por medio de sus profesionales tratantes para que confirmen o determinen médicamente la dosificación diaria de los insumos aquí concedidos, así como las particularidades y las condiciones de modo y tiempo en que deben ser proveídos de acuerdo con lo que actualmente prevea y demanden el cuadro clínico y las enfermedades de la menor, respectivamente. (T-6.025.506).

OCTAVO.- ORDENAR a Coosalud EPS-S que, mientras la menor Sharon Julieth Monsalve Meza esté afiliada a la entidad, le efectúe una valoración cada tres meses con el fin de que un médico que conozca de primera mano el estado de salud de la paciente, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca la condiciones de modo, uso y tiempo en que deben ser proveídas aquellas tecnologías de acuerdo con lo que indique y demanden el cuadro clínico y las enfermedades de la niña, respectivamente. (T-6.025.506).

NOVENO.- ORDENAR a Coosalud EPS-S que, según las indicaciones y prescripciones de los médicos tratantes adscritos a la Entidad, suministre el tratamiento integral en salud que requiera la menor Sharon Julieth Monsalve Meza para el manejo, la recuperación o estabilización de las siguientes afecciones: síndrome de down, parálisis cerebral y espástica, infección urinaria ascendente e incontinencia urinaria y fecal. (T-6.025.506).

DÉCIMO.- ADVERTIR a Coosalud EPS-S: (i) que las órdenes decretadas tendrán efectos hasta que persistan los supuestos de hecho que dieron origen a la tutela de los derechos fundamentales; (ii) que, en todo caso, cualquier interrupción de las tecnologías en salud decretadas deberá estar sustentada en razones científicas, las cuales tendrán que ser expuestas ante el juez de primera instancia, quien, de acuerdo con el inciso 4° del Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, será el encargado de suspender, o no, la provisión de las tecnologías en salud concedidas, ya que dicho funcionario judicial “mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”; y (iii) que, con arreglo a la normatividad aplicable, deberá efectuar el cobro

de los copagos que contribuyen a financiar el valor de los insumos suministrados a la menor Monsalve Meza, siempre y cuando no se trate de una hipótesis en la que, según las normas vigentes, se deba exonerar al beneficiario de dicho pago, o ello no represente para la paciente una barrera de acceso a las tecnologías requeridas (T-6.025.506).

DÉCIMO PRIMERO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 Los expedientes de la referencia fueron seleccionados y acumulados para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres, mediante Auto del 16 de marzo de 2017.

2 El cuadro diagnóstico y las fórmulas médicas están anexos en los folios 17 y s.s del cuaderno 1.

3 Dicha información obra en el escrito de tutela y en la declaración que la agente oficiosa rindió en el proceso de tutela ante el juez de primera instancia. Folios del 2 al 14 y 33 del cuaderno 1.

4 La agente oficiosa, mediante la declaración juramentada que rindió ante el a quo, informó que la niña Sofía vive con la madre, que no trabaja y sufre una pérdida total de la capacidad auditiva y del habla, y con los abuelos. // Ahora bien, en relación con la capacidad y el apoyo económico que los familiares brindan a Sofía, indicó que el progenitor de la niña aporta una cuota mensual equivalente a \$180.000, que el abuelo es pensionado, que la abuela es ama de casa y que ella colabora con algunos gastos de la menor, pues también es pensionada y le preocupa la difícil situación que atraviesa la niña. Folio 33 del cuaderno 1.

5 Además, tal y como se corroboró en la página web: www.sisben.gov.co, la encuesta del Sisbén se le realizó en la ciudad de Cartagena y arrojó un puntaje de 45,23.

6 El cuadro diagnóstico y las fórmulas médicas están anexos en los folios del 9 al 11 del cuaderno 1.

7 Dicha información está consignada en el folio 3 del cuaderno 1.

8 Específicamente, la actora manifestó que no labora pues se dedica exclusivamente al cuidado de su hija, mientras que su cónyuge se desempeña como albañil, pero no siempre tiene empleo y es él quien aporta los recursos para el sostenimiento del hogar, motivo por el cual, adujo que lo poco que gana en ese oficio no les alcanza para comprar los insumos que formuló el médico y que su hija requiere a diario. Folio 3 del cuaderno 1.

9 No sobra advertir que, de acuerdo con los artículos 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991, el mecanismo de amparo constitucional procede, entre otras circunstancias, contra las acciones u omisiones de los particulares encargados de la prestación del servicio público de salud, y contra toda acción u omisión de las autoridades públicas. Razón por la cual, las entidades accionadas en esta oportunidad, al ser personas jurídicas que prestan servicios de salud o autoridades públicas, son susceptibles de ser demandadas en sede de tutela, y en efecto, la acción procede en su contra.

10 “Artículo 44. (...) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”.

11 “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 podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”.

12 Cfr. Artículos 288 y 306 del Código Civil.

13 En relación con este punto, es necesario reiterar, tal y como quedó consignado en los hechos, que la menor Sofía Buitrago padece secuelas de parálisis cerebral, retraso mental, incontinencia urinaria y fecal, disfagia y una desnutrición proteico calórica.

14 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

15 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

16 Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

17 Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-316A de 2013 y T-859 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

18 Artículo 13 superior. “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”.

19 En este punto resulta menester aclarar que si bien la sola condición de sujeto de especial

protección constitucional, no hace que el mecanismo de amparo sea procedente para reclamar derechos prestacionales, esta Corte ha sostenido que en dicho escenario el estudio de la procedibilidad de la acción de tutela se debe realizar de manera más flexible y amplia. Cfr. Sentencias T-472 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-890 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-805 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-111 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras.

20 En este sentido, no obstante el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud, por regla general, es idóneo y eficaz para resolver los asuntos que enumera el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, también se ha considerado que “resulta desproporcionado señalar que dicho mecanismo es preferente sobre el recurso constitucional, pues cuando se evidencien circunstancias de las cuales se desprenda que se encuentran en riesgo la vida, la salud o la integridad de la personas, las dos vías judiciales tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teleología de ambos instrumentos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos” (sentencia T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Al respecto, ver la sentencia T-316A de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

21 Así por ejemplo, la Sala advierte que en el caso de la niña Sofía Buitrago, las fórmulas médicas allegadas datan del 29 de septiembre y de noviembre 24 de 2015, y la acción de tutela se interpuso casi que tan solo cuatro meses después de que se suscribió la primera fórmula.

22 Sentencia T-981 de 2011.

23 En la sentencia T-1028 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto (traída a colación en la sentencia SU-158 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa), se plasmaron como eventuales excepciones al requisito de la inmediatez las siguientes: // «(i) La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras. // (ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los

derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata. // (iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que ‘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’». Al respecto ver también la sentencia T-805 de 2012.

24 *Ibídem*.

25 Tal y como lo define el numeral 38 del artículo 8 de la Resolución 6408 de 2016, “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, las tecnologías en salud son las “[a]ctividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta esta atención en salud”.

26 “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

27 “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).”. // La Resolución 5521 de 2013 quedó derogada desde el 1º de enero de 2016, momento a partir del cual empezó a regir la Resolución 5592 de 2015.

28 “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”.

29 Para efectos de la aplicación de la Resolución 3951 de 2016, “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y

análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”, el artículo 3 del citado acto administrativo definió al servicio o la tecnología complementaria como aquel “que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”.

30 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

31 También denominado Plan Obligatorio de Salud (POS) o Plan de Beneficios en Salud, sin perjuicio de que cualquiera de las dos nominaciones esté empleada correctamente.

32 “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).”.

33 “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”.

34 “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

35 Al respecto, las Resoluciones 6408 de 2016 y 5592 de 2015, cada una en su artículo 134, hicieron referencia, únicamente, al reconocimiento de tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, sólo cuando su costo sea menor o igual al costo de lo incluido en dicho Plan. Específicamente, las citadas normas dispusieron lo siguiente: “ARTÍCULO 134. RECONOCIMIENTO DE TECNOLOGÍAS NO INCLUIDAS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD CON CARGO A LA UPC. En el evento en que se prescriban tecnologías en salud, tratamientos, o servicios que sean alternativas a las cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, cuyo costo por evento o per cápita sea menor o igual al costo por evento o per cápita de lo incluido en este Plan de Beneficios, dichas tecnologías, tratamientos o servicios serán suministrados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, siempre y cuando cumplan con los estándares de calidad y habilitación vigentes y se encuentren, de ser el caso, debidamente certificadas por el Invima o la respectiva autoridad competente”. // En ese orden de ideas, aquella disposición replicó el contenido del artículo

132 de la Resolución 5521 de 2013, cuyo tenor es el siguiente “ARTÍCULO 132. RECONOCIMIENTO DE TECNOLOGÍAS NO INCLUIDAS EN EL POS. En el evento en que se prescriban tecnologías en salud, tratamientos, o servicios que sean alternativas a las cubiertas en el POS, cuyo costo por evento o per cápita sea menor o igual al costo por evento o per cápita de lo incluido en el POS, dichas tecnologías, tratamientos o servicios serán suministrados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, siempre y cuando cumplan con los estándares de calidad y habilitación vigentes y se encuentren, de ser el caso, debidamente certificadas por el INVIMA o la respectiva autoridad competente”.

36 Como por ejemplo, pañitos húmedos, silla de ruedas, gasas, servicio de transporte en los casos no previstos en el POS o cremas contra la pañalitis y las escaras.

37 Mientras que el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 excluyó de la cobertura del POS, entre otras cosas, los pañales para niños y adultos y a las cremas hidratantes o humectantes, la Resolución 5592 de 2015, cuando actualizó integralmente el Plan de Beneficios en Salud, no incorporó dichos insumos, siendo necesaria la inclusión explícita de cualquier tecnología para que se entienda cubierta por el citado Plan (Cfr. Artículos 4, 5 y 6 de la Resolución 5592 de 2015).

38 Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 153. “PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud: //

3.1 Universalidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida. //

3.2 Solidaridad. Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas. (...) //

3.13 Sostenibilidad. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo. (...) //

3.16 Complementariedad y concurrencia. Se propiciará que los actores del sistema en los distintos niveles territoriales se complementen con acciones y recursos en el logro de los fines del Sistema General de Seguridad Social en Salud. //

3.17 Corresponsabilidad. Toda

persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos el Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio. (...)”.

39 La Sala Plena de esta Corte, a través de sentencias como la C-542 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara; y la C-089 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, ya ha explicado que medidas como el establecimiento de pagos moderadores encuentran sustento en el principio constitucional de solidaridad, y representan un mecanismo pedagógico sobre la utilización racional de los servicios que se garantizan a través del sistema de salud, así como una contribución razonable dirigida a su financiación. // En ese orden de ideas, conforme lo explicó la Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, «el legislador estableció que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetas a ‘pagos moderadores’ entendiendo por tales, ‘pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles’ (artículo 187 de la Ley 100 de 1993). Los ‘pagos moderadores’ pueden ser de dos tipos: aquellos dirigidos a ‘racionalizar’ los servicios y aquellos dirigidos a ‘complementar la financiación de los servicios prestados’. El legislador advierte que en el caso de los afiliados cotizantes, los ‘pagos moderadores’ sólo pueden ser aplicados con un ‘exclusivo objetivo’, a saber, ‘racionalizar el uso de servicios del sistema’; mientras que en el caso de los beneficiarios, tales pagos también se aplicarán con el objetivo de ‘complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS’». // Así entonces, el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, estableció, primero, que el objeto de las cuotas moderadoras es regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, de tal suerte que su cobro vaya dirigido para afiliados y beneficiarios y, segundo, que los copagos son aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado cuya finalidad es ayudar a financiar el sistema y están dirigidos exclusivamente a los beneficiarios. // Ahora bien, en lo que se refiere a los pagos moderadores de los beneficiarios del régimen subsidiado, de acuerdo con la regulación (Acuerdo 260 de 2004), son contribuciones equitativas, dirigidas a contribuir a financiar los servicios recibidos, motivo por el cual dicha regulación establece que los “beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban, a través de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén”. Asimismo, tal y como lo mencionó la citada sentencia T-760 de 2008, el legislador

fijó «parámetros al señalar que ‘no habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace’ (lit, g, art. 14, Ley 1122 de 2007); y que ‘no habrá períodos mínimos de cotización o períodos de carencia superiores a 26 semanas en el Régimen Contributivo’ (lit, g, art. 14, Ley 1122 de 2007); La regla de ‘excluir de los pagos moderadores’, fue extendida por el regulador a algunas poblaciones especiales tales como la población infantil abandonada, la indigente, la que se encuentra en condiciones de desplazamiento, la indígena, la desmovilizada, la de personas de la tercera edad y la población rural migratoria o ROM, asimilable al nivel I del Sisbén (art, 1°, Acuerdo 365 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud). Se recomienda además que este derecho a no tener ‘pagos moderadores’ se encuentre expresamente consignado en el carné del beneficiario».

41 Artículo 187. “DE LOS PAGOS MODERADORES. Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras* y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. // En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre. Tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. // Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud, aunque el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía. // PARÁGRAFO. Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

42 Algunas de las hipótesis relacionadas con las tecnologías y poblaciones especiales no sujetas al cobro de pagos moderadores, se pueden encontrar, por ejemplo, en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004, en el artículo 1 del Acuerdo 365 de 2007, en los artículos 18, 19 y 54 de la Ley 1438 de 2011, o en el literal g del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

43 A partir de la expedición de los Acuerdos 011 de 2010, 027 de 2011 y 032 de 2012 de la Comisión de Regulación en Salud, se unificó el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y subsidiado para toda la población.

44 “Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General Nº 14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.” (Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

45 Sentencia T-883 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

46 Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

47 Sentencia T-160 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

48 Sentencia T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

49 Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-749 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-160 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto, T-212 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-320 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-752 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa, T-033 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, y T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

50 Respecto de esta garantía la sentencia T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, explicó lo siguiente: “el derecho al examen de diagnóstico, que se encuentra inmerso en el derecho a la salud y, a su vez, conserva una inescindible relación con el derecho fundamental a la información vital, está orientado a garantizar la consecución de los siguientes objetivos: (i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud, (ii) Determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure

de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”. (iii) Iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente, pues, como fue señalado en líneas anteriores, no sólo el derecho a la salud comprende la prerrogativa de recibir atención preventiva, lo cual supone desechar la idea de los fines meramente curativos de la medicina, sino que la dilación del diagnóstico y, por ende, del tratamiento lesiona gravemente el derecho a la dignidad humana. // Así las cosas, el derecho al diagnóstico se encuentra contenido dentro de los “niveles esenciales” que de manera forzosa ha de garantizar la organización estatal en el caso del derecho a la salud. Su importancia adquiere una particular dimensión dado que su eventual vulneración obstaculiza en la práctica el acceso a los servicios y prestaciones establecidas para los regímenes contributivo y subsidiado. // En esta dirección, su desconocimiento impide establecer con grado de certeza, no sólo la patología padecida por los titulares del derecho fundamental a la salud, sino adicionalmente cuáles son las prestaciones que deben ser ofrecidas por el Sistema de Seguridad Social y, de contera, cuál es la responsabilidad que resulta exigible a las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, a las entidades territoriales, al Fondo de Solidaridad y Garantía, y demás autoridades que participan en el andamiaje del aludido sistema.”.

51 Sentencia T-1181 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería.

52 Al respecto ver las sentencias T-089 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo, y T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

53 Sentencia T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Cfr. T-053 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-616 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-171 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-1016 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-130 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-461 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-489 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-523 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. // “Teniendo en cuenta que de acuerdo a la regulación, corresponde al médico tratante solicitar al Comité Técnico Científico, la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud respectivo es decir, la realización de un trámite al interior al Sistema de Salud, la jurisprudencia constitucional considera que una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud

al Comité. Para la Corte ‘las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad’. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespetando su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio” (sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

54 Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

55 Reiterando lo dicho, la mencionada sentencia T-760 de 2008 también advirtió que “La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’, incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados (...) la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio cuando tuvo conocimiento del concepto de un médico externo”.

56 Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

57 Ello significa, por una parte, que no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por otra, que en caso de no puntualizarse la orden, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados. Cfr. Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

58 Sentencias T-702 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería y T-727 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

59 Sentencias T-320 de 2013 y T-433 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. No sobra

aclarar que estos requisitos deben ser examinados con menor rigurosidad en aquellos casos en que una persona padezca enfermedades catastróficas.

60 Tal y como ya se advirtió, los insumos prescritos por los profesionales tratantes fueron ordenados debido a que la niña Sofía Buitrago padece secuelas de parálisis cerebral, retraso mental e incontinencia urinaria y fecal y, además, fue diagnosticada con desnutrición proteico calórica y una disfagia que le impedía tolerar alimentos sólidos y la exponía a un riesgo alto de bronco aspiración, así como a un deterioro progresivo de su estado nutricional.

61 La agente oficiosa, mediante la declaración juramentada que rindió ante el a quo, informó que Sofía Buitrago, quien se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud, vive con la madre, que no trabaja y sufre una pérdida total de la capacidad auditiva y del habla, y con los abuelos. // Ahora bien, en relación con la capacidad y el apoyo económico que los familiares brindan a Sofía, indicó que el progenitor de la niña aporta una cuota mensual equivalente a \$180.000, que el abuelo es pensionado, que la abuela es ama de casa y que ella colabora con algunos gastos de la menor, pues también es pensionada y le preocupa la difícil situación que atraviesa la niña. Folio 33 del cuaderno 1.

62 Conforme se adujo en los antecedentes de esta providencia, la niña Sharon está afiliada en el régimen subsidiado de salud y la actora manifestó que no labora, pues se dedica exclusivamente al cuidado de su hija, mientras que su cónyuge se desempeña como albañil, pero no siempre tiene empleo y es él quien aporta los recursos para el sostenimiento del hogar. Motivo por el cual, adujo que lo poco que gana en ese oficio no les alcanza para comprar los insumos que formuló el médico y que su hija requiere a diario. Folio 3 del cuaderno 1.

63 Artículo 27. “Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora. // (...) En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

64 Algunas de las hipótesis relacionadas con las tecnologías y poblaciones especiales no sujetas al cobro de pagos moderadores, se pueden encontrar, por ejemplo, en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004, en el artículo 1 del Acuerdo 365 de 2007, en los artículos 18, 19 y

54 de la Ley 1438 de 2011, o en el literal g del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.