

Sentencia T-471/18

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

AGENCIA OFICIOSA-En el caso de adultos mayores, dado su especial estado de vulnerabilidad, los requisitos deben flexibilizarse/AGENCIA OFICIOSA EN CASO DE MENORES DE EDAD-Procedencia y no aplicación de rigorismo procesal en cuanto a manifestación de no estar en condiciones de promover su propia defensa

En el caso de adultos mayores la agencia oficiosa tiene su fundamento en la imposibilidad de acudir a las autoridades judiciales por cuenta propia, debido a que las enfermedades sobrevinientes, y propias de la edad, les dificultan la movilidad para los trámites que requieren, por lo cual, al considerárseles en estado de debilidad manifiesta, es imperativo, pertinente y razonable que terceros acudan en su ayuda a fin de defender sus derechos. De igual manera los menores de edad, respecto de los cuales se encuentra probado su estado de vulnerabilidad, también requieren del apoyo de quienes se consideren con interés en salvaguardar y garantizar que tales derechos tengan efectiva protección

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Protección reforzada por ser sujeto de especial protección constitucional

En el caso de adultos mayores el derecho fundamental a la salud adquiere una connotación especial, toda vez que se trata de sujetos que se encuentran en condiciones de desventaja con relación a los demás, en virtud de su estado de vulnerabilidad, por razón de la edad, luego se hace necesario proteger el derecho en forma prevalente para, con base en la diferenciación, hacer efectivo el principio de igualdad como presupuesto constitucional

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

La Constitución establece expresamente la protección preferente de los derechos de los niños y niñas pues ellos, por su condición de vulnerabilidad, susceptibilidad e indefensión, requieren de especial garantía. En el caso de la salud adquiere mayor relevancia, en cuanto su vulneración o puesta en peligro puede restringir el goce de los demás derechos, lo cual limitaría el objetivo del Estado por proteger el interés superior del menor que la

Constitución y las normas han contemplado

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

El Sistema debe prever y concebir la prestación del servicio a través de tratamientos, medicamentos, elementos y/o insumos, con la tecnología que sea necesaria, para restablecer o conservar el estado de bienestar de las personas que por causa de enfermedades se ha disminuido o alterado, o paliar los síntomas de éstas, pues solo así se podrá garantizar a las personas el derecho a la salud y permitirle, con las limitaciones que producen los padecimientos, el disfrute de una vida digna

SUMINISTRO DE INSUMOS, MEDICAMENTOS Y SERVICIOS NO INCLUIDOS EN POS-Reiteración de jurisprudencia

Ha sido postura de esta Corporación y se ha reiterado en múltiples ocasiones, con base en estudios que se han tomado como referencia, que a pesar de que algunos insumos como pañales, pañitos húmedos, cremas anti escaras no correspondan o no proporcionen un efecto sanador de las enfermedades en los pacientes, sí “se constituyen en elementos indispensables para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales “y, por dicho motivo, se han dispuesto algunas reglas para señalar los casos en que se hace urgente otorgar el amparo solicitado

SUMINISTRO DE INSUMOS, MEDICAMENTOS Y SERVICIOS NO INCLUIDOS EN POS-Requisitos

ACCESO A SERVICIOS DE SALUD NO INCLUIDOS EN EL POS QUE SE REQUIEREN CON NECESIDAD Y SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES-Requisitos para proceder en favor del paciente cuando no existe prescripción medica

ACCESO A SERVICIOS DE SALUD NO INCLUIDOS EN EL POS QUE SE REQUIEREN CON NECESIDAD Y SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES-Reiteración de jurisprudencia

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Subreglas para el suministro de pañitos húmedos pues se

encuentran expresamente excluidos

(i) Que la patología que padece el paciente sea un hecho notorio y, de comprobarse esta afectación, los pañitos húmedos sean los únicos elementos apropiados para garantizar la calidad de vida del paciente; (ii) Que se pueda probar que tanto el paciente como su familia no cuentan con la capacidad económica para sufragar el costo de los pañitos húmedos

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Suministro de guantes quirúrgicos y tapabocas

En relación con el uso de guantes quirúrgicos y tapabocas, deberá advertirse, además, la imperiosa necesidad de su uso en el domicilio para verificar si en el sitio hay contacto con múltiples pacientes, como ocurriría en centros hospitalarios en donde podría existir contaminación. Verificar además que sean elementos que no puedan ser reemplazados en casa, lo que indicaría su inminente uso

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

i) Que el paciente carece de los recursos económicos para proporcionárselo él mismo y ii) cuando sea evidente que, ante los problemas de salud, tal elemento y/o insumo signifique un elemento vital para atenuar los rigores que causan cualquier penosa enfermedad

SERVICIO DE TRANSPORTE COMO MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

ATENCION DOMICILIARIA-Diferencia entre cuidador y auxiliar de enfermería

SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE-Requisitos para el suministro por parte de EPS

SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE-Casos en los que las EPS no están obligadas a la prestación del servicio

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Orden a las EPS suministrar los pañales desechables en los términos del parágrafo 2, artículo 19 de la Resolución 1885 de 2018

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Orden a la EPS suministrar silla de ruedas, según indicaciones del médico tratante

Referencia:

Expediente T-6.793.483

Acción de tutela formulada por María del Socorro Ochoa Galvis (agente oficioso de CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA) contra NUEVA EPS S.A. Entidad Promotora de Salud.

Expediente T-6.817.509

Acción de tutela formulada por Ana Milena Serna Arenas (representante legal de EMILIANO DUQUE SERNA) contra SALUD TOTAL EPS Entidad Promotora de Salud.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por: i) el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en primera instancia, en el trámite de la acción de tutela instaurada por María del Socorro Ochoa Galvis (agente oficioso de CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA) contra NUEVA EPS S.A. Entidad Promotora de Salud (Expediente T-6.793.483) y, ii) el dictado por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, en primera instancia, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Ana Milena Serna Arenas, representante legal de su hijo EMILIANO DUQUE SERNA, contra SALUD

TOTAL EPS – Expediente: T-6.817.509-.

Los reseñados expedientes llegaron a la Corte Constitucional por remisión que hicieran los despachos, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 inciso 2 de la Constitución, 31 y 32 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Mediante Auto del 12 de julio de 2018, la Sala de Selección de Tutelas Número Seis[1] dispuso acumular los expedientes T-6.817.509 y T-6.793.483, por presentar unidad de materia, para que sean fallados en una sola sentencia y lo asignó, previo reparto, al Magistrado Alberto Rojas Ríos, para realizar la ponencia de revisión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991. El criterio de selección fue subjetivo: Urgencia de proteger un derecho fundamental[2].

I. ANTECEDENTES

1.1 Expediente T-6.793.483

Caso: Clementina Galvis de Ochoa contra La Nueva EPS S.A.

Hechos:

1.1.2 La agente oficiosa María del Socorro Ochoa Galvis explicó que la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA nació el 15 de noviembre de 1942[3] y padece de “artrosis postraumática de otras articulaciones”, “osteoporosis severa”, conforme se observa en la historia clínica de la paciente (folio 67 expediente). Dicha enfermedad está catalogada como crónica y/o degenerativa y ello le ha causado pérdida de movilidad razón por la que necesita ayuda para trasladarse a cualquier lugar.

1.1.3. Indicó que, a raíz de la enfermedad y por la limitación para moverse, su progenitora sufrió una caída y fue recluida el 30 de noviembre de 2017[4] en la Clínica Medical Duarte, de la ciudad de Cúcuta, por trauma en el hombro y muñeca derecha. La caída sufrida “de su cama al levantarse y enredarse” le produjo dolencia y al hacer el examen inicial arrojó como resultado: “cabeza y cuello (14) anormal; extremidades (20) anormal; hallazgos (14) cola de ceja derecha edema equimosis escoriación dolor(20) edema deformidad dolor limitación funcional dembro(sic) derecho, muñeca derecha dolor a la palpación.”. Desde entonces, su

movilidad ha sido nula, lo que le ha imposibilitado valerse por sus propios medios. En consulta de día 9 de enero de 2018 la misma institución de salud ratificó el dictamen de su padecimiento y su imposibilidad de ser autosuficiente.[5]

1.1.4. El día 19 de enero de 2018 la señora María del Socorro Ochoa Galvis, como agente oficioso de la señora Clementina Galvis de Ochoa, inició acción de tutela en la que invocó la protección de los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana de su agenciada y manifestó que a pesar de sus padecimientos, no le han ordenado los medicamentos de alto costo que necesita con urgencia.

Solicitud de tutela

La señora Ochoa Galvis solicita se conceda amparo constitucional en favor de su madre y se protejan sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana que considera han sido vulnerados por la entidad la NUEVA EPS.

Solicita en consecuencia: 1) se incluya a la señora Clementina Galvis de Ochoa en el programa de atención domiciliaria; 2) se ordene suministrar los medicamentos necesarios para el tratamiento de la enfermedad que fueron prescritos y los elementos básicos necesarios para la higiene como son: pañales desechables, pañitos húmedos, guantes quirúrgicos, tapabocas y crema anti-escaras para el tratamiento diario; 3) se proporcione una silla de ruedas para la movilidad y aseo personal; 4) En caso de ser necesario, se ordene el servicio de traslado en ambulancia para el manejo de enfermería, desde Cúcuta hasta el hospital o clínica del país a donde sea remitida para recibir el tratamiento que se requiera, y llevar a cabo la recuperación de la salud y vida en condiciones dignas.

Todo lo anterior, conforme con la manifestación hecha por la accionante en el sentido de que su progenitora “es una persona de escasos recursos y no dispone de medios económicos para sufragar el costo de los medicamentos y mucho menos para asumir los gastos diarios que la enfermedad exige para su eventual recuperación.”, por lo que debe acudir a la acción para la protección de su derecho fundamental a la salud, al igual que los otros que solicita que le sean tutelados.

Refiere igualmente la agente oficiosa que en su hogar carecen de recursos económicos para apoyar a su agenciada toda vez que depende del escaso trabajo de su esposo en sus

labores diarias.

Traslado y contestación de la acción

Mediante Auto de fecha 22 de enero de 2018, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta admitió la acción de tutela referida.

El 23 de enero de 2018 el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta comunicó a la Nueva EPS la admisión de la tutela y la requirió para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones, para lo cual le otorgó un plazo de 24 horas.

Nueva EPS

El 30 de enero de 2018, Yaneth Fabiola Carvajal Rolón, en calidad de Gerente Zonal de Norte de Santander – Regional Nororiente NUEVA EPS S.A., Entidad Promotora de Salud, pidió negar la acción de tutela “por no acreditarse las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.” Adujo que no existen elementos de juicio necesarios que permitan acreditar los supuestos de hecho que originaron la acción, ya que los servicios solicitados no han sido ordenados por el médico tratante y solo son pretendidos por la accionante.

En cuanto a solicitud de suministro de pañales y pañitos húmedos aduce la EPS que son productos de aseo, higiene y limpieza de uso doméstico, como los ha clasificado el INVIMA, que no se encuentran dentro de las coberturas del Plan de Salud y por lo tanto no son vitales, ni tienen injerencia sobre la evolución de la patología del paciente por lo que su no entrega no pone en riesgo su vida.

Sobre el servicio de cuidador domiciliario, el cual considera es lo que requiere la accionante, menciona que no constituye una prestación de salud, por mandato expreso de la nota externa con radicado No. 2014433200296233 del 10 de noviembre de 2014 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo tanto no puede ser financiado con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud toda vez que es una función familiar. La esencia del principio de solidaridad social no es otra que involucrar a los ciudadanos y en primera medida a la familia en el cuidado de sus miembros. El cuidado de los enfermos en sus hogares en esta primera aproximación de manera alguna recae o es obligación de

prestación por las EPS, aduce la representante de la entidad.

Manifiesta que en caso de que el amparo constitucional del servicio de cuidador sea otorgado en beneficio del afiliado solicita sea ordenado en horas y días laborales.

Frente a aceptar el tratamiento integral que implique hechos futuros e inciertos sería presumir la mala actuación de la institución por adelantado. No se observa vulneración de derechos que implique la necesidad de protegerlos, así que el juez de tutela no podría ordenar prestaciones o servicios de salud sobre los cuales el médico no ha emitido concepto.

Admite que la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA se encuentra activa en el Sistema, en el Régimen Subsidiado, pero insiste en que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, ello en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico asistenciales del paciente y, en este caso, no se evidencia órdenes médicas que sustenten lo solicitado.

Por el anterior motivo hay carencia del objeto y afirma que la atención en salud debe corresponder al IDS de Norte de Santander.[6]

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

Mediante fallo del 2 de febrero de 2018, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta negó el amparo invocado. Argumentó que no existen elementos probatorios y “el juez como encargado de administrar justicia no puede proceder o ir más allá de lo que exige la norma, toda vez que no es el competente para dirimir asuntos de salud, es decir, como diagnosticar, recitar medicamentos, etc.”

Manifestó, con base en el pronunciamiento de esta Corporación, que es necesaria la orden médica y el posible incumplimiento de la entidad promotora de salud para que el juez pueda dirimir el conflicto y, según Sentencia T-014 de 2017, la autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica solo es pertinente si la necesidad configura un hecho notorio.

Impugnación

El 9 de febrero de 2018, María del Socorro Ochoa Galvis, quien actúa como agente oficiosa de la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, radicó escrito de impugnación ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta[7], en el que controversió la negativa del amparo.

Afirmó que los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes, que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido a una orden del médico tratante o a la autorización de los comités técnico-científicos de las EPS como requisito para la procedencia del amparo constitucional. Resaltó el pronunciamiento de esta Corporación, en sentencia T-098/16 sobre la necesidad de suministrar en forma oportuna los medicamentos por parte de las EPS, sin dilaciones injustificadas, pues de hacerlo así el tratamiento ordenado al paciente se suspende o no se inicia adecuadamente y, con ello, se desconocen los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud, con lo cual se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida del usuario.

El Juzgado Primero Laboral de Cúcuta emitió un informe secretarial en el que dejó constancia sobre la extemporaneidad de la impugnación, pues fue allegada el 9 de febrero de 2018, pese a que fue notificada vía correo electrónico el 5 de febrero de 2018.

1.2. Expediente T-6.817.509

Caso: niño EMILIANO DUQUE SERNA

Hechos:

1.2.1. El niño EMILIANO DUQUE SERNA, de 4 años de edad,[8] afiliado a Salud Total EPS, en el régimen subsidiado, está diagnosticado con síndrome de Down según se observa en historia clínica[9]. Reportó en última consulta: “insuficiencia respiratoria, malestar general con adinamia, emesis de contenido alimentario, aumento anormal de peso, no control de esfínteres.”

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos relacionados, la señora Ana Milena Serna Arenas invoca se

conceda amparo constitucional en favor de su hijo y se protejan los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, integridad personal, dignidad humana, salud, seguridad social y al mínimo vital, que le están siendo vulnerados.

Solicita en consecuencia: 1) Ordenar a Salud Total EPS y a la Dirección Territorial de Caldas que, en forma urgente y para evitar un perjuicio, realice la entrega de manera inmediata de pañales desechables, por cuanto su hijo EMILIANO DUQUE SERNA no controla esfínteres; 2) Ordenar el tratamiento integral subsiguiente con el cubrimiento del cien por ciento, incluyendo citas médicas con especialistas, médico general, hospitalización, cirugías, procedimientos pre-quirúrgicos, posquirúrgicos y demás tratamientos, medicamentos, vacunas y exámenes que se encuentren dentro y fuera del POS.

Traslado y contestación de la accionada

Mediante Auto interlocutorio No. 172 de fecha 23 de marzo de 2018, el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales admitió la acción de tutela referida.

El 26 de marzo de 2018 el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales notificó a Salud Total EPS la admisión de la tutela y la requirió para que se pronunciara sobre los hechos y le otorgó un plazo de dos (2) días para ello. Así mismo, vinculó a la Dirección Territorial de Salud de Caldas para que se pronunciara sobre los hechos de la acción de tutela.

El Juzgado solicitó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la ciudad de Manizales, Caldas, que informara al Despacho sobre la existencia de alguna propiedad a nombre de la tutelante y a los bancos Bancolombia, BBVA, Davivienda que reportaran si existía alguna cuenta de ahorros, corriente o CDT a nombre de la accionante.

Salud Total EPS

El 2 de abril de 2018, Carlos Mauricio Mendoza Acero, en calidad de Gerente (E) y Administrador suplente de Salud Total EPS-S - sucursal Manizales -, radicó escrito de contestación en el que pidió negar el amparo por cuanto los servicios de salud solicitados le han sido debidamente autorizados por la entidad, con lo cual está claro que se está en

presencia de un hecho superado.[10]

Durante la revisión del caso, en fecha 31 de julio de 2018, se recibió escrito suscrito por Danny Manuel Moscote Aragón, representante legal (suplente) de Salud Total S.A. EPS, mediante el cual manifestó que los servicios médicos y asistenciales requeridos para superar la enfermedad que padece el niño EMILIANO DUQUE SERNA, conforme el diagnóstico presentado y ordenados por los médicos especialistas, han sido autorizados por Salud Total EPS en su totalidad.

Reiteró que dichos servicios médicos encuentran respaldo en una orden médica, no así los “pañales” que fueron solicitados por la tutelante, toda vez que ello genera altos costos a las empresas prestadoras del servicio de salud y, al no encontrar claridad al respecto, los recobros a la Entidad Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) se hacen difíciles, hay retraso en los pagos y ello igualmente dificulta la prestación óptima del servicio de salud.

Solicitó a esta Corporación que, al tratarse de un servicio que no es objeto de financiamiento por la Unidad de Pago por Capitación en el ordenamiento normativo vigente, se pronuncie sobre la imposibilidad de suministrar por parte de las entidades promotoras de salud gastos de este tipo y, en el evento de ordenar dicho reconocimiento, se autorice de forma expresa la facultad del recobro ante ADRES o ante el ente territorial. En consecuencia, pidió confirmar el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira, “en cuanto denegó la cobertura de “Ordenar a Salud Total EPS autorizar pañales desechables”, en los términos establecidos en la normatividad legal colombiana vigente.”

Dirección Territorial de Salud de Caldas

El 3 de abril de 2018 Paola Castillo, abogada externa de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, radicó escrito ante el Juzgado, mediante el cual indicó que a la EPS S Salud Total le corresponde autorizar y realizar el procedimiento en salud objeto de controversia, para dar cumplimiento a la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por lo que solicita al Despacho desestimar las pretensiones y desvincular a la Dirección Territorial de Salud de Caldas de toda responsabilidad en la presente acción de tutela.

Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Manizales, Caldas

Esta entidad informó que, a la fecha de respuesta, 2 de abril de 2018, no se halló información sobre bienes inmuebles a nombre de Ana Milena Serna Arenas.

Banco Davivienda Sucursal Caldas

En respuesta a la solicitud del Juzgado informó que no tiene registrado como uno de sus clientes a la señora Ana Milena Serna Arias (Arenas).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

Mediante fallo del 4 de abril de 2018, el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, resolvió no tutelar los derechos del niño EMILIANO DUQUE SERNA. Argumentó el fallador que no se encontró evidencia que SALUD TOTAL EPS haya vulnerado los derechos fundamentales del niño, referidos por la señora Ana Milena Serna Arenas.

Considera el Juez que si bien es cierto el menor tiene una serie de diagnósticos, se encuentra probado que el mismo ha sido atendido por la EPS accionada por lo que carece de objeto la acción. En relación con el servicio integral solicitado, precisa el Juzgado que, no se tienen elementos probatorios que le permitan al Despacho determinar qué servicios a futuro puede requerir el menor.

En relación con el tema de pañales, argumenta que tal dependencia judicial no está ilustrada en el campo de la medicina ni facultada para emitir “órdenes por doquier” y solo se encarga de verificar la vulneración de derechos que no observa sea el caso particular.

Concluye que el Juez de tutela no puede hacer el rol de médico tratante para determinar lo que un accionante requiere o no en el campo de la salud.

Se advierte, a folio 43 del expediente, que la señora Ana Milena Serna Arenas fue notificada, del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales en el trámite de la acción de tutela por ella

promovida, en representación de su hijo EMILIANO DUQUE SERNA, el día 5 de abril de 2018. Al no ser impugnado el fallo de tutela, el Juzgado remitió el expediente a esta Corte para su eventual revisión.

Pruebas que obran en el expediente

1. Copia del registro civil de nacimiento del niño EMILIANO DUQUE SERNA, en el que se verifica que nació el día 30 de noviembre de 2013, y a la fecha tiene 4 años ocho meses de edad.[11]
2. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Ana Milena Serna Arenas, quien actúa como representante legal del niño Emiliano Duque Serna, con la cual, al confrontar con el registro civil del niño, se advierte su filiación como madre.[12]
3. Copia de la historia clínica del niño Emiliano Duque Serna, emitida por Salud Total EPS[13].
4. Copia oficio de respuesta de Salud Total EPS, de fecha 4 de abril de 2018.
5. Copia oficio de respuesta del Registrador Principal de Instrumentos Públicos (E), de fecha 2 de abril de 2018.
6. Copia oficio de respuesta de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, de fecha 3 de abril de 2018.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de los fallos de tutela proferidos dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en 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.

Planteamiento de los casos

Expediente T-6.793.483

Se encuentra probado que CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA es una persona de la tercera edad, con un padecimiento degenerativo, como es la artrosis y la osteoporosis.

Por causa de tales padecimientos, ha perdido movilidad y ello le impide valerse por sí misma. Acudió a consulta por una caída sufrida desde su propia altura, producto de la dificultad para su movilidad. Solicita en consecuencia, se le provea de pañales y otros insumos de higiene como pañitos húmedos, guantes quirúrgicos, tapabocas y crema anti-escaras.

Requiere, además, los medicamentos que le fueron prescritos por el médico tratante, el servicio de silla de ruedas, atención domiciliaria, traslado en ambulancia “con manejo de enfermería” con el fin de “recibir el tratamiento que se requiere para llevar a cabo la recuperación de la salud y la vida en condiciones dignas.”

Solicita del Juez Constitucional el amparo de los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana.

Expediente T-6.817.509

Del niño EMILIANO DUQUE SERNA, de 4 años de edad, se acreditó que fue diagnosticado con síndrome de Down y no controla esfínteres, junto con otras patologías.[14]

Por causa de la situación de salud del niño por falta de control de esfínteres, su representante reclama de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliado, mediante el régimen subsidiado, el suministro de pañales desechables.

Solicitó además el “tratamiento integral subsiguiente con el cubrimiento cien por ciento, incluyendo citas médicas con especialistas, médico general, hospitalización, cirugías, procedimientos pre-quirúrgicos, posquirúrgicos y demás tratamientos, medicamentos, vacunas y exámenes, que se encuentren dentro y fuera del POS.”

Solicita del Juez Constitucional el amparo de los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, la salud, seguridad social y mínimo vital.

En ambos casos, las EPS accionadas negaron las pretensiones con el argumento de no haber existido orden médica que señale la necesidad de los insumos ni servicios médicos

requeridos, los cuales no están incluidos dentro del plan de Beneficios en salud.

En las acciones de tutela que se revisan, los usuarios demandan la entrega de insumos y/o servicios médicos los cuales, a juicio de los tutelantes, son indispensables para el buen manejo de sus enfermedades y evitar que haya deterioro en su calidad de vida.

Esta Corte ha reiterado su postura y definido algunas directrices con relación a las prestaciones que, a pesar de no estar dentro del Plan de Beneficios en Salud, deben ser atendidas por las entidades promotoras del servicio y, el juez de tutela debe aplicar para aclarar las discusiones en torno al tema. Así mismo ha señalado que corresponde dispensar los tratamientos y/o procedimientos, además de los medicamentos que se encuentren en el Plan de Beneficios en Salud y que hayan sido prescritos, pero no autorizados por las EPS.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala debe examinar los siguientes problemas jurídicos a resolver en atención a las situaciones y condiciones específicas de los tutelantes.

Problema jurídico

Expediente T-6.793.483 – CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA –

¿Vulnera los derechos a la salud y a la vida digna la EPS, por la negativa de ordenar el suministro de medicamentos prescritos por el médico tratante, además de pañales, pañitos húmedos, guantes quirúrgicos, tapabocas, cremas antiescaras, silla de ruedas, atención domiciliaria y servicio de traslado en ambulancia que no cuentan con orden médica, a persona de la tercera edad sujeto de especial protección constitucional, que presenta grave deterioro de salud?

Expediente T-6.817.509 – EMILIANO DUQUE SERNA –

¿Vulnera los derechos a la salud y a la vida digna la EPS, por la negativa de ordenar el suministro de pañales y tratamiento integral a un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional que presenta diagnóstico de síndrome de Down, por no contar con la orden médica para tales insumos y servicios?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala de Revisión procederá a efectuar

el estudio de los siguientes puntos: (i) La agencia oficiosa en materia de tutela; (ii) Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela; (iii) El derecho fundamental a la salud y su protección por el juez constitucional en el caso de los adultos mayores y niños; (iv) Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos e insumos y/o elementos médicos excluidos del Plan de Beneficios de Salud; y (v) servicios médicos incorporados en el PBS cuya prestación es negada por parte de las EPS. Finalmente, dará cuenta de los (vi) casos concretos, momento en el cual se verificarán los aspectos analizados respecto de cada una de las solicitudes de amparo de que se trata.

1. La agencia oficiosa en materia de tutela

Se ha reiterado por este Alto Tribunal que, en materia de tutela, la legitimación e interés para promover la acción tiene fundamento legal en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Constitución, en aquellos casos en que el titular del derecho que se crea conculcado no se encuentre en condiciones de solicitar el amparo de los mismos por cuenta propia.

Tal circunstancia, que debe expresarse en el escrito de tutela, está cimentada, para su validez, en: “(i) el principio de la eficacia de los derechos fundamentales, que impone a la administración la ampliación de mecanismos institucionales orientados a realizar efectivamente este tipo de garantías; (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, que busca conjurar que por circunstancias meramente procedimentales se violen derechos fundamentales; y (iii) el principio de solidaridad, que impone a la sociedad velar por la protección y efectividad de los derechos ajenos, cuando ellos por sí mismos no pueden promover su defensa[15].

En sentencia de unificación[16], esta Corporación estableció las hipótesis en las que la agencia oficiosa, resulta procedente:

“...el Decreto exige, como condiciones para que se configure la agencia oficiosa, la concurrencia de dos elementos: (i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales

los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales.”

En el caso de adultos mayores la agencia oficiosa tiene su fundamento en la imposibilidad de acudir a las autoridades judiciales por cuenta propia, debido a que las enfermedades sobrevinientes, y propias de la edad, les dificultan la movilidad para los trámites que requieren, por lo cual, al considerárseles en estado de debilidad manifiesta, es imperativo, pertinente y razonable que terceros acudan en su ayuda a fin de defender sus derechos. De igual manera los menores de edad, respecto de los cuales se encuentra probado su estado de vulnerabilidad, también requieren del apoyo de quienes se consideren con interés en salvaguardar y garantizar que tales derechos tengan efectiva protección.

2. Estudio de procedibilidad del amparo

El artículo 86 de la Carta Política dispone que la acción de tutela tiene el propósito de garantizar y hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales, cuando estos son vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Sin embargo, esta acción puede ser ejercida solo cuando se cumplan los siguientes criterios de procedibilidad: (i) legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) inmediatez; y (iii) subsidiariedad.

i) En relación con el requisito de la legitimación en la causa, ella hace referencia a la correspondencia entre las partes y el interés para actuar. Por activa, ésta supone que la acción de tutela debe ser iniciada por la persona titular de los derechos fundamentales que considera están siendo vulnerados o amenazados y, en caso de no hacerlo la persona titular alguien que actúe en su nombre o la represente.

La legitimación en la causa por pasiva corresponde a la autoridad o particular que vulnera o amenaza los derechos fundamentales, contra la cual o contra quien deberá dirigirse la acción.

Legitimación en la causa por activa

En el caso objeto de revisión, se acredita que la señora María del Socorro Ochoa Galvis está legitimada para actuar como agente oficioso de la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, en razón a que la edad y el estado de salud de la presunta afectada impide que ejerza directamente la acción de tutela.[17]

El principio de solidaridad, ha dicho esta Corporación, adquiere significado al apoyar a aquellos sujetos de especial protección constitucional como los niños, adultos de avanzada edad y personas en situación de discapacidad, entre otros, que no pueden hacerlo por sí mismos, por quienes no tienen interés sino en brindarles soporte en sus necesidades.[18]

Se advierte que la señora María del Socorro Ochoa Galvis, es la hija de la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, para quien solicita el amparo. Según la acepción de solidaridad[19], ésta hace referencia a la ayuda en la causa de alguien, por lo que se observa que la señora María del Socorro no le asiste interés adicional sino el de defender la causa de su madre, por la relación filial que las une y por la imposibilidad de ésta última de hacerlo por ella misma.

Legitimación en la causa por pasiva

Ahora bien, en el caso analizado se advierte que la accionada, Promotora de Salud NUEVA EPS, es una entidad que presta el servicio público de salud a la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, a través del régimen subsidiado, en los términos de la Ley 100 de 1993 y normas complementarias, y es la entidad de la cual se presume ha omitido su deber en la relación que surge de la afiliación activa que tiene la accionante en la prestación de dicho servicio. En tanto es la llamada a responder por la posible amenaza de los derechos fundamentales invocados, está legitimada por pasiva para actuar en este proceso según los artículos 86 superior y 42 del Decreto 2591 de 1991.[20]

Legitimación en la causa por activa

Se verifica por el registro civil anexo y el documento de identidad de la señora Ana Milena Serna Arenas[21] que es la madre del niño EMILIANO DUQUE SERNA, razón por la cual está legitimada para actuar como su representante legal, por causa de la edad de éste y la

situación de salud que lo aqueja.[22]

Legitimación en la causa por pasiva

En el caso analizado se tiene que la accionada, SALUD TOTAL EPS, es la entidad que presta el servicio público de salud al niño EMILIANO DUQUE SERNA, a través del régimen subsidiado, en los términos de la Ley 100 de 1993 y normas complementarias y, es la entidad de la cual se presume su omisión del deber de prestación del servicio por causa de la afiliación activa que tiene el menor en calidad de beneficiario. Por consiguiente, es la llamada a responder por la posible amenaza de los derechos fundamentales invocados. De esta manera, se verifica que está legitimada por pasiva para actuar en este proceso según los artículos 86 superior y 42 del Decreto 2591 de 1991.[23]

ii) En cuanto al requisito de inmediatez éste consiste en el término prudencial y razonable, como así ha sido reiterado por esta Corporación, entre la ocurrencia de los hechos violatorios o que amenacen los derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela, de manera que la solicitud del amparo invocado no pierda su esencia a través de tal mecanismo para que el paso del tiempo no desvirtúe “la inminencia y necesidad de protección constitucional.”[24]

Expediente T-6.793.483 – CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA –

Se observa que el 30 de noviembre de 2017, la paciente, señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, de 75 años, ingresó a la Clínica Medical Duarte de la ciudad de Cúcuta para ser atendida por una fractura sufrida a causa de una caída, según se desprende de la copia de la epicrisis.[25]

El día 9 de enero de 2018, a la misma institución de salud, clínica Medical Duarte de la ciudad de Cúcuta, acudió la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA a consulta y puede verificarse la siguiente anotación en la historia clínica, a folio 67 del expediente: “esta historia aun no presenta insumos”.

Se hace evidente la inmediatez en la presentación de la tutela, toda vez que desde la última consulta de la paciente, el 9 de enero de 2018, y la fecha de presentación de la acción, el 19 de enero de 2018, no transcurrió más de un (1) mes, término razonable y proporcionado

a partir del hecho, como lo ha sostenido esta Corporación[26], para requerir la intervención del juez con el fin de evitar la vulneración del derecho por una posible omisión, con lo cual se encuentra satisfecho tal requisito.

Expediente T-6.817.509 – NIÑO EMILIANO DUQUE SERNA –

El niño EMILIANO DUQUE SERNA, de 4 años de edad, presenta un diagnóstico de síndrome de Down e hiperactividad. Acudió a consulta el día 15 de marzo de 2018 por malestar general. Según se lee en la historia clínica anexa.[27]

El médico tratante remitió al niño para valoración a otros especialistas, prescribió medicamentos y procedimientos para superar los síntomas que causaron la consulta. La representante consideró vulnerados los derechos de su hijo por cuanto al presentarse el cuadro de no control de esfínteres, advirtió necesario el uso de pañales en forma constante para procurar una vida digna, pero no le fue ordenado tal insumo. Ante la situación presentada, el 15 de marzo de 2018, y el inicio de la acción de tutela, el 23 de marzo de 2018, se evidencia que transcurrieron menos de quince (15) días, término razonable y proporcionado a partir del hecho, como lo ha sostenido esta Corporación[28], para la intervención del juez en la causa que pretende la accionante, con lo cual se encuentra cumplido el requisito de inmediatez.

iii) El principio de subsidiariedad se encuentra cumplido si, de conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, al no disponer de otro mecanismo de defensa judicial se hace necesario proteger los derechos constitucionales fundamentales “salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo o eficaz para la protección de los derechos invocados por el accionante”, atendiendo las circunstancias especiales del caso y la situación en la que se encuentre el solicitante.[29]

Lo anterior evita que la acción de tutela sea utilizada como vía preferente para el restablecimiento de los derechos[30], por cuanto “si hubieren otras instancias judiciales que resultaren eficaces para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela.”[31]

Esta Corporación en la Sentencia T-715 de 2016 dispuso que “cuando una persona acude a la

administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer, dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia”.

Sin embargo, es posible hacer uso del mecanismo de la tutela en forma excepcional así como con otros medios o recursos de defensa judicial en los siguientes casos:

“(i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados;

(ii) Aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

(iii) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas (sic), mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.), y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela.”[32]

La existencia de grupos poblacionales minoritarios que se encuentran en situación de desigualdad ante la comunidad general impone la necesidad, al legislador o juez competente, de proporcionar a aquéllos tratamientos especiales que garanticen la igualdad material que no es asegurada debido a circunstancias tales como las culturales, económicas, de género y sociales.

Por consiguiente, al hacer el examen de procedibilidad para el acceso al mecanismo de la tutela a fin de proteger derechos fundamentales, debe verificarse las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las personas de especial protección que invocan su amparo.

En los casos que se analizan, de utilizarse los medios de defensa judicial a través de las acciones ordinarias, no obstante su eventual idoneidad, resultarían ineficaces para la protección inmediata de los derechos invocados, en especial el derecho fundamental a la

salud y dignidad humana, que podrían verse afectados ante la inminencia del riesgo a que los mismos se encuentran actualmente sometidos, y a la tardanza habitual de tales mecanismos ordinarios de defensa, que pondría en peligro irremediable a las personas que invocan el amparo.

Expediente T-6.793.483 – CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA –

Verificados los hechos, y el acervo probatorio, se evidencia que la señora GALVIS DE OCHOA es sujeto de especial protección constitucional por encontrarse probadas las siguientes situaciones: (i) avanzada edad: tiene 75 años; (ii) grave estado de salud: padece de osteoporosis, artrosis crónica degenerativa que le impide la movilización; (iii) es persona que no cuenta con la capacidad económica suficiente, como se deduce de su vinculación al régimen subsidiado de salud y las dolencias causadas por la enfermedad que la aqueja le impiden trabajar para garantizar y procurarse una vida en condiciones dignas.[33]

Si bien las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 otorgaron facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para la resolución de controversias entre las EPS y sus afiliados, se consideraría que tal entidad es la idónea para atender el requerimiento, por cuanto se trata de negativa de las entidades accionadas en la entrega de medicamentos a pesar de existir orden médica, además de carencia de dichas órdenes para dispensar insumos y/o elementos incluidos en el nuevo Plan de Beneficios en Salud.

En virtud de lo anterior, la Sala Novena de Revisión encuentra que se hace urgente la intervención del juez constitucional con el objeto de proteger sus derechos fundamentales.

Expediente T-6.817.509 – NIÑO EMILIANO DUQUE SERNA –

Ante los hechos presentados, y el acervo probatorio, se evidencia que EMILIANO DUARTE SERNA, es sujeto de especial protección constitucional por encontrarse probadas las siguientes situaciones: (i) menor de edad: tiene 4 años; (ii) situación especial de salud: está diagnosticado con síndrome de Down, padece de hiperactividad con cuadro de no control de esfínteres; (iii) su representante legal es persona que no cuenta con la capacidad económica suficiente para procurarle una vida en condiciones dignas; (iv) se encuentra vinculado al régimen subsidiado de salud.

Las facultades jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia Nacional de Salud para la resolución de controversias entre las EPS y sus afiliados, por cuenta de la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011, harían concluir que es dicha entidad la idónea para resolver la situación presentada en este caso, por tratarse de negativa de la entidad accionada en la entrega de insumos por carencia de órdenes médicas.

No obstante se advierte que, en este caso, se trata de un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional y tiene una particular condición de salud, por lo que no podría acudir a la Superintendencia Nacional de Salud en igualdad de condiciones que otras personas.

En virtud de lo anterior, se considera que el trámite jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo ni eficaz para que esta persona pueda solucionar su dilema de salud y se hace imperativo proteger sus derechos fundamentales. La Sala Novena de Revisión encuentra en este caso también que se hace urgente la intervención del juez constitucional para tal propósito.

Con base en los anteriores argumentos la acción de tutela de la referencia cumple con los requisitos de legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad.

Adicional a lo mencionado, debe resaltarse que los casos puestos en consideración involucran controversia jurídica sobre el contenido, alcance y goce de los derechos a: la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social, que considerados derechos fundamentales de los cuales se advierte un presunto desconocimiento por parte de las entidades prestadoras de salud, gozan de relevancia constitucional y cuya resolución es competencia de la Corte Constitucional.

3. El derecho fundamental a la salud

La Constitución Política de Colombia en su artículo 48 dispuso que el Estado debe garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social y estableció la prestación del servicio bajo principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. Al ser un componente de la seguridad social, el artículo 49 señaló la garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud con base en los mismos principios y como un servicio público a cargo del Estado.

Inicialmente esta Corte consideró la salud como un derecho fundamental en conexidad con la vida,[34] por cuya razón amparó en múltiples oportunidades el derecho de los ciudadanos que invocaron su protección al no encontrar respaldo de las entidades prestadoras del servicio. Consideró esta Corporación que el derecho a la vida se vulneraba cuando, el servicio a la salud era precario y, no se prestaba con todos los elementos necesarios en procura de lograr un estado de bienestar suficiente en respeto de la dignidad humana.

Posteriormente, el concepto evolucionó y mediante sentencia T-760 de 2008[35], esta Corte comenzó a tomar postura sobre la protección del derecho a la salud como fundamental y autónomo. La Ley Estatutaria 1751 de 2015, “Por Medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras Disposiciones” acogió la postura y, la naturaleza fundamental del derecho a la salud, fue consagrada en su artículo 2° para garantizar la efectividad de este.[36]

El carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud fue revalidado por esta Corporación al hacer el estudio de constitucionalidad de la norma. Así se manifestó en Sentencia C-313 de 2014 con relación al artículo 2 de la Ley 1751 de 2015: “Por lo que respecta a la caracterización del derecho fundamental a la salud como autónomo, ningún reparo cabe hacer, pues, como se anotó en el apartado dedicado a describir los varios momentos del derecho fundamental a la salud, ya ha sido suficientemente establecido por la jurisprudencia dicha condición de autónomo con lo cual, no se requiere aludir a la conexidad de dicho derecho con otros que se estimen como fundamentales, con miras a predicar la fundamentalidad de la salud, con lo cual se da vía libre a la procedibilidad de la tutela para protegerlo. Para la Sala, está suficientemente decantado el carácter autónomo del derecho y la procedibilidad de la tutela encaminada a lograr su protección, garantía y respeto efectivo.”

Ahora bien, el acceso al servicio se torna universal, al imponer como principio su accesibilidad, tal como fue contemplado en el literal c del artículo 6 de la Ley Estatutaria: “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.” Dicho literal, declarado

constitucional mediante sentencia C-313 de 2014[37], hace posible “materializar el goce efectivo del derecho y proscriben circunstanciales apreciaciones lejanas al tono garantista de la Carta y nocivas para el derecho.”

Considerado entonces el derecho a la salud como un derecho fundamental, la tutela se torna el medio eficaz para su protección y será procedente cuando aquel se advierta amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial.

3.1. Derecho fundamental a la salud y su protección por el juez constitucional en el caso de los adultos mayores y menores de edad

3.1.1. Derecho a la salud de adultos mayores

En el caso de adultos mayores el derecho fundamental a la salud adquiere una connotación especial, toda vez que se trata de sujetos que se encuentran en condiciones de desventaja con relación a los demás, en virtud de su estado de vulnerabilidad, por razón de la edad, luego se hace necesario proteger el derecho en forma prevalente para, con base en la diferenciación, hacer efectivo el principio de igualdad como presupuesto constitucional.

Así lo ha manifestado esta Corporación al proteger el derecho a la salud de varios adultos mayores que carecían de control de esfínteres y solicitaban el suministro de insumos y/o elementos para salud: “Asimismo, la Corte ha puesto de presente la preocupación de los organismos internacionales de protección de derechos humanos frente a la inescindible conexión que hay entre la dignidad y la salud de las personas de la tercera edad, a partir de la cual se desprenden compromisos puntuales para el Estado:

“Respecto a la especial condición en que se encuentran las personas de edad avanzada, la Corte ha resaltado la protección que a su favor impone el artículo 46 constitucional, primordialmente por el vínculo que une la salud con la posibilidad de llevar una vida digna, como se hizo constar, entre otras, en la sentencia T-1087 de diciembre 14 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño: « Esa relación íntima que se establece entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, ha sido también recalcada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su observación general número 14 que, en su párrafo 25 establece: ‘25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto

en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables...'.>>"[38]

Se ha destacado la condición especial de las personas de edad avanzada mediante sentencia T-610 de 2013, entre otras,[39] en la cual se hace prevalecer el derecho fundamental a la salud y su relación con la dignidad humana, para facilitar tratamiento especial a tal población, precisamente por su estado de debilidad.[40]

De igual manera, esta Corte ha resaltado la relevancia que debe darse a la atención en salud a personas de avanzada edad cuando determinó: "En ese sentido, la Sentencia T-760 de 2008, expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental."[41]

Si el Estado, en virtud de lo dispuesto por normas constitucionales, legales y pronunciamientos jurisprudenciales, debe garantizar la prestación del servicio de salud en forma integral a la población en general, con mayor dispensa deberá hacerlo con adultos mayores por su situación especial de vulnerabilidad. Por lo tanto, resultará procedente recurrir a la acción de tutela con el fin de hacer efectivo el derecho y procurar una vida digna, en caso de evidenciarse su vulneración o riesgo de vulnerarse, como así ha sido reiterado en múltiples oportunidades por esta Corporación.[42]

3.1.2. Derecho a la salud de los menores de edad

La Constitución establece expresamente la protección preferente de los derechos de los niños y niñas pues ellos, por su condición de vulnerabilidad, susceptibilidad e indefensión, requieren de especial garantía. En el caso de la salud adquiere mayor relevancia, en cuanto su vulneración o puesta en peligro puede restringir el goce de los demás derechos, lo cual limitaría el objetivo del Estado por proteger el interés superior del menor que la Constitución y las normas han contemplado.

Esta Corte así lo ha señalado: “La especial protección constitucional para niños y niñas, resulta fundamental y prevalente según lo dispuesto en el artículo 44 superior, como lo ha reiterado esta Corte, por ejemplo en fallo T-036 de enero 28 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio: “...los niños y las niñas son sujetos de especial protección, ... su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad... sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Por ello, la acción de tutela procede cuando se vislumbre su vulneración o amenaza y es deber del juez constitucional exigir su protección inmediata y prioritaria. Los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán inaplicar las disposiciones que restringen el POS, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías constitucionales.”[43]

En la Ley 12 de 1991, “por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”, su artículo 24 dispuso el reconocimiento del derecho del niño al “disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, razón por la cual esta Corporación ha ordenado, en reiteradas oportunidades, a las entidades prestadoras del servicio, tomar las medidas tendientes a proteger y garantizar los derechos de esta población especial.

De lo anterior se colige que debe ser garantizado el derecho fundamental a la salud de los niños y niñas, por parte del Estado y las entidades prestadoras de salud, máxime si se encuentran con una situación especial, como casos de Síndrome de Down y otras alteraciones, que pueden dar lugar a disminuir sus posibilidades de desarrollo en la sociedad. Ello, porque confluyen razones que los sitúan en condiciones de debilidad manifiesta superiores.[44] Por tal razón, su atención en salud no podrá estar “limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica”.[45]

En concordancia con instrumentos internacionales, normas constitucionales y legales, el

Código de Infancia y Adolescencia establece en su artículo 27 que “todos los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a la salud integral”, de manera que la no atención de las dificultades que presenta esta población, para mantener un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico adecuado, se convierte en conducta omisiva que transgrede los derechos fundamentales a la salud y a una vida digna. En caso de ocurrir tal situación, el juez constitucional deberá intervenir para proteger el derecho.

4. Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos, servicios y/o insumos, excluidos del Plan de Beneficios de Salud; cuando su prestación no ha sido prescrita por el médico o es negada por parte de las EPS. – Respeto del precedente

El derecho a la salud es tutelable, cuando quiera que éste se vea vulnerado en su prestación, por causa del servicio en cualquiera de los planes existentes en el país, en los que se encuentren afiliados los asociados, máxime, si estos son sujetos de especial protección constitucional.

La negativa de las entidades promotoras de salud, de otorgar los insumos y/o elementos que les son solicitados por los pacientes, en muchas ocasiones la ha hecho con el argumento de no encontrarse, tales elementos, dentro de los planes de salud del Sistema, estar excluidos del mismo o no ser prescritos por el médico tratante.

Pues bien, el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que, el derecho fundamental a la salud deberá garantizarse 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”, integralidad en la prestación del servicio que fue ratificada por esta Corporación, mediante análisis de constitucionalidad del proyecto de la Ley, en Sentencia C-313 de 2014.

Lo anterior significa que, el Sistema debe prever y concebir la prestación del servicio a través de tratamientos, medicamentos, elementos y/o insumos, con la tecnología que sea necesaria, para restablecer o conservar el estado de bienestar de las personas que por causa de enfermedades se ha disminuido o alterado, o paliar los síntomas de éstas, pues solo así se podrá garantizar a las personas el derecho a la salud y permitirle, con las limitaciones que producen los padecimientos, el disfrute de una vida digna.

Las normas que hacen parte del Sistema de Salud están dispuestas con tal propósito. Sin embargo, no todas las situaciones están previstas por ellas por tanto, se ha hecho indispensable acudir a mecanismos como la acción de tutela para que, a través de la intervención del juez constitucional, se protejan y garanticen los derechos que pueden verse vulnerados o en riesgo de vulneración por la omisión en la aplicación e interpretación de principios y reglas que deben orientar todo el Sistema.

4.1. Entrega de insumos como pañales desechables, pañitos húmedos, guantes quirúrgicos, tapabocas, cremas antiescaras

Para el caso de pañales desechables y otros insumos como pañitos húmedos, cremas antiescaras, tapabocas y guantes quirúrgicos, se presentan algunas circunstancias a tener en cuenta: la Resolución 5267 de 2017 “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”, en el numeral 42 del Anexo Técnico, excluye en forma taxativa los “pañitos húmedos”

Se tiene que con la expedición de la Resolución 1885 de 2018, “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones”, se previó la prescripción de insumos como los pañales, en ciertas cantidades, que de superarse deben ser autorizadas por la Junta de Profesionales de salud.[46] No hay mención sobre guantes quirúrgicos, tapabocas o cremas.

Ha sido postura de esta Corporación y se ha reiterado en múltiples ocasiones, con base en estudios que se han tomado como referencia, que a pesar de que algunos insumos como pañales, pañitos húmedos, cremas antiescaras no correspondan o no proporcionen un efecto sanador de las enfermedades en los pacientes, sí “se constituyen en elementos indispensables para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales”[47] y, por dicho motivo, se han dispuesto algunas reglas para señalar los casos en que se hace urgente otorgar el amparo solicitado.

Lo anterior, por cuanto aunque no se adviertan incluidos los insumos señalados en los

listados del Sistema de Salud como parte de los costos que asumirá, ello no obsta para que no sea prestado tal beneficio porque, bajo el concepto de la integralidad del servicio, la regla general es la inclusión para garantizar el derecho y, solo cuando exista una exclusión taxativa se constituirá en la excepción, como así se deduce de lo expresado por esta Corporación en Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual hizo el análisis de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2014: “Si 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.”

Entonces, ha dicho esta Corte que, para reclamar servicios asistenciales o elementos que no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, con el fin de verificar si procede ordenar o no, que la entidad promotora de salud los suministre, es preciso evidenciar que “(i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”[48]

Ahora, en cuanto a los pañales, contemplados como insumos que pueden entregarse a los pacientes bajo orden médica, en algunas ocasiones los profesionales no emiten tal prescripción y, con ello, la persona ve deteriorada su calidad de vida, pues al no proporcionarle los elementos que, a juicio de esta Corporación, se constituyen como indispensables para paliar los síntomas de las enfermedades, se vulnera el derecho fundamental a la salud.

En cuanto a la protección para suministrar insumos, ante la falta de prescripción médica, esta Corporación ha señalado la necesidad de proceder en favor del paciente, en los siguientes casos: (i) Que se evidencie la falta de control de esfínteres, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona, o la imposibilidad de ésta para moverse sin la ayuda de otra. De comprobarse esta afectación, los pañales serían el único elemento

apropiado para garantizar la calidad de vida del paciente; (ii) Que se pueda probar que tanto el paciente como su familia no cuentan con la capacidad económica para sufragar el costo de los pañales desechables”.[49]

Antes de la Resolución 1885 de 2018, insumos como pañales desechables no eran previstos en los planes de salud y la posición de esta Corporación siempre demostró la necesidad de proteger el derecho a la salud de los ciudadanos bajo el concepto de la integralidad y la garantía de una vida digna.

Evidencia de ello fue plasmada en Sentencia T-216 de 2014 en la que, al justificarse la carencia de recursos y la necesidad del uso para paliar su situación de salud, ordenó la entrega de los mismos, al igual que otros insumos necesarios para llevar una vida digna en caso de deterioro de la salud bajo estas consideraciones: “Una entidad promotora de servicios de salud (i) tiene la obligación de facilitar pañales desechables, crema antipañalitis y paños húmedos, así no estén contemplados en el POS y no hayan sido ordenados por el médico tratante, cuando (ii) esté demostrado que los requiere una persona que carece de recursos económicos para sufragarlos, y padece una enfermedad grave que la somete a un estado de postración relevante. Y además, (iii) debe facilitarle el servicio de transporte en ambulancia con acompañante para tratamientos médicos fuera de su hogar, si se verifica adicionalmente que el mismo es esencial para garantizar el goce efectivo de sus derechos a la salud y la dignidad, dado su estado de inmovilidad y postración.”[50]

En igual sentido, esta Corporación decidió el caso de un niño, de doce años diagnosticado con parálisis cerebral espástica con secuelas de encefalitis viral, que carecía de control de esfínteres pero la entidad prestadora del servicio de salud no proporcionó los pañales desechables ni pañitos húmedos solicitados vía tutela. La Corte consideró que si bien no estaban contemplados en el Plan de Beneficios de Salud, eran indispensables, no para la cura de su enfermedad, pero sí para brindar al menor una “pervivencia en condiciones dignas, así como para evitar el desarrollo de nuevas patologías”[51] y se dispuso, en tal oportunidad, la entrega de los pañales en las cantidades prescritas por el médico tratante.

En otras decisiones,[52] fueron ordenados los insumos, no obstante no fueran ordenados por los médicos, lo que hace concluir que, de verificarse cumplidos los requisitos contenidos en

las subreglas jurisprudenciales, habrán de entregarse aquellos si se advierte vulnerado o en riesgo de vulneración el derecho fundamental a la salud y a una vida digna.

Lo que se ha demostrado, a través de la observación y la experiencia, es que el uso de pañales, pañitos húmedos y las cremas antiescaras ayudan a prevenir que se agudicen los problemas de piel como irritaciones e infecciones que, contrario al argumento empleado por las entidades prestadoras del servicio, podrían causar mayores costos para su tratamiento que la provisión de los insumos para evitarlos.

En relación con los pañitos húmedos, expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud por causa de la Resolución 5267 de 2017, al tenerlos en cuenta como complemento de los pañales desechables, se hace necesario verificar las subreglas para dispensar su entrega: (i) Que la patología que padece el paciente sea un hecho notorio y, de comprobarse esta afectación, los pañitos húmedos sean los únicos elementos apropiados para garantizar la calidad de vida del paciente; (ii) Que se pueda probar que tanto el paciente como su familia no cuentan con la capacidad económica para sufragar el costo de los pañitos húmedos.

Ahora, en relación con el uso de guantes quirúrgicos y tapabocas, deberá advertirse, además, la imperiosa necesidad de su uso en el domicilio para verificar si en el sitio hay contacto con múltiples pacientes, como ocurriría en centros hospitalarios en donde podría existir contaminación. Verificar además que sean elementos que no puedan ser reemplazados en casa, lo que indicaría su inminente uso.

No obstante que pueda proceder la entrega de estos insumos, la provisión y periodicidad del uso de estos estará supeditado a lo dispuesto en las normas que así lo contemplan, a la prescripción que los profesionales en salud autoricen y, a las reglas que ha contemplado la jurisprudencia en las cuales se justifique su entrega, siempre en atención de la integralidad de la prestación del servicio y la garantía del derecho fundamental a la salud.

4.2. Servicio de silla de ruedas

En condiciones normales de salud, una persona que goza de las facultades para movilizarse de un lado a otro no requiere para ello de ningún elemento adicional a sus extremidades. Pero, no se necesitan estudios avanzados para conjeturar que con el paso de los años se

deterioran las células corporales y se va haciendo indispensable la ayuda externa para realizar actividades cotidianas máxime, si adicional a la edad, se sufren padecimientos o enfermedades, como la osteoporosis y la artrosis que, aunque solo los especialistas en medicina se pueden encargar de diagnosticar y tratar, es bien sabido que son causa de posibles caídas y fracturas.

Entonces, cuando hay este tipo de padecimientos, no en vano el afectado se ve abocado a requerir una silla de ruedas. Si bien tal elemento no contribuye a la cura de la enfermedad, como una ayuda técnica que es, podrá servir de apoyo en los problemas de desplazamiento por causa de su limitación y le permitirá un traslado adecuado al sitio que desee, incluso dentro de su hogar, para que el posible estado de postración a la que se puede ver sometido, al no contar con tal ayuda, no haga indigna su existencia. La libertad de locomoción es uno de los derechos consagrados constitucionalmente; el facilitar al paciente su movilización, a través de una ayuda técnica, hace que se materialice este derecho.

Imperativo es resaltar y reiterar que, la integralidad del servicio de salud hace referencia a la urgente prestación de éste con todos los tratamientos, medicamentos, elementos e insumos que sean necesarios para preservar la salud y mantener la vida en condiciones dignas de las personas, como ha sido interpretado y ordenado por esta Corte, cuando ha sido imperativo proteger los derechos.

Tal previsión fue acogida por esta Corporación, aun en vigencia de la Resolución 5592 de 2015 “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”, que excluía del Plan de Beneficios la silla de ruedas como ayuda técnica. Se pronunció así esta Corte en dicha oportunidad:

“Así las cosas, es preciso decir que en el marco del amparo constitucional las exclusiones previstas en el Plan de Beneficios en Salud no son una barrera inquebrantable, pues le corresponde al juez de tutela verificar, a partir de las particularidades del caso concreto, cuándo se reúnen los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia para aplicar o inaplicar una exclusión o cuándo, ante la existencia de un hecho notorio, surge la imperiosa necesidad de proteger el derecho a la salud y a la vida digna de quién está solicitando la prestación del servicio, insumo o procedimiento excluido”. [53]

Ahora bien, en vigencia de la reciente actualización del Plan de Beneficios en Salud, mediante sentencia T-196 de 2018, se dispuso por esta Corporación que “ (...) es apenas obvio que un paciente que presenta una enfermedad por la cual no es posible ponerse de pie o que aun permitiéndole tal acción le genera un gran dolor, o incluso que la misma le implique un esfuerzo excesivo, requiere de un instrumento tecnológico que le permita movilizarse de manera autónoma en el mayor grado posible. En estos casos, una silla de ruedas a menos que se logre demostrar que existe otro instrumento que garantice una mejor calidad de vida a la persona” (Negrillas y subrayas fuera de texto original.)

Entonces, al tomar como referencia las reglas jurisprudenciales generales, es pertinente la entrega de la silla de ruedas cuando se advierta, i) que el paciente carece de los recursos económicos para proporcionárselo él mismo y ii) cuando sea evidente que, ante los problemas de salud, tal elemento y/o insumo signifique un elemento vital para atenuar los rigores que causan cualquier penosa enfermedad. Así lo ha mencionado en varias ocasiones esta Corporación para no desconocer el derecho fundamental a la salud: “[A]nte la ausencia de movilidad del agenciado, este elemento constituye un artefacto fundamental para desplazarle a cortas distancias y cambiarle de la posición horizontal de cama con el fin de evitar otros padecimientos derivados de la condición de postración. En tal sentido, la Sala considera que la negación de la EPS a autorizar este insumo, sin ningún otro examen sobre su diagnóstico, torna indigna la existencia del señor xx[54], puesto que no le permite gozar de una óptima calidad de vida y le impide servirse de las únicas opciones de locomoción que tiene.”[55]

4.1. Servicio de transporte

Los artículos 120 y 121 de la Resolución 5569 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, “por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, reglamentan el traslado de pacientes. Refieren los artículos algunos casos en los cuales el Plan de Beneficios en Salud cubre el servicio de traslado de pacientes, por vía acuática, aérea o terrestre, en ambulancia o en un medio de transporte no medicalizado.

Esta Corte advirtió que, evidentemente, hay casos en los que se necesita el servicio de transporte de pacientes pero, en el evento de no encontrarse su situación taxativamente

plasmada en la norma, los costos de su uso tendrían que ser asumidos por el paciente o sus familiares, quienes en muchas ocasiones no están en capacidad de soportar, por la precariedad de recursos. Tales cargas hacen que no puedan tener el acceso a los servicios y, con ello, se pone en peligro el derecho fundamental a la salud.

Ya vía jurisprudencial, esta Corte había definido reglas para el acceso al servicio de transporte con el fin de evitar que los pacientes estuvieran abocados a la desmejora de su estado de salud por prescindir de los servicios e impuso, como obligación a las EPS, asumir el transporte de aquellos con algunas condiciones. En tanto la norma no se ha actualizado desde tales indicaciones, permanecen vigentes; “...este Tribunal ha identificado situaciones de usuarios del sistema de salud en las que el servicio de transporte no está incluido en el POS y los procedimientos médicos asistenciales ordenados para su tratamiento son requeridos con necesidad. Siendo así, la Corte ha manifestado que ‘el servicio de transporte se constituye en el medio para que las personas accedan a los servicios de salud necesarios para su rehabilitación en los casos en que el servicio no se pueda brindar en el lugar de residencia del paciente cuya responsabilidad recae sobre él mismo o sobre su familia’. Por ello, esta Corporación estableció que las EPS deben brindar el servicio de transporte siempre que ‘(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario’ ”.[56]

En cada caso ha de estudiarse la necesidad del paciente y ordenar la prestación del servicio, si se evidencia que para la persona resulta imprescindible el acompañamiento de un tercero para movilizarse al no poder hacerlo por sus propios medios, y ante la carencia de recursos e inminencia del requerimiento, se ponga en peligro el derecho fundamental a la salud y la vida de aquel.[57]

4.2. La atención domiciliaria

La atención domiciliaria es la “Modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia.”[58]

Ha diferenciado esta Corte los servicios de auxiliar de enfermería y de cuidador. Por una

parte considera a los primeros necesarios, cuando el paciente demanda de apoyo para la realización de algunos procedimientos que sólo podría brindarle personal con conocimientos calificados en salud. Será en este caso el médico tratante, en virtud de la idoneidad y conocimientos en medicina, quien determine el estado de la persona para establecer si se hace necesario el apoyo de este profesional de la salud para la atención y los cuidados especiales que se deben proporcionar al paciente.

Los segundos,[59] no requieren instrucción especializada en salud y podría ofrecerse por personas cercanas al paciente: sus amigos o familiares, quienes, en virtud del principio de solidaridad, estarían en posibilidad de acudir en su ayuda.[60] Hay circunstancias, que ha considerado esta Corporación, en las cuales las EPS deben asumir este servicio (cuidador): “(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.

Pero también ha dicho esta Corte que las EPS no están obligadas a la prestación de este servicio cuando “(i)...efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.” [61]

4.3. Integralidad en la prestación del servicio de salud. Derecho al diagnóstico

El literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 establece que “todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales...”, lo cual significa que las partes comprometidas con la prestación del servicio están obligadas a

garantizar que tales objetivos se cumplan en virtud a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Lo anterior fue previsto mediante sentencia T-760 de 2008, en la cual esta Corporación estableció la necesidad de suministrar atención y tratamiento en forma integral en la que se incluya medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo lo necesario para restablecer la salud del paciente.

La integralidad del servicio de salud fue reiterada, entre otras, mediante sentencia T-289 de 2013 con el fin de evitar a las personas los trámites administrativos que puedan resultar limitadoras de la garantía del derecho a la salud.[62]

“(…) el derecho al examen diagnóstico está orientado a garantizar los siguientes objetivos: (i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente. (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) Poder iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida, según la enfermedad sufrida.”[64]

En igual sentido, mediante sentencia T-020 de 2017, la posición de la Corte resaltó la importancia del diagnóstico para establecer causas y necesidades de los pacientes para el restablecimiento de su estado de salud, con lo cual podría materializarse también el derecho fundamental.[65]

Esta Corporación ha dispuesto en múltiples ocasiones que: “Todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio, (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.[66] (Negritas fuera de texto original).

Lo anterior en virtud de haberse evidenciado que no obstante las normas prevén la entrega de medicamentos o práctica de un procedimiento para, procurar que el estado de salud de los pacientes sea restablecido y, así salvaguardar el derecho fundamental, las entidades prestadoras se abstienen de hacerlo a pesar de la obligación que el Sistema de Salud

impone.

En virtud de la negativa de las entidades prestadoras del servicio, los pacientes se han visto en la urgente necesidad de invocar la protección de su derecho a la salud, lo cual ha conllevado a que el juez de tutela intervenga para garantizar la efectividad del mismo.

De acuerdo con las obligaciones derivadas del derecho fundamental a la salud, que fueron esbozadas en la sentencia 760 de 2008, esta Corte ha sostenido en forma especial que “el contenido esencial del derecho a la salud incluye el deber de respetar, que consiste en evitar cualquier injerencia directa o indirecta en el disfrute de máximo nivel de salud posible, de conformidad con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo de tal derecho se deriva la obligación para las entidades que integran el Sistema de Salud de abstenerse de imponer a sus usuarios obstáculos irrazonables y desproporcionados en el acceso a los servicios que requieren. Por lo tanto, la regla de acuerdo con la cual toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad, debe ser observada por las entidades que integran el Sistema, especialmente EPS e IPS, con la finalidad de ofrecer a sus usuarios atención en salud eficiente, oportuna y con calidad, y que no existan para ellos trabas que afecten el goce efectivo de su derecho.”[67] (Negrillas fuera de texto original)

Así, al evidenciarse que el médico tratante ha formulado, por ejemplo, un medicamento porque, basado en sus estudios y conocimiento, considera que es el que puede recuperar el estado de salud del paciente y aliviar los síntomas de sus enfermedades, es deber de las entidades prestadoras del servicio facilitar la entrega del mismo, pues de lo contrario pondría en peligro la adecuada evolución y consecuente mejoría de aquel, con lo cual obstaculizaría el propósito loable que el médico ha previsto, en contra del respeto por el derecho fundamental de la salud y posiblemente la vida del paciente. Si bien es cierto deben surtirse algunos procedimientos para el acceso a los servicios, en virtud de la organización administrativa, tal situación no debe ser óbice para la garantía del disfrute del derecho a la salud. Por tal razón, es indispensable que el servicio se preste de manera “eficiente, oportuna y con calidad”.

“Para la Corte la prestación efectiva de los servicios de salud incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere

un medicamento o procedimiento. Las dilaciones injustificadas, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal al paciente, lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud”[68]

Pero se hace necesario resaltar que, aunque el servicio de salud deba prestarse de manera integral con todos los elementos, intervenciones, medicamentos, mecanismos requeridos para devolver el estado de salud de los individuos, tal determinación corresponde al especialista en medicina y no al juez, quien no cuenta con el conocimiento en la materia y solo podrá intervenir para proteger al paciente el derecho a la salud, cuando advierta que éste ha sido trasgredido o puesto en peligro y, corregir la falencia en que pueda incurrirse con alguna omisión en la prestación de los servicios.

Así fue dispuesto por esta Corporación: “Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por lo cual no es llamado a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Se ha afirmado pues, que ‘[l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.’ Por ello, la condición esencial ‘...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante’.”[69]

6. Estudio de los casos concretos

Expediente T-6.793.483

La señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, quien cuenta con 75 años de edad y se encuentra afiliada a la Nueva EPS mediante el régimen subsidiado, padece de “artrosis postraumática de otras articulaciones”. Fue recluida en la clínica por trauma en el hombro y muñeca derecha y desde entonces su movilidad ha sido nula. Por imposibilidad de valerse por sus propios medios, ha sido necesario el apoyo de los familiares para las actividades cotidianas, razón por la cual, fue solicitado mediante la acción de tutela el suministro de

medicamentos y procedimientos médicos, pañales desechables, pañitos húmedos, guantes quirúrgicos, tapabocas, crema antiescaras, silla de ruedas, transporte de ambulancia y atención domiciliaria.

La enfermedad crónica que padece la accionante de acuerdo con lo revisado en la historia clínica, además de la referida es: “osteoporosis severa”, padecimiento que es generalizado, y ello le ha causado pérdida de movilidad. A juicio de la accionante, luego del evento presentado: “caída de su cama al levantarse y enredarse”, y por cuya causa acudió a urgencias el día 30 de noviembre de 2017, se acrecentó su problema de salud.

Observa la Sala que a folio 3 a 9 reposa la epicrisis. Allí fueron prescritos órdenes médicas y procedimientos. A folio 4 puede leerse: “BISACODILO 5MG 5MG TABLETA RECUBIERTA, TRAMADOL CLORHIDRATO, OMEPRAZOL, MIDASEDAN 15GR/3ML SOLUCIÓN INYECTABLE, DIPIRONA, CLORURO DE SODIO X 500 ML, PROPOFOL, MIDAZOLAM 15 GRX3ML SOLUCIÓN INYECTABLE 1 CAJA X 1 15GRX3ML SOLUCIÓN INYECTABLE CAJA X 1. VARIOS, FENTANILO CITRATO”. A folio 7 consta: “CONTROL POR CONSULTA EXTERNA EN 1 MES DE ORTOPEDIA, CALCIO Y VIT D TABLETAS 15 TAB, NAPROXENO TABLETAS 250 MGS 10 TAB”. A folio 8 se lee: “RADIOGRAFÍA DE HOMBRO (1 RAYOS X HOMBRO DERECHO AP LATERAL). A folio 9 se observa: “RADIOGRAFÍA DE ANTEBRAZO (1 RAYOS X ANTEBRAZO DERECHO AP LATERAL).” La entidad prestadora del servicio negó los medicamentos y procedimientos ordenados por el médico tratante, sin ninguna justificación, con lo cual se demuestra la vulneración del derecho fundamental a la salud, toda vez que dichas órdenes emitidas por el profesional de la medicina son necesarias para procurar el restablecimiento del estado de salud de la paciente que podría deteriorarse con la negativa de la EPS a autorizar lo prescrito.

Ahora, se encuentra evidencia que la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, a raíz del accidente, tiene problemas de movilidad. Además de la mención hecha de tal situación en el escrito de la acción de tutela, se registró en historia clínica, visto a folio 5 del expediente: “paciente femenina de 75 años con osteoporosis severa, caída desde su propia altura, con posterior inicio de inmovilidad de extremidades y déficit neurológico, a la evaluación física se aprecia alteración de movilidad y sensibilidad de extremidades, reflejos abolidos y déficit sensitivo a partir de línea mamaria, haciendo pensar en lesión medular T4”.

Se concluye con lo descrito que la paciente necesita apoyo externo para movilizarse al no poder hacerlo por sus propios medios. Al hacerse evidente tal situación, fácil es suponer que las necesidades fisiológicas como la evacuación de orina o heces no puede realizarlas en forma voluntaria ni de manera adecuada. El esfuerzo al intentar hacerlo por sí misma, le podría generar mayores consecuencias a su ya malogrado estado de salud. Se hacía indispensable entonces, para aliviar su precaria situación y disminuir los malestares que le ha ocasionado su enfermedad, que su prestador de servicio le suministrara pañales desechables, pañitos húmedos, crema anti escaras, además de una silla de ruedas para movilizarse dentro y fuera de su hogar y así evitar que el estado de postración ocasionaran mayor perjuicio con el deterioro de su calidad de vida.

Lo anterior, al encontrarse probado que la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA i) no cuenta con los recursos económicos suficientes para el gasto que ocasiona la provisión constante de pañales, pañitos húmedos y crema anti escaras, insumos necesarios para aliviar el padecimiento ante la falta de movilidad, ni proveerse una silla de ruedas indispensable para su movilización. Fue relatado por la agente oficiosa que ni su agenciada posee los medios económicos para proporcionarse tales insumos ni en su hogar cuentan con recursos para apoyar su condición, situación que al no ser desvirtuada ni controvertida, se infiere la certeza de su afirmación.[70]

ii) a pesar de no existir la orden médica, urge que su prestador de salud supla tal carencia, pues la provisión de tales elementos evitará que, por los problemas de movilidad, que se hallan probados, causen mayores perjuicios a su estado salud poniendo en peligro el derecho fundamental; iii) al no ser posible trasladarse, a voluntad, de un lugar a otro para procurarse una higiene adecuada ni para superar su estado de postración, los pañales, la crema anti escaras y la silla de ruedas surgen como los únicos elementos apropiados para garantizar su calidad de vida, pues no se cuenta con otros que permita reemplazarlos.

Al no proceder de tal manera, se observa que fue vulnerado el derecho fundamental a la salud de la paciente por parte de la entidad prestadora de ese servicio; en consecuencia, se le ordenará a esta que, en el término de 48 horas, proporcione a la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, 120 pañales desechables, cantidad indicada en el parágrafo 2 del artículo 19 de la Resolución 1885 de 2018, “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la

información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones". De igual manera será ordenado el suministro de pañitos húmedos y crema anti escaras, indispensables, conforme se ha estudiado, para paliar la enfermedad, en la cantidad que acompañe el uso de los pañales. Será ordenada igualmente la entrega de la silla de ruedas.

Ahora, solicita la accionante además el servicio de atención domiciliaria, el cual fue desatendido por la entidad prestadora de salud. Se explicó en las consideraciones que el servicio de enfermería solo es procedente cuando se requiera en casa de apoyo de personas con conocimientos especiales en áreas de la salud dada la urgente atención para la enfermedad y se evidencie que los familiares no pueden proporcionarlo, no obstante el principio de la solidaridad, si tal apoyo genera afectación al entorno familiar al trasladarle toda la carga a éste, de su cuidado.

Se advierte que la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA i) requiere constantemente de la ayuda de una persona para todas sus actividades, dado su padecimiento; ii) Si bien está demostrada su vinculación al sistema subsidiado de salud de lo cual se deriva su condición económica, no se observa orden médica que indique la inminencia de un cuidado por parte de personal especializado, que no pueda realizarse por personas del entorno familiar, en virtud del principio de solidaridad.

En relación con el servicio de ambulancia y/o transporte tal exigencia se sustenta en una eventualidad que en el caso no ha sido comprobada, de manera que el juez constitucional no podría dispensar un derecho frente a un supuesto futuro, como el indicado en la acción y por tanto no es posible acceder a ello, aunque se resalta que en virtud de las reglas aquí contenidas, tal servicio será procedente cuando sea requerido, dada la integralidad del servicio.

Bajo los argumentos de la Sala y revisados los hechos del caso concreto, se dirá que, al no ser concedidos los medicamentos ni los elementos requeridos para atender la enfermedad de la paciente ni paliar los padecimientos causados por la misma, la prestadora del servicio ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y dignidad humana de la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA y en razón de ello, la NUEVA EPS deberá corregir tal falencia y proceder de conformidad con lo señalado, para evitar que su

calidad de vida se vea disminuida y procurar una vida en condiciones dignas.

Expediente T-6.817.509

Al niño EMILIANO DUQUE SERNA, de 4 años de edad, afiliado a SALUD TOTAL EPS mediante el régimen subsidiado, le fue diagnosticado “síndrome de Down” y conforme lo ha aceptado el médico tratante, revisada la historia clínica, “no controla esfínteres”, [71] por lo que fue solicitado por su representante legal el suministro de PAÑALES a la entidad prestadora del servicio de salud, para brindarle una vida en condiciones dignas, en virtud de no contar con los medios económicos para proporcionárselos.

La Sala ha verificado que, en estudio de la acción de tutela el juez de instancia solicitó a varias entidades la confirmación de existencia de bienes inmuebles o cuentas bancarias, para tener certeza de tal situación y se pudo comprobar que efectivamente, i) la madre del niño no cuenta con recursos económicos que le permitan acceder, por su cuenta, a los insumos que necesita para proporcionarle a su hijo un adecuado nivel de vida.

Además de la situación anterior, se verificó en los documentos que hacen parte del expediente que, la señora Ana Milena Serna trabaja en una panadería de su padre, pero según declaración que rindiera ante el Juzgado, tal negocio se encuentra bajo embargo, el local no es propio y su padre, con quien residen la señora Serna y su hijo, está pendiente del reconocimiento de su pensión, lo que evidencia que en el entorno familiar del niño no se cuenta con recursos económicos para brindarle lo solicitado y garantizar el derecho fundamental a la salud.

iii) Los pañales son el único elemento apropiado para garantizar su calidad de vida.

Pese a que adicional a los pañales fuera solicitado, mediante la acción de tutela, “tratamiento integral subsiguiente con el cubrimiento del cien por ciento, incluyendo citas médicas con especialistas, médico general, hospitalización, cirugías, procedimientos prequirúrgicos, posquirúrgicos y demás tratamientos, medicamentos, vacunas y exámenes que se encuentren dentro y fuera del POS.”, tales servicios requeridos solo procederán de considerarse necesarios en caso de presentarse alguna enfermedad o acaecimiento especial, que no se advierten adicionales al registro de la actual circunstancia por la cual se consultó. También será pertinente su práctica, en el caso de vacunas, cuando se verifique la

época en la que sea necesario tal procedimiento. En escrito que dirigió el representante legal de SALUD TOTAL EPS, se observa la relación de los procedimientos practicados al niño EMILIANO DUQUE SERNA, los cuales han sido autorizados a medida de su requerimiento.[73] .

Bajo las consideraciones del Despacho y revisados los hechos del caso concreto, se concluye que, al no ser concedidos los PAÑALES, la EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana del niño EMILIANO DUQUE SERNA y en razón de ello, SALUD TOTAL EPS deberá corregir tal falencia y proporcionarle 120 pañales desechables, proporción indicada en el parágrafo 2 del artículo 19 de la Resolución 1885 de 2018, “Por la cual se establece el procedimiento de acceso. Reporte de prescripción. Suministro. Verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.”, además de los pañitos húmedos que acompañan su uso.

7. Síntesis

En la presente oportunidad, la Sala Novena de Revisión examina los casos de la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA (persona de la tercera edad) y el niño EMILIANO DUQUE SERNA (menor), quienes mediante acción de tutela solicitan la protección de sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, igualdad y vida en condiciones dignas, los cuales consideran vulnerados por sus respectivas entidades prestadoras del servicio de salud bajo el régimen subsidiado: La Nueva EPS (Señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA) y Salud Total EPS (niño EMILIANO DUQUE SERNA), toda vez que dichas entidades se niegan a suministrarles.

Para el caso de la señora Galvis, medicamentos, insumos médicos como pañales desechables, pañitos húmedos, guantes quirúrgicos, tapabocas y crema anti escaras para el tratamiento diario, atención domiciliaria de enfermería, una silla de ruedas para la movilidad de la señora y servicio de traslado en ambulancia. Para el caso del niño Emiliano: insumos médicos como pañales y servicio integral.

Accionante

Lo solicitado

Lo ordenado (CC)

Fundamento

CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA

- 75 años
- Estado de postración por osteoporosis severa crónica - Artrosis no movilidad
- Régimen subsidiado
- Pañales desechables
- Pañitos húmedos
- Crema anti-escaras.
- Guantes quirúrgicos
- Tapabocas
- Silla de ruedas
- Medicamentos
- Tratamiento médico
- Atención domiciliaria (servicio enfermería - cuidador)
- ü Pañales desechables
- ü Pañitos húmedos

ü Crema anti-escaras

ü Silla de ruedas

ü Medicamentos y Tratamientos ordenados por médico tratante.

ü Diagnóstico.

Resolución 1885 de 2018. Sentencias[74]

Sentencia T-131 de 2015.

Sentencia T-752/12

Sentencia T-905 de 2010

Sentencia T-519 de 2014

Sentencia T-099 de 1999

Sentencia T-120 de 2017

Sentencia T-216 de 2014.

Sentencia T-1219 de 2003.

Sentencia T-014 de 2017

Sentencia T-742 de 2017.

Sentencias[75]

Sentencia T-414 de 2016.

sentencia T-196 de 2018

Sentencia T-905 de 2010 Sentencia T-760 de 2008

Sentencia T-260 de 2017 Sentencia T-597 de 2016

Sentencia T- 178 de 2017

Resolución 5592 de 2015

Sentencia T-414 de 2014

Sentencias: [76]

Sentencia T-020 de 2017

Sentencia T-760 de 2008

Sentencia T-289 de 2013

Sentencia T-359 de 2010

EMILANO DUQUE SERNA

- Menor (4 años)
- Síndrome de Down
- No control esfínteres
- Régimen subsidiado
- Pañales desechables
- Tratamiento integral

ü Pañales desechables

ü Pañitos húmedos

Resolución 1885 de 2018. Sentencias[77]

Sentencia T-131 de 2015.

Sentencia T-752/12

Sentencia T-905 de 2010

Sentencia T-519 de 2014

Sentencia T-099 de 1999

Sentencia T-120 de 2017

Sentencia T-216 de 2014.

Sentencia T-1219 de 003.

Sentencia T-014 de 2017

Sentencia T-742 de 2017.

Los accionantes, a través de sus agentes oficiosos afirman que las entidades accionadas negaron el reconocimiento de los derechos invocados en virtud de no haber sido ordenados por el médico tratante y por no encontrarse tales elementos o insumos, dentro de los planes de salud.

En atención a lo antes expuesto, la Sala se propuso resolver en ambos casos, que fueron acumulados, los siguientes problemas jurídicos:

Expediente T-6.793.483

¿Vulnera los derechos a la salud y a la vida digna la EPS, por la negativa de ordenar el suministro de, medicamentos prescritos por el médico tratante, además de pañales, pañitos húmedos, guantes quirúrgicos, tapabocas, cremas antiescaras, silla de ruedas, atención domiciliaria y servicio de traslado en ambulancia que no cuentan con orden médica, a persona de la tercera edad sujeto de especial protección constitucional, que presenta grave deterioro de salud?

Expediente T-6.817.509

¿Vulnera los derechos a la salud y a la vida digna la EPS, por la negativa de ordenar el suministro de pañales y tratamiento integral a un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional que presenta diagnóstico de síndrome de Down, por no contar con la orden médica para tales insumos y servicios?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala de Revisión procedió a efectuar el estudio de los siguientes puntos: (i) La agencia oficiosa en materia de tutela; (ii) Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela; (iii) El derecho fundamental a la salud y su protección por el juez constitucional en el caso de los adultos mayores y niños; (iv) Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos e insumos y/o elementos médicos excluidos del Plan de Beneficios de Salud; y (v) servicios médicos incorporados en el PBS cuya prestación es negada por parte de las EPS. Finalmente, dará cuenta de los (vi) casos concretos, momento en el cual se verificaron los aspectos analizados respecto de cada una de las solicitudes de amparo de que se trata.

La Sala recordó que aun sin contar con prescripción médica era posible dispensar el amparo, y otorgar (i) los insumos como pañales desechables, pañitos húmedos y crema antiescaras, cuando se evidencie que no existe control de esfínteres dado el padecimiento, así como la imposibilidad de moverse sin ayuda de otra persona; además que estos insumos fueran el único elemento apropiado para garantizar la calidad de vida del paciente y, finalmente, que el paciente y la familia carecieran de recursos mínimos para poder asumir el costo de tales elementos de higiene. Frente a la (ii) silla de ruedas se destacó que la falta del suministro amenazara ciertamente el derecho fundamental de locomoción, que no pudiera sustituirse por otra herramienta y, que no fuera posible acceder a la misma a través de otro plan distinto y, en el evento de evidenciarse que el paciente carece de movilidad para trasladarse a realizar la higiene personal que sólo puede desplazarse con ayuda externa, tal elemento constituye una herramienta esencial para el desplazamiento de las personas que por su condición no pueden hacerlo voluntariamente y su carencia haría indigna la existencia.

En relación con (iii) el servicio de transporte se advirtió que tal exigencia se sustenta en una eventualidad que en el caso no ha sido comprobada de manera que el juez constitucional no podría dispensar un derecho frente a un supuesto futuro.

De igual manera señaló la Sala que (iv) en relación con el servicio de enfermería o de cuidador, si bien puede estar demostrada la vinculación al sistema subsidiado de salud de lo cual puede derivarse la condición económica, el servicio de enfermería se ofrecerá cuando se observe la urgencia de una atención por parte de personal especializado en salud y que en caso del cuidador, dicho apoyo no pueda realizarse por personas del entorno familiar en virtud del principio de solidaridad.

(v) Asimismo destacó que solo procede el tratamiento integral cuando se evidencie que el médico ha ordenado los medicamentos y los procedimientos y éstos no se han dispensado y, no cuando se trate de eventualidades sin soporte probatorio.

La Sala dio cuenta de los (vi) casos concretos para verificar los aspectos analizados respecto de cada una de las solicitudes de amparo de que se trata.

En virtud de lo anterior, fueron constatadas las subreglas que se han establecido por esta Corporación, con el fin de dispensar los insumos y/o elementos solicitados, con base en ellas se pudo verificar:

En relación con el caso de la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, expediente T-6.793.483, se evidencia que: (i) es una mujer de avanzada edad: tiene 75 años; (ii) se encuentra en grave estado de salud: padece de osteoporosis, artrosis crónica degenerativa que le impiden movilizarse; (iii) es persona que no cuenta con la capacidad económica suficiente y su avanzada edad y las dolencias causadas por la enfermedad que la aqueja, le impiden trabajar para garantizar y procurarse una vida en condiciones dignas. (iv) No cuenta con capacidad económica y se encuentra vinculada al régimen subsidiado de salud.

Expuestas las reglas establecidas por esta Corporación para la procedencia del suministro de los insumos y/o elementos solicitados para la protección de los derechos invocados como presuntamente conculcados, la Sala Novena de Revisión encuentra que, al negar los requerimientos para la atención de las diferentes enfermedades de los pacientes, las EPS vinculadas vulneraron los derechos a la salud y dignidad humana.

En virtud de los hallazgos, la Sala concluyó que era necesario revocar las decisiones objeto de revisión por cuanto desconocieron los derechos invocados por los tutelantes y reconocer

el amparo. Por lo anterior se ordena en el caso del niño EMILIANO DUQUE SERNA, la entrega de pañales y pañitos húmedos. En el caso de la señora CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA además de pañales, la entrega de pañitos húmedos, crema anti escaras; medicamentos y procedimientos prescritos por el médico tratante; silla de ruedas; diagnóstico médico para determinar la necesidad de los procedimientos y verificación de la evolución de la paciente.

RESUELVE:

PRIMERO.- (T-6.793.483) REVOCAR el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta-, el día 2 de febrero de 2018, dentro de la acción promovida por María del Socorro Ochoa Galvis, quien actúa como agente oficiosa de CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, contra NUEVA EPS S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, el cual resolvió no amparar los derechos fundamentales invocados y en su lugar, se decide TUTELAR los derechos a la salud y a la dignidad humana de CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA.

SEGUNDO.- ORDENAR en consecuencia que la NUEVA E.P.S., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a la ciudadana CLEMENTINA GALVIS DE OCHOA, 120 pañales para un mes, cantidad dispuesta en el parágrafo 2 del artículo 19 de la Resolución 1885 de 2018 y suministre pañitos húmedos y crema anti escaras en cantidad que acompañe el uso de pañales. También, proceda a la entrega de una silla de ruedas, con posterioridad a las indicaciones dadas por el médico tratante, para el manejo de la enfermedad, de acuerdo a la orden dada en el siguiente inciso.

Se ordena igualmente que, en el término de cinco (5) días, realice el diagnóstico médico a la paciente para actualizar los medicamentos y procedimientos médicos que requiere para el tratamiento de su enfermedad; se entreguen los que correspondan y se practiquen los últimos. En diagnóstico realizado, el médico tratante deberá establecer, conforme su criterio, la cantidad de pañales, pañitos húmedos y crema anti escaras que requiera mensualmente, además de indicar las especificaciones que debe tener la silla de ruedas a entregar, que sea pertinente y necesaria para el manejo de la enfermedad y, verificará la evolución de la paciente.

TERCERO.- (T-6.817.509) REVOCAR el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías para Adolescentes, de Manizales, Caldas, el día 4 de abril de 2018, dentro de la acción promovida por Ana Milena Serna Arenas, quien actúa como representante legal del niño EMILIANO DUQUE SERNA, contra SALUD TOTAL EPS, el cual resolvió no amparar los derechos fundamentales invocados y en su lugar, se decide TUTELAR los derechos a la salud y a la dignidad humana de EMILIANO DUQUE SERNA.

CUARTO.- ORDENAR en consecuencia que SALUD TOTAL E.P.S., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre al niño EMILIANO DUQUE SERNA, 120 pañales, cantidad dispuesta en el parágrafo 2 del artículo 19 de la Resolución 1885 de 2018, para un mes y pañitos húmedos en la cantidad necesaria para el mismo periodo.

Así mismo, se ordena que en el término de cinco (5) días, se realice nuevo diagnóstico al niño para verificar su evolución y establecer la cantidad de pañales y pañitos húmedos mensuales que sean pertinentes, conforme su criterio, no inferiores a los establecidos en la Resolución.

Las Entidades Promotoras de Salud podrán hacer el respectivo recobro a las Direcciones Territoriales de Salud que sean competentes, en virtud de la vinculación a los planes de salud subsidiados en los cuales se encuentran los accionantes.

QUINTO.- Por Secretaría LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Comuníquese, publíquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-471/18

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD-Parte motiva del fallo adolece de claridad al agrupar bajo una misma categoría de “servicios excluidos” a prestaciones que no lo están (aclaración de voto)

(M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS)

1. Acompañé la Sentencia T-471 de 2018, que tuteló los derechos a la salud y a la vida digna, de la señora Clementina Galvis de Ochoa y del menor Emiliano Duque Serna. Comparto la decisión a la que llegó la Sala, en tanto se demostró, en ambos procesos, que las entidades demandadas se negaron de forma injustificada a reconocer los servicios e insumos médicos que los accionantes requerían con necesidad. Sin embargo, debo aclarar mi voto, en la medida que las explicaciones que trae la Sentencia sobre los servicios y medicamentos excluidos resultan confusas y podrían dar lugar a lecturas restrictivas del derecho fundamental a la salud.

2. El capítulo cuarto de la providencia se titula “Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos, servicios y/o insumos, excluidos del Plan de Beneficios de Salud; cuando su prestación no ha sido prescrita por el médico o es negada por parte de las EPS”. Y bajo esta categoría, se agrupan, de forma indebida, consideraciones sobre: pañitos

húmedos, guantes, tapabocas, pañales, cremas anti-escara, sillas de rueda, servicio de transporte, atención domiciliaria y la prestación integral del servicio de salud.

3. Contrario a lo que se anuncia en este capítulo, el único servicio realmente excluido del Plan de Beneficios en Salud, son los pañitos húmedos[78]. De acuerdo con la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751, Art. 15), solo los servicios o tecnologías que cumplan con determinados criterios “serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud”. Al revisar esta disposición, la Corte hizo énfasis en el carácter expreso e inequívoco que debían tener las exclusiones, ya que la regla general es la inclusión de medicamentos y servicios:

“Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si 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”[79].

4. Ahora bien, en la Resolución 5267 de 2017, por medio de la cual el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó el listado de servicios y tecnologías excluidos, no se observa expresa ni taxativamente mención a los pañales, guantes, tapabocas o silla de ruedas. A lo que sí alude el listado es a los “insumos de aseo y pañitos húmedos”[80]. Con ello quedan excluidos del servicio de salud los pañitos húmedos; pero la categoría de “insumos de aseo”, al ser tan amplia e indeterminada, contraría los requisitos de taxatividad y claridad que dispuso la Ley Estatutaria de Salud[81] y que la Sala Plena reafirmó en su momento[82]. Por ende, esta cláusula no debe servir como justificación para englobar múltiples insumos que se consideran como simples materiales de aseo, sin repercusiones en el derecho a la salud.

5. De hecho, los pañales sí están incluidos en la Resolución 1885 de 2018, por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte, suministro y pago de tecnologías en salud

no financiadas con recurso de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)[83]. Algo similar ocurre con la silla de ruedas, la cual según lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 59 de la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017, tampoco puede ser financiada con recursos de la UPC.

6. Existen entonces medicamentos y servicios que no han sido incluidos en el Plan de Beneficios en Salud estándar, con cargo a la UPC, pero que tampoco han sido excluidos expresamente. En estos casos, las EPS deben adelantar el mecanismo previsto en la Resolución 1885 de 2018[84] para que la Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Salud -ADRES- reconozca los gastos en que incurrió. En consecuencia, y como se detalló recientemente en la Sentencia T-464 de 2018[85], el Sistema de Salud prevé tres posibilidades:

“i. Que se encuentren incluidos en el PBS con cargo a la UPC, en cuyo caso, al ser prescritos, deben ser suministrados por la EPS y financiados por la UPC;

iii. Que se encuentren excluidos expresamente del Plan de Beneficios en Salud, como consecuencia del procedimiento de exclusión previsto por la Resolución 330 de 2017”[86].

7. En síntesis, comparto la decisión de amparo a la que llegó la Sala Novena de Revisión, pero aclaro mi voto en tanto que la parte motiva del fallo adolece de claridad y, de forma poco técnica, agrupa bajo una misma categoría de “servicios excluidos”, a prestaciones que no lo están. Aunque hay insumos como los pañales o la silla de ruedas que tienen un trámite y sistema de recobro distinto, ello no significa que estén excluidos del Sistema. De las peticiones elevadas por los accionantes, el único servicio explícitamente excluido son los pañitos húmedos. Esto no obsta para que, en el caso concreto, sea posible inaplicar esta norma de exclusión, cuando de forma rigurosa se cumplan los requisitos jurisprudenciales reiterados por la Corte[87].

Fecha ut supra

Diana Fajardo Rivera

Magistrada

- [1] Integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas.
- [2] Folio 10, cuaderno Corte Constitucional.
- [3] Cédula de ciudadanía. Folio 2, cuaderno Corte Constitucional.
- [4] Historia clínica. Folio 3, cuaderno Corte Constitucional
- [5] Folio 67, cuaderno Corte Constitucional.
- [6] Folio 25 a 42, cuaderno de primera instancia.
- [7] Folios 49 a 62, cuaderno de primera instancia.
- [8] Registro civil de nacimiento. Folio 8, cuaderno Corte Constitucional.
- [9] Folio 5, cuaderno Corte Constitucional.
- [10] Folio 30 cuaderno primera instancia
- [11] Folio 8, cuaderno de primera instancia
- [12] Folio 9, cuaderno de primera instancia
- [13] Folios 4, 5, 6 y 7, cuaderno de primera instancia.
- [14] Folio 4 expediente.
- [15] Sentencia T-056 de 2015, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez
- [16] Sentencia SU-055 de 2015, M.P.: María Victoria Calle Correa
- [17] Sentencia T-044 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- [18] Ver sentencias T-452 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-372 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-968 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- [19] RAE. Real Academia Española

[20] Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[21] Folios 8 y 9, cuaderno primera instancia.

[22] Art. 62 Código Civil

[23] Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[24] Sentencia SU-439 de 2017 MP: Alberto Rojas Ríos.

[25] Folios 3-5, cuaderno primera instancia

[26] Ver entre otras, SU 961/99, SU 391/16, T-171/18

[27] Folio 4, cuaderno primera instancia.

[28] Ver entre otras, SU 961/99, SU 391/16, T-171/18

[29] Sentencia T-531 de 2017.

[30] Sentencia T-098 de 2016.

[31] Sentencia SU-439 de 2017

[32] Sentencia T-983 de 2007.

[33] Folios 13, 59, 62 expediente primera instancia.

[34] Sentencia T-1097 de 2004 MP Álvaro Tafur Galvis. Sentencia T- 1238 de 2005 MP Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-099 de 2006 MP Álvaro Beltrán Sierra. Sentencia T- 454 de 2008 MP Jaime Córdoba Triviño.

[35] MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[36] Artículo 2º Ley Estatutaria 1751 de 2015: “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.”

[37] “En lo que atañe a la accesibilidad, contemplada en el literal c), observa el Tribunal Constitucional que resulta manifiestamente congruente con enunciados contenidos en el Texto Superior. En tal sentido, el artículo 49 consagra, en lo pertinente, “Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud””

[38] Sentencia T-414 de 2016. MP: Alberto Rojas Ríos – Sentencia T-610 de 2013, MP Nelson Pinilla Pinilla.

[39] MP: Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia T-760 de 2008 MP Manuel José Cepeda Espinosa T-414 de 2016 MP; sentencia T-519 de 2014 MP Luís Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-658 de 2013, M.P.: María Victoria Calle Correa; Sentencia T-619 de 2014 MP Martha Victoria Sàchica Méndez.

[40] “Respecto a la especial condición en que se encuentran las personas de edad avanzada, la Corte ha resaltado la protección que a su favor impone el artículo 46 constitucional, primordialmente por el vínculo que une la salud con la posibilidad de llevar una vida digna, como se hizo constar, entre otras, en la sentencia T-1087 de diciembre 14 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño: “Esa relación íntima que se establece entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, ha sido también recalcada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su observación general número 14 que, en su párrafo 25 establece: ‘25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos

sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables...".

[41] Sentencia T-519 de 2014. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[42] Sentencia T-619 de 2014: MP Martha Victoria Sáchica Méndez. "Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud". Sentencia T-014 de 2017. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: "En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de las personas de la tercera edad, este derecho adquiere mayor relevancia pues, las naturales consecuencias de la vejez, ubican a estas personas en un estado de debilidad manifiesta del cual el sistema de salud, debe encargarse."

[43] Sentencia T-610 de 2013 MP Nilson Pinilla Pinilla

[44] Sentencia T-771 de 2012 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: "De esta manera, se puede concluir que la Corte Constitucional ha garantizado y protegido el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, teniendo en cuenta, que si bien es deber de la familia del niño apoyarlo en esta situación, el sistema de salud debe concurrir y prestar todo el apoyo necesario de acuerdo con sus competencias, con base en el principio de integralidad del sistema de salud aun cuando los tratamientos, medicamentos, exámenes, intervenciones, no se encuentren cubiertos por el plan obligatorio de salud." (...) "Así las cosas, se concluye que los niños que se encuentran en situación de discapacidad son una población que goza de protección constitucional reforzada, de lo cual se desprende la obligación del Estado, y, en general la sociedad, de desplegar medidas de discriminación positiva a su favor, para así, garantizarles su integración social y el disfrute de sus derechos fundamentales."

[46] Parágrafo 2, artículo 19 Resolución 1885 de 2017: "Cuando se trate de prescripción de pañales y la cantidad requerida para un mes de tratamiento sea igual o menor a 120 unidades contabilizados por usuario. no se requerirá del análisis por parte de la Junta de

Profesionales de la Salud. La entidad responsable del asegurado deberá controlar el suministro de dichas cantidades de forma mensual. independiente del número de prescripciones por usuario que se hayan registrado en la herramienta tecnológica. Lo anterior hasta tanto se establezca un protocolo para tal fin.”

[47] Sentencia T-131 de 2015. MP. Martha Victoria Sáchica. 16 expedientes acumulados. Se solicita se tutelen los derechos a la salud y vida digna en virtud de no ser entregados por las promotoras de salud los elementos o insumos como pañales y cremas, así como sillas de ruedas para movilización, por no contar con recursos para proporcionárselos. Sentencia T-519 de 2014: “En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le permite acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona (heridas, llagas, hongos) no le permiten una vida normal, ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que se le proporcionen en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia. Recuérdesse además que en tratándose de personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social se erige en fundamental y su protección se torna insoslayable en casos como el presente.”

[48] Sentencia T-905 de 2010

[49] Sentencia T-120 de 2017 MP Luís Ernesto Vargas

[50] Sentencia MP María Victoria Calle. Caso de Joven de 19 años y antecedentes de “leucemia linfoblástica”, fue hospitalizada como consecuencia de una “encefalopatía hipóxica secundaria a asp y rcp prolongada, e insuficiencia respiratoria espirativa”, que le dejó secuelas neurológicas. Se remitió a su casa para seguir allí tratamiento y le fueron negados los servicios de silla de ruedas y transporte así como el suministro de pañales, pañitos y cremas, que fue lo invocado vía acción de tutela para proteger derecho fundamental a la salud y vida digna.

[51] Sentencia T-742 de 2017. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado: En este orden de ideas, se

concederá el amparo y se ordenará la entrega de los insumos prescritos en esa orden médica para los tres meses posteriores a la notificación de esta providencia. Adicionalmente, como quiera que no existe certeza sobre los insumos que requerirá el menor de edad con posterioridad a los tres meses, se ordenará una valoración médica para establecer en qué cantidad y con qué periodicidad se requieren los referidos elementos.”

[52] Sentencia T-790 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada. Sentencia T-014 de 2017 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “En uno de esos casos, este Tribunal Constitucional ha señalado que “si bien los pañales no fueron ordenados por el médico tratante, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la necesidad de los mismos para quien padece incontinencia, ‘es un hecho notorio’ que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro.”

[53] Sentencia T-260 de 2017 MP: Alberto Rojas Ríos. Sentencia T-597 de 2016 MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia T- 178 de 2017 MP: Antonio José Lizarazo Ocampo.

[54] Nombre retirado por protección de la identidad.

[55] Sentencia T-414 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

[56] Sentencia T.120 de 2017 MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[57] Sentencia T-196-2018. MP.: Cristina Pardo Schlesinger: “Por otro lado, en lo que se refiere igualmente al tema del transporte, se pueden presentar casos en los que dada la gravedad de la patología del paciente o su edad avanzada surge la necesidad de que alguien lo acompañe a recibir el servicio. Para estos casos, la Corte ha encontrado que “si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas” (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante.”

[58] Artículo 6 de la Resolución 5592 de 2015, expedido por el Ministerio de Salud, 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”

[59] Cuidador: aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC. Numeral 3, artículo 3. Resolución 1885 de 2018 Ministerio de Salud.

[60] “Cuidador: aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad: numeral 3 artículo 3 Resolución 1885 de 2017.

[61] Sentencia T-414 de 2014

[62] Sentencia T-289 de 2013: “la Corte ha dicho que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela “deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”. Así mismo, el denominado derecho obliga a las EPS a no entorpecer la prestación de los servicios con procesos o trámites administrativos que generen limitaciones para que los pacientes reciban la asistencia necesaria para garantizar de forma plena el derecho a la salud.”

[63] MP: Nelson Pinilla Pinilla

[64] Sentencias T-593 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-274 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-050 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-566 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-736 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-854 de 2010 (M.P. Huberto Antonio Sierra Porto), T-893 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-934 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[65] Sentencia T-020 de 2017. MP. Luís Ernesto Vargas Silva: “Esta Corporación ha manifestado que la materialización del derecho fundamental a la salud implica que el paciente cuente con un diagnóstico efectivo. Lo anterior lleva consigo: (i) una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, (ii) la determinación de la enfermedad que padece y (iii) el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud. Al mismo tiempo, la jurisprudencia de esta Corte ha dispuesto que el derecho al diagnóstico efectivo comprende lo siguiente: “(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles”.

[66] Sentencia T-519 de 2014

[67] Sentencia T-384 de 2013 MP.: María Victoria Calle Correa

[68] Sentencia T-384 de 2013 MP.: María Victoria Calle Correa

[69] Sentencia T-050 de 2009

[71] Folio 4, cuaderno primera instancia

[72] Folio 4 cuaderno primera instancia

[73] Cuaderno Corte Constitucional folio 15.

[74] Sentencia T-131 de 2015. MP. Martha Victoria Sáchica Méndez

Sentencia T-752 de 2012 MP: María Victoria Calle Correa

Sentencia T-905 de 2010 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sentencia T-519 de 2014 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Sentencia T-099 de 1999 MP Alfredo Beltrán Sierra

Sentencia T-120 de 2017 MP Luís Ernesto Vargas Silva

Sentencia T-216 de 2014. MP María Victoria Calle Correa

Sentencia T-1219 de 2003. MP Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-014 de 2017 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sentencia T-742 de 2017. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado

[75] Sentencia T-414 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos

Sentencia T-196 de 2018: MP Cristina Pardo Schlesinger

Sentencia T-905 de 2010 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sentencia T-760 de 2008 Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia T-260 de 2017 MP Alberto Rojas Ríos

Sentencia T-597 de 2016 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sentencia T- 178 de 2017 MP. Antonio José Lizarazo Ocampo

[76] Sentencia T-050 de 2009 MP. Humberto Antonio Sierra Porto

Sentencia T-020 de 2017 MP. Luís Ernesto Vargas Silva

Sentencia T-760 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia T-289 de 2013 MP. Luis Ernesto Vargas Silva

Sentencia T-359 de 2010 MP Nelson Pinilla Pinilla

[77] Sentencia T-131 de 2015. MP. Martha Victoria Sáchica Méndez

Sentencia T-752 de 2012 MP: María Victoria Calle Correa

Sentencia T-905 de 2010 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sentencia T-519 de 2014 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Sentencia T-099 de 1999 MP Alfredo Beltrán Sierra

Sentencia T-120 de 2017 MP Luís Ernesto Vargas Silva

Sentencia T-216 de 2014. MP María Victoria Calle Correa

Sentencia T-1219 de 2003. MP Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-014 de 2017 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sentencia T-742 de 2017. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado

[78] “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”. Ministerio de Salud y Protección Social. Ver numeral 42 del listado del listado de servicios y tecnologías excluidas.

[79] Sentencia C-313 de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[80] Ver Resolución 5267 de 2017, numeral 42.

[81] Ley 1751 de 2015, Art.15.

[82] Sentencia C-313 de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[83] Unidad de Pago por Capitación.

[84] Ministerio de Salud y de la Protección Social. Resolución 1885 del 10 de mayo de 2018. “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones”.

[85] MP. Diana Fajardo Rivera.

[86] Sentencia T-464 de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera.

[87] Ver, entre otras, las siguientes sentencias T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa; T-124 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva; T- 405 de 2017. MP. Iván Humberto Escrucerà Mayolo; T-552 de 2017. MP. Cristina Pardo Schlesinger; T-014 de 2017. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-032 de 2018. MP. José Fernando Reyes Cuartas.