

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Evolución jurisprudencial

La salud es un derecho constitucional fundamental. En las últimas dos décadas, la Corte lo ha venido protegiendo por tres vías: (i) la primera, estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana; (ii) la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el accionante es un sujeto de especial protección; y más recientemente, (iii) la tercera, afirmando en general su fundamentalidad de forma autónoma.

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Reglas jurisprudenciales

La Corte estableció que las EPS tienen la obligación de garantizar el transporte no cubierto por el POS cuando: “(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”. De igual forma, la Corte ha ordenado el servicio de transporte con un acompañante siempre que el paciente: “(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”.

SUMINISTRO DOMICILIARIO DEL SERVICIO AUXILIAR DE ENFERMERIA Y DE CUIDADOR PERMANENTE-Régimen de Seguridad Social en Salud

De acuerdo al marco legal vigente, la atención domiciliaria es una modalidad de servicio de salud extrahospitalaria que busca brindar una solución 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. Es un servicio incluido en el POS. La jurisprudencia constitucional ha explicado que el servicio domiciliario de enfermería está incluido en la cobertura de beneficios del POS, y por tanto debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a los recursos que perciben para tal fin. Por el contrario, el servicio de cuidador

de personas se efectúa, por lo general, por sujetos no profesionales en el área de la salud, quienes resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia. Estos prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, así como un apoyo emocional al sujeto por el que velan.

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

Por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden, la Corte ha avalado la intervención del juez constitucional en aras de conjurar una grave y evidente trasgresión del derecho fundamental a la salud, en casos en los que emergen pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios que requieren un accionar inmediato del juez.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Orden a EPSS autorizar y cubrir gastos de transporte a paciente con acompañante del lugar de residencia a institución en donde se le practique procedimiento de diálisis

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Orden a EPSS suministre pañales desechables mientras médico tratante determina cantidad y periodicidad requerida

Referencia: expedientes T-4.301.339, T-4.302.178, T-4.307.205 y T-4.307.744 (acumulados).

Acciones de tutela interpuestas por María Teresa Montoya, como agente oficiosa de Manuel Francisco Molina, contra Asmet Salud EPS; Luis Humberto Pérez Moreno contra Convida EPS; Kelly Puerta Sánchez, como agente oficiosa de su padre Daniel Puerta Moreno, contra la Nueva EPS; Odalis González Cely, como agente oficiosa de su hija Luna María López González, contra Capresoca EPS.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil catorce (2014).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

Dentro de la revisión de los fallos de tutela dictados en los procesos de la referencia, así:

Expediente

Fallos de tutela

T-4.301.339

Única Instancia: Sentencia del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali, del 12 de diciembre de 2013.

T-4.302.178

Única Instancia: Sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá, del 27 de enero de 2014.

T-4.307.205

Primera Instancia: Sentencia del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena, del 2 de julio de 2013.

Segunda Instancia: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, del 19 de septiembre de 2013.

T-4.307.744

Primera Instancia: Sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yopal, del 13

de noviembre de 2013.

Segunda Instancia: Sentencia del Tribunal Superior de Yopal, del 16 de diciembre de 2013.

I. ANTECEDENTES.

Mediante auto del 9 de abril de 2014, la Sala de Selección número cuatro decidió acumular los expedientes T-4.301.339, T-4.302.178, T-4.307.205 y T-4.307.744, luego de advertir que existía una conexidad temática entre ellos, para que fueran fallados dentro de una misma sentencia. Sin embargo, como cada caso presenta sus especificidades a pesar de la conexidad anotada, la Corte reseñará a continuación los supuestos fácticos, los elementos probatorios relevantes y las decisiones judiciales de instancia de cada uno.

1. Expediente T-4.301.339

1.1 Hechos.

1. La señora María Teresa Montoya, actuando como agente oficiosa de su padre Manuel Francisco Molina Soto, relata que este es un adulto mayor (82 años), que recibe diálisis tres veces por semana, padece de una hernia inguinal, además tiene diabetes y en algunas ocasiones presenta problemas de presión, pérdida de la visión y audición.

2. Señala, en relación con el proceso de diálisis, que le asiste gran dificultad para llevar y acompañar a su progenitor a las sesiones semanales. Explica que son personas de escasos recursos, por lo que resulta muy oneroso el desplazamiento desde el lugar de residencia (Santander de Quilichao, Cauca) hasta el centro asistencial (Cali, Valle del Cauca), y que ha recibido varios llamados de atención en su trabajo debido a los recurrentes permisos que ha solicitado para acompañarlo. Asimismo, advierte que los integrantes del núcleo familiar, hermana y sobrina, sufren de epilepsia, por lo que presentan convulsiones constantemente y no pueden hacerse cargo de él.

3. En virtud de lo anterior, solicita le sea concedido: (i) transporte y acompañamiento a las sesiones de terapias renales, control de diabetes y demás citas médicas que tenga fuera de su lugar de residencia; (ii) servicio de enfermería 12 horas y 24 horas cuando requiera hospitalización; (iii) pañales Tena slip talla L 120 x mes; (iv) Pañitos húmedos 10 paquetes

por mes; (v) crema almipro; (vi) visita médica domiciliaria 1 vez por mes; (vii) exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

4. Como respaldo probatorio, allega los siguientes documentos:

Historia Clínica de Manuel Francisco Molina Soto.

i- Fórmula del médico internista de CEDIT Ltda[1]. del 19 de octubre de 2013. Prescribe pañales Tena talla L (90 pañales al mes). Se entrega orden por tres meses (folio 9[2]).

ii- Valoración mensual por hemodiálisis en CEDIT Ltda. el 23 septiembre de 2013. Describe que es un paciente con insuficiencia renal terminal que “asiste de manera regular a diálisis 3 veces por semana, presión arterial controlada, se espera evolución. Paciente con diagnóstico de diabetes mellitus tipo 2 quien recibe terapia de reemplazo renal crónico mediante hemodiálisis, necesita control glicémico frecuente” (folios 10-11).

iv- Solicitud de servicio de enfermería para el señor Manuel Francisco Molina radicada en CEDIT Ltda. el 16 de noviembre de 2013 (folios 27-28).

Historia clínica de María Teresa Montoya

i- Consulta por medicina del trabajo en Comfenalco el 17 de septiembre de 2013. Diagnóstico: síndrome del túnel carpiano bilateral, dedo en gatillo en cuarto dedo de ambas manos (folio 19).

ii- Consulta por medicina del trabajo en Comfenalco el 23 de agosto de 2013. Motivo de consulta: “Almacenista. Operaria de fabricación de jabones Disperquímicas S.A.S. Antigüedad 8 años. Refiere que desde hace 5 años presenta parestesias progresivas en ambas manos por lo que se le realizó EGM de MM SS (...) En su puesto de trabajo debe secar jabón con pala, empacar jabón en cajas corrugadas, arrumar cajas, separar materia prima en horario de 9 H X día X 5 días a la semana. Tareas descritas que requieren movimientos repetitivos” (folios 20-21).

iii- Estudio electromiográfico de miembros superiores. Abril 30 de 2013 (folios 24-26).

Historia clínica de Marta Cecilia Montoya

Consulta de control. Diagnóstico principal: “epilepsia no especializada; diagnóstico asociado: enfermedad de reflujo gastroesofágico sin esofagitis, gota idiopática” (folios 32-35).

Historia clínica de María Isabel Montoya

Certificado médico del 20 noviembre de 2013. “Paciente con proceso epiléptico crónico con periodos de residiva constante que generan trauma constante y daños muscular por lo cual se ve limitada para realizar proceso de actividad laboral y cuidados de alrmar (sic) o que requieran concentración o exceso de fuerza” (folio 36).

1.2. Trámite procesal.

Mediante auto del 2 diciembre de 2013, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali admitió la acción de tutela, notificó a la EPS demandada y vinculó al proceso a la Secretaría de Salud Municipal de Cali, la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, el Ministerio de la Protección Social y a Cedit Ltda.

1.3. Contestación de las entidades.

1.3.1 Asmet Salud EPS-S reconoció que el señor Molina Soto actualmente se encuentra afiliado a la entidad en el Sisben nivel 2. No obstante, precisó que en tanto el accionante fue vinculado en el municipio de Miranda, en el departamento del Cauca, toda solicitud de servicios no Pos debe surtirse ante dicha entidad territorial, “para evitar inconsistencias en el sistema”[3]. Con respecto a la solicitud de pañales y crema almipro, sostuvo que son “insumos considerados como elementos de confort, según nos lo ha expresado el Fosyga, diciendo además, que no son susceptibles de recobro”[4].

1.3.2. La Secretaría de Salud de Cali excepcionó la falta de legitimación por pasiva dado que el señor Manuel Francisco Molina Soto se encuentra afiliado al régimen subsidiado desde un municipio de Cauca, por lo que “en este caso el competente para prestar los servicios de salud es la EPS-S Asmet salud del Municipio de Miranda, Cauca, y la Secretaría Departamental de Salud del Cauca”[5].

1.3.3. La Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca argumentó que los servicios médicos como curaciones en casa, terapias domiciliarias, visita médica

domiciliaria, enfermera, suministro de insumos, entre otros, se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud, por lo que deben ser suministrados por Asmet Salud, en forma oportuna y eficaz, sin derecho a recobro.

1.4 Sentencia objeto de revisión.

En fallo de única instancia del 12 de diciembre de 2013, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali, resolvió negar la protección de los derechos fundamentales invocados. Argumentó un vicio de competencia absoluto para decidir sobre la situación de un paciente adscrito al régimen subsidiado de otra entidad territorial:

“De lo anterior se colige que nos encontramos ante un vicio insalvable de competencia territorial para proferir fallo que conceda el amparo tutelar del presente asunto, toda vez que dentro del trámite de la tutela se estableció que el usuario Manuel Francisco Molina Soto, para quien se pretende el amparo, se encuentra afiliado a la EPS-S ASMETSALUD del municipio de Miranda, Cauca, y toda vez que dentro del asunto que aquí se ventila se pretende que se ordene a la accionada la entrega de medicamentos, tratamientos e insumos no POS-S, por la naturaleza de la entidad accionada la cual pertenece al régimen subsidiado quien debe asumir el recobro de los insumos no POS-S ordenados vía tutela es la entidad territorial correspondiente a la jurisdicción en que se encuentre quien presuntamente vulnere el derecho y donde resida el afectado, en este caso la secretaría departamental de Salud del Departamento del Cauca, sobre la cual en virtud de lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 el cual señala que “son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud” esta instancia carece de competencia para resolver”[6].

2. Expediente T-4.302.178.

2.1 Hechos.

1. Luis Humberto Pérez Moreno (54 años), actuando en nombre propio, relata que es un paciente con diagnóstico de insuficiencia renal crónica en proceso de hemodiálisis con catéter, diabetes mellitus tipo 2, hipertensión arterial, entre otras.

2. Con fundamento en la certificación expedida por una trabajadora social de la unidad renal a la que asiste, solicita se le autorice junto con su acompañante, el pago del valor o el medio idóneo de transporte adecuado para acudir desde su lugar de residencia en Madrid (Cundinamarca) a las citas en Facatativá (Cundinamarca), así como el tratamiento integral de su enfermedad.

3. Como respaldo probatorio, allegó los siguientes documentos:

i- Certificado de trabajadora social calendado el 9 de enero de 2014 y dirigido a quien corresponda: “Con la presente me permito informar que el señor Luis Humberto Pérez identificado con cédula de ciudadanía No. 3094301 es un paciente con enfermedad de alto costo y asiste a terapia de remplazo renal los días martes, jueves y sábado; cada sesión tiene una duración de cuatro horas.

Es importante aclarar que por su diagnóstico el paciente requiere continuamente valoraciones, controles con especialistas, laboratorios clínicos y de imágenes diagnósticas; por lo cual es necesario desplazarse a diferentes instituciones prestadoras de salud, para realizar dichos procedimientos en compañía de un acudiente por su baja visión.

No está demás resaltar que el señor Pérez, se encuentra en alto grado de vulnerabilidad social ya que es una persona baja visión, hipertenso y diabético.” (folio 6).

ii- Información de la encuesta Sisben. Puntaje 22.5. (folio 7).

iii- Copia de la cédula de ciudadanía y del carné de EPS-S (folio 8).

iv- Control mensual hemodiálisis en la Unidad Renal CAN 2005 S en C. en diciembre de 2013. Paciente con diagnóstico: “insuficiencia renal crónica estadio 5 secundario diabetes mellitus, en proceso de hemodiálisis por catéter fistula Arterio venosa braquial izquierda, sin función renal residual; 2. Hipertensión arterial no controlada en manejo antihipertensivos; 3. Diabetes mellitus tipo 2 controlada en tratamiento insulina” (folio 9).

2.2. Trámite procesal.

Mediante auto del 14 de enero de 2014, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá admitió la acción de tutela, corrió traslado a la Secretaría de Salud de Cundinamarca y

vinculó a la EPS-S Convida para que se pronunciara acerca de los hechos materia de la demanda.

2.3. Contestación de las entidades.

2.3.1. Convida EPS-S expuso que la solicitud de transporte en paciente ambulatorio es un evento no POS-S, es decir, no se encuentra dentro de los beneficios para el régimen subsidiado, de acuerdo a la resolución 5521 de 2013. Asimismo, destacó que el municipio de Madrid (Cundinamarca) no es una zona especial por dispersión geográfica, razón por la cual no se le reconoce prima adicional que permita sufragar los gastos de transporte. En consecuencia, señaló que es responsabilidad del departamento de Cundinamarca garantizar la prestación “porque tiene todo un sistema e infraestructura para autorizar los servicios NO POSS, entre otros a través de los propios hospitales”[7] y porque el sistema de recobros no es efectivo para garantizar la sostenibilidad de las EPS.

2.4 Sentencia objeto de revisión.

En fallo de única instancia calendarado el 27 de enero de 2014, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá negó el amparo. En primer lugar, resaltó que en el expediente no obraba la orden del médico tratante que prescribiera el servicio de transporte para el accionante. Por el contrario, lo que aparecía era una certificación, expedida por la trabajadora social de la unidad renal y la cual ni siquiera iba dirigida -como si se tratara de una orden- a la EPSS del accionante para su autorización. Adicionalmente, advirtió que quienes están llamados a procurar su traslado a la IPS Unidad Renal son sus familiares en virtud del principio de solidaridad.

3. Expediente T-4.307.205.

3.1 Hechos.

1. Kelly Puerta Sánchez, en representación de su padre Daniel Puerta Moreno, relata que su progenitor desde hace tres años venía padeciendo graves problemas en su columna vertebral y como no podía mover sus piernas, tenía que arrastrarse. A raíz de esta situación, adquirió una enfermedad renal aguda, la cual empeoró su condición. Posteriormente fue operado de la cadera, procedimiento en el cual también se le cortó parte de la pierna

derecha. Perdió más movilidad, quedando completamente lisiado y postrado en la cama.

2. Manifiesta que al señor Daniel Puerta le tuvieron que colocar unas sondas permanentes, las cuales deberían cambiarse frecuentemente. No obstante, esto no se ha podido realizar con la regularidad debida en tanto la movilización del accionante es muy difícil. Explica que “hay que llevarlo cargado y acostado entre varias personas ante el centro médico, ya que no cuenta con un servicio de ambulancia, no cuenta con una silla de ruedas o con una camilla para acomodarlo, donde cada 7 meses y hasta 9 meses es que se le puede cambiar las sondas y eso si se llega a pasar con todo ese calvario descrito que se realiza para poder llevarlo al médico”[9].

3. Con fundamento en lo anterior, solicita: (i) se le preste el servicio y la atención médica ordenada por el médico tratante; (ii) se le autoricen la realización de estudios y exámenes en la Clínica San Juan de Dios; (iii) se le preste el servicio de ambulancia cada vez que se requiera para ser trasladado a la clínica para cualquier examen, procedimiento o estudio; (iv) se le dé una silla de ruedas y (v) se provea atención médica en su residencia hasta que logre recuperar por lo menos el 70% de su salud.

4. Como respaldo probatorio, allegó los siguientes documentos:

C.D. con historia clínica.

- Contiene en 88 folios la evolución médica del señor Daniel Puerta Moreno, luego de asistir por urgencias a la Clínica Universitaria San Juan de Dios y permanecer hospitalizado del 4 de agosto al 24 de septiembre de 2012. En las condiciones de ingreso se lee que es “un paciente con antecedentes de paraplejia de más de diez años, con historia de anemia” que sufre de “infección bacteriana no especificada. 1 semana de evolución constante de material purulento por escara”.

Derechos de petición

i- Octubre 2 de 2012. Solicita silla de ruedas: “verán que es de manera necesaria e indispensable que mi persona tenga que utilizar y mantener una silla de ruedas para poder movilizarme ya que como podrán constatar mi persona no puede caminar, por lo que bien puedo anexarle copia de una hoja de evolución médica de la Clínica Universitaria San Juan

de Dios” (folios 10-11).

ii- Enero 21 de 2013. Solicita atención domiciliaria: “me encuentro hospitalizado como residencial en mi propia habitación y por ello pretendo se me atienda en mi propio lecho de mi casa, o en su defecto en lugar inmediato y cercano al barrio Educador (...) aclaro que no cuento con persona disponible que pueda acompañarme por ser viudo y que mi hija que me acompaña es mayor de edad y estudiante universitaria que por tal circunstancia no cuenta con tiempo disponible para poderme acompañar al cumplimiento de citas en salud” (folios 12-13).

iii- Abril 2 de 2013. Solicita que los procedimientos sean autorizados en la Clínica San Juan de Dios: “para que me autorice los estudios y procedimientos a la Clínica San Juan de Dios ya que por mi discapacidad se me hace imposible y se me dificulta trasladarme a Castillo Grande” (folio 14).

iv- Mayo 22 de 2013. Reitera petición: “soy hija del señor Daniel Puerta Montero, soy quien permanezco diariamente cuidando a mi padre, por el estado de salud en la que se encuentra y la que está pendiente de reiterarle a esta EPS que le preste de manera correcta y adecuada el servicio médico y sus respectivos medicamentos ya que vemos que todavía es un calvario para que ustedes puedan prestar un buen servicio [...] por su discapacidad se le hace dificultoso y casi imposible de trasladarse a Castillo Grande, porque si miramos el trayecto que hay desde el barrio el Educador, lugar donde habita mi padre el barrio Castillo Grande es bastante complejo por su estado de salud” (folios 15-16).

3.2. Trámite procesal.

Mediante auto del 21 de junio de 2013, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena admitió la acción de tutela y corrió traslado a Nueva EPS para que se pronunciara acerca de los hechos materia de la demanda.

Nueva EPS declaró que si el afiliado tenía en su poder la orden del médico tratante para la atención mensual domiciliaria, debió acercarse a las oficinas de servicio al usuario para así dar el trámite correspondiente. Con respecto al transporte en ambulancia para fines ambulatorios y la silla de ruedas, señaló que ambos servicios se encuentran excluidos del POS.

3.4 Sentencias objeto de revisión.

3.4.1 En primera instancia, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena concedió el amparo solicitado. Consideró que si bien en el caso particular no existía orden médica que prescribiese el transporte en ambulancia, “resulta claro para este despacho que en las condiciones en la que se encuentra el paciente, recuérdese cuadriplejía, la ausencia de tal servicio se constituye en una barrera para acceder al servicio de salud, por cuanto el paciente tiene dificultades para su movilización”[10]. Por ello ordenó que en un término de 48 horas, Nueva EPS procediera a autorizar y entregar silla de ruedas y además brindar el servicio especializado de transporte en ambulancia al señor Daniel Puerta Montero. Igualmente se ordenó suministrarle los medicamentos, tratamientos, procedimientos que requiriera de acuerdo a la patología que padece y se le brindara tratamiento integral, en aras de conservar su vida.

3.4.2 Nueva EPS apeló la decisión invocando los mismos argumentos presentados en su contestación a la demanda.

3.4.3 El Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, Sala de Decisión Civil-Familia, profirió sentencia de segunda instancia el 19 de septiembre de 2013. Revocó la decisión del a quo teniendo en cuenta que de la revisión de la historia clínica aportada en medio magnético no se observó que le haya sido prescrita silla de ruedas y transporte de ambulancia, no estando reservada esta facultad al juez de tutela. En su lugar, ordenó “a la Nueva EPS, que en el término no mayor de 10 días, proceda a convocar junta de médicos que determine la viabilidad y necesidad de silla de ruedas y manejo por ambulancia para el traslado del accionante, teniendo en cuenta sus patologías proceso inflamatorio pélvico, cuadriplejía, escara trocanterica derecha grado III sobreinfectada, secuelas por virus HTLV1, paraparesia espástica tropical, osteomielitis, anemia microcitocica hipocrómica, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impidan llevar su vida en condiciones digna, debiendo la Nueva Eps a través de su junta médica rendir un informe al Juzgado de primera instancia”[11].

4. Expediente T-4.307.744

4.1 Hechos.

1. Odalis González Cely, actuando como agente oficiosa de su hija (8 años) Luna María López González, afiliada al régimen subsidiado por medio de Capresoca EPS-S, relata que a la menor le diagnosticaron desde los once meses de nacida síndrome de niño hipotónico-hipotonía de origen central; la cual consiste en la disminución del tono muscular que generalmente se asocia a déficit en el desarrollo psicomotor. Este síndrome se caracteriza por la presencia de posturas anormales y poco habituales, disminución de la resistencia de las articulaciones a los movimientos pasivos.

2. Informa que su hija debe realizarse procedimiento quirúrgico consistente en: osteotomía pélvica bilateral e injerto óseo en pelvis. De otra parte, señala que tenía programada consulta por fisiatría y a control con neuropsicología del 18 al 21 de noviembre de 2013.

3. En virtud de lo anterior, solicita mediante la acción de tutela se concedan los siguientes servicios y prestaciones: (i) autorizar cita con especialista en neuropsicología; (ii) disponer la logística necesaria para cuando sea necesario que la menor se desplace con un acudiente a la ciudad donde la EPS tenga convenio para la realización de tratamientos (incluyendo el transporte, alojamiento, alimentación y acompañamiento); (iii) prestar atención integral para evitar presentar tutela por cada evento; (iv) prevenir al Director de Capresoca EPS que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar la acción de tutela.

4. Como respaldo probatorio, allega los siguientes documentos:

i- Consulta con médico fisiatra, instituto de ortopedia infantil Roosevelt del 2 de abril de 2008. Diagnóstico: síndrome de niño hipotónico (folio 5).

ii- Consulta por la especialidad de ortopedia y traumatología, instituto de ortopedia infantil Roosevelt del 21 de octubre de 2013. El médico conceptúa que la “paciente es candidata a manejo quirúrgico, el plan será realizar una osteotomía desrotadora y varizante del fémur bilateral (...) Se le entregan autorizaciones de procedimiento quirúrgico” (folios 6-7).

iii- Documento del instituto de ortopedia infantil Roosevelt del 21 de octubre de 2013. Formulario de consentimiento informado para la práctica de intervenciones médicas. Procedimientos: (a) Osteotomía pélvica bilateral; (b) Osteotomía femoral bilateral desrotadura; (c) Neurólisis en muslo; (d) Injerto óseo en pelvis.

iv- Instituto de ortopedia infantil Roosevelt. 21 de octubre de 2013. Programación de citas periódicas asignadas con especialista en neuropsicología para los días 18, 19, 20 y 21 de noviembre de 2013 (folio 10).

v- Personería de Yopal. 4 de octubre de 2013. Derecho de petición presentado ante Capresoca EPS para que la menor y su acompañante reciban pago de viáticos, transporte, alojamiento y alimentación para asistir a los controles de seguimiento en la ciudad de Bogotá (folios 11 y 13).

vi- Capresoca EPS. 9 de octubre de 2013. Respuesta a la petición. Informa que en virtud del artículo 47 del Acuerdo 029 de 2011, “el albergue solamente está contemplado para la población indígena” y, en todo caso, el transporte para usuarios ambulatorios (art. 43) no está contemplado para los afiliados en Yopal (folio 12).

vii- Copia del puntaje Sisben. Consultado el 16 de abril de 2013. Madre e hija tienen una puntuación total de 18,71.

ix- Copia del carné de afiliado de María Luna López González (folio 15).

4.2. Trámite procesal.

Mediante auto del 29 de octubre 2013, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yopal admitió la acción de tutela, corrió traslado a Capresoca EPS y vinculó a la Secretaría de Salud del departamento de Casanare para que se pronunciara acerca de los hechos materia de la demanda.

4.3. Contestación de las entidades.

4.3.1 Capresoca EPS-S respondió que la menor ha recibido toda la atención médica integral que ha requerido según las órdenes de los médicos tratantes, para lo cual anexó los diferentes servicios autorizados por la entidad. Con respecto a las citas por el especialista de neuropsicología, informó que las mismas ya fueron agendadas, siendo así que la primera sesión está autorizada para el día lunes 18 de noviembre de 2013, a las 3:30 pm, y sucesivamente los tres siguientes días para un total de cuatro sesiones. Estas “están cargadas a la Secretaría de Salud Departamental toda vez que están excluidas del Plan Obligatorio de Salud”[12]. Por ello, la accionante solo debe acercarse a la Secretaría de

Salud, con copia de la orden médica y reclamar las respectivas autorizaciones.

En relación con la cita por fisioterapia, explicó que esta se encuentra asignada para el 18 de noviembre de 2013 en el instituto de ortopedia Roosevelt en Bogotá, teniendo en cuenta que para esa misma fecha están programadas las sesiones con neuropsicología y se le facilita a la accionante realizar un solo viaje. No obstante, aseveró que el servicio de transporte[13], alimentación, alojamiento y demás viáticos no están incluidos en el POS, razón por la cual los gastos de desplazamiento ocasionales en que debe incurrir la accionante para llevar a su menor hija a citas de la especialidad que requiera, deben ser asumidos por su núcleo familiar o sus familiares cercanos, en cumplimiento del deber de solidaridad.

4.3.2 La Secretaría de Salud departamental de Casanare señaló que la atención por neuropsicología está incluida en el POS y por tanto es competencia de la EPS. Por el contrario, los gastos de transporte, alojamiento y alimentación de la paciente y un acudiente, “no corresponde a la categoría de prestación de servicios de salud y como tal no es competencia de esta dependencia su suministro”[14]. En todo caso, manifestó que de ser requerido servicio médico alguno, debía anexarse formato no POS, copia de la historia clínica, orden médica y datos del usuario, lo que no ocurrió en este caso concreto.

4.4 Sentencias objeto de revisión.

4.4.1 En fallo de primera instancia, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yopal negó el amparo deprecado. Declaró que carecería de objeto una orden judicial para que la Secretaría de Salud departamental asumiera un servicio, cuando no se ha radicado petición alguna, junto con los necesarios anexos por parte de la demandante. Recordó también, en cuanto al suministro de transporte, alojamiento y viáticos solicitados, que se trata de servicios no contemplados en el POS, siendo deber del grupo familiar asumir dichos gastos.

4.4.2 La señora Odalis González impugnó la decisión. Puso de presente que no cuenta con los recursos económicos y como de prueba de ello aportó copia del Sisben. Señaló que si acudió a la jurisdicción constitucional es porque no tiene cómo transportar a su hija y persiste un obstáculo para que la menor continúe su tratamiento. Reiteró que es una madre cabeza de familia que solo recibe ingresos haciendo manicure y pedicure a domicilio. Por

último, autorizó al juez para que “si usted bien lo dispone puede averiguar en las Oficinas de Agustín Codazzi, o en cualquier otra entidad que no tengo propiedades y no me encuentro laborando”[15].

En un memorial allegado posteriormente, informó que asistió a las citas programadas los días 18, 19, 20 y 26 de noviembre de 2013 en donde su hija fue atendida por el Instituto de ortopedia infantil Roosevelt por la psicóloga, la cual le hizo un examen mental donde estaban incluidas varias pruebas como capacidad mental, atención, memoria, lenguaje. Asimismo, que el día 27 de noviembre tuvo cita de fisiatría, en donde se recibieron los resultados de las anteriores pruebas[16]. Aunque el escrito es confuso, la accionante da a entender que ha tenido problemas para la autorización de nuevas citas ordenadas para las especialidades de oftalmología, genética y fisiatría, de las cuales allega la correspondiente fórmula médica[17].

4.4.3 Capresoca EPS, a su vez, remitió memorial en el que advierte que la accionante asistió únicamente a la cita por Fisiatría, el día 27 de noviembre del año en curso, pero respecto de las citas que estaban programadas por la especialidad de neuropsicología, para los días 18, 19, 20 y 21 de noviembre de 2013 no asistió. Sostuvo que esta conducta coloca en predisposición negativa a las IPS, por lo cual el Magistrado debe tomar medidas al respecto.

4.4.4 El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Sala Única de Decisión, confirmó la decisión del a quo, debido a que la accionante no probó sumariamente su precaria condición económica que le imposibilitara asumir los gastos de traslado:

“En la decisión de primera instancia, en relación con la negativa a ordenar el pago de transporte y alojamiento, se dijo que por tratarse de un servicio excepcional, deben existir en el proceso elementos de juicio suficientes para otorgarlo y que ellos no existían en el proceso. Tal situación persiste. Insiste la accionante en que es cabeza de familia pero no lo demuestra. La niña tiene un padre, según se desprende de sus apellidos y de él nada dicen la demanda ni el recurso. El hecho de haber asistido a la cita programa permite concluir que en relación con la menor se viene aplicando el principio de solidaridad a que se refiere la T-900 de 2002, que debe exigirse en comienzo a los padres y familiares cercanos. Hay que tener en cuenta que, por no ser estos gastos directamente objeto de protección, mientras

no se demuestre que su no otorgamiento afecta o pone directamente en peligro el derecho a la salud o a la vida, no pueden ser objeto de protección mediante esta también excepcional acción”[18].

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución, así como en los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Presentación de los casos y formulación de los temas a tratar.

De los antecedentes referidos, la Sala de Revisión encuentra que los expedientes acumulados tienen como común denominador la negación del servicio de transporte a usuarios del sistema de salud, quienes manifiestan la imposibilidad física que tienen para desplazarse sin acompañante a sus citas médicas y la gran deficiencia económica para sufragar los gastos de desplazamiento y el alojamiento, cuando el centro asistencial se encuentra ubicado fuera de su lugar de residencia. Asimismo, en algunos expedientes se solicitan otros insumos como atención médica domiciliaria, servicio de enfermería y pañales.

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte se pronunciará sobre los siguientes aspectos: (i) el derecho fundamental a la salud; (ii) el cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS); (iii) el servicio auxiliar de enfermería y de cuidador permanente; (iv) autorización de servicios reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio en el trámite de tutela; y finalmente, (iv) resolverá los casos concretos.

3. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia[19].

3.1 La salud es un derecho constitucional fundamental. En las últimas dos décadas, la Corte lo ha venido protegiendo por tres vías[20]: (i) la primera, estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana; (ii) la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en

contextos donde el accionante es un sujeto de especial protección; y más recientemente, (iii) la tercera, afirmando en general su fundamentalidad de forma autónoma.

Como resultado de este desarrollo jurisprudencial, la doctrina constitucional ha dejado de señalar que ampara el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a protegerlo de forma autónoma[21]. En este sentido, se ha cuestionado la validez teórica de recurrir a la idea de la conexidad[22], y a categorías conceptuales que determinen la fundamentalidad de un derecho de acuerdo a si tienen o no un contenido prestacional[23].

3.2. Ahora bien, la noción de salud no se limita al estar exento de padecimientos físicos. Esta garantía ha sido definida como "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser"[24]. Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de dignidad humana, toda vez que "responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales"[25].

En este sentido, la acepción que mejor recoge el ideario constitucional es aquella plasmada en el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud[26] (OMS), según la cual: "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"[27].

De forma similar, el bloque de constitucionalidad introduce al ordenamiento colombiano la definición de la salud como el derecho al "más alto nivel posible de salud física y mental"[28], el cual se alcanza de manera progresiva. Este enfoque se encuentra contenido tanto en el sistema universal de derechos humanos a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como a nivel interamericano por el Protocolo Adicional de San Salvador.

4. El cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS).

4.1 Actualmente, el Plan Obligatorio de Salud (POS) se encuentra contenido en la Resolución

5521, expedida el 27 de diciembre de 2013 por el Ministerio de Salud y Protección Social. En relación con el servicio de transporte dispone lo siguiente:

“Artículo 124. Transporte o traslado de pacientes. El Plan Obligatorio de Salud cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

- Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

- Entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Así mismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

Artículo 125. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

Parágrafo. Las EPS igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de esta resolución, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS recibe o no una UPC diferencial”.

Así las cosas, el servicio de transporte se encuentra incluido en el POS y contempla el traslado acuático, aéreo y terrestre, a través de ambulancia básica o medicalizada, cuando se necesite para movilizar a los pacientes que requieran (i) servicios de urgencia; (ii) desplazarse entre instituciones prestadoras de salud dentro del territorio nacional para recibir la atención de un servicio no disponible en la institución remitora, lo que igual sucederá en los casos de contrarreferencia; (iii) atención domiciliaria y su médico así lo prescriba ; y (iv) trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de la Resolución 5521 de 2013, cuando existiendo estos en el municipio de su residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios[31].

Adicionalmente, esta Sala previamente ha aclarado que en estos eventos “en ningún caso se debe recurrir a la entidad territorial para que costee estos servicios, atendiendo la destinación específica de los recursos entregados para su administración en el sector salud”[32]. En efecto, en las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro. Por otra parte, en los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica. Las mismas reglas deberán aplicarse al alojamiento debido a que su necesidad se configura en las mismas condiciones que el traslado.

4.2 Existen otros casos, sin embargo, en los que el servicio de transporte no encaja en los supuestos descritos por el POS. Ante tales situaciones, la Corte ha concedido el amparo constitucional, cuando la falta de recursos se convierte en un obstáculo infranqueable para el acceso a los servicios de salud. Si bien el transporte y el hospedaje del paciente no son servicios médicos en estricto sentido, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. En esta medida, “toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos administrativos o económicos”[33], que les resultan ajenos.

El goce efectivo del derecho a la salud no se agota con la concesión formal del mismo, si el paciente no cuenta con los medios de acceso efectivo. De conformidad con la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, la accesibilidad económica es una de las cuatro

dimensiones de la accesibilidad. La cual, por su parte, constituye uno de los elementos esenciales del derecho a la salud en conjunto con la disponibilidad, la aceptabilidad y la calidad. Esta ha sido definida de la siguiente manera:

“Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”[34].

Bajo esa línea argumentativa, la Corte estableció que las EPS tienen la obligación de garantizar el transporte no cubierto por el POS cuando: “(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”[35]. De igual forma, la Corte ha ordenado el servicio de transporte con un acompañante siempre que el paciente: “(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”[36].

5. El servicio auxiliar de enfermería y de cuidador permanente.

5.1 De acuerdo al marco legal vigente, la atención domiciliaria es una modalidad de servicio de salud extrahospitalaria que busca brindar una solución 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[37]. Es un servicio incluido en el POS, de acuerdo a los siguientes criterios:

“Artículo 29. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada solo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados

por personal de salud.

Parágrafo. En sustitución de la hospitalización institucional, conforme a la recomendación médica, las EPS serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes (...)”[38].

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha explicado que el servicio domiciliario de enfermería está incluido en la cobertura de beneficios del POS, y por tanto debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a los recursos que perciben para tal fin[39]. En todo caso, es el especialista en salud quien debe determinar la necesidad, en tanto el juez constitucional “no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial”[40].

5.2 Por el contrario, el servicio de cuidador de personas se efectúa, por lo general, por sujetos no profesionales en el área de la salud, quienes resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia. Estos prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, así como un apoyo emocional al sujeto por el que velan[41]. Con fundamento en lo anterior, la sentencia T-154 de 2014 precisó que solo excepcionalmente corresponde a las EPS garantizar el servicio de cuidador:

“Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (i) que 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 si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia”.

6. Autorización de servicios reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio en el trámite de tutela.

6.1 Por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden, la Corte ha avalado la intervención del juez constitucional en aras de conjurar una grave y evidente trasgresión del derecho fundamental a la salud, en casos en los que emergen pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios que requieren un accionar inmediato del juez:

“De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez de tutela puede prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, en el caso particular, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal”[42].

Un ejemplo paradigmático del anterior análisis en la jurisprudencia constitucional ha sido el suministro de pañales. En efecto, en múltiples ocasiones, este Tribunal[43] ha concedido el amparo, aunque no haya fórmula médica, cuando sea posible deducir que “existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables”[44]. Dicho de otro modo, “se trata de que las circunstancias fácticas y médicas permitan concluir forzosamente que, en realidad, el afectado necesita de la provisión de los componentes solicitados”[45].

Esta postura también ha sido defendida en relación con el servicio de transporte, señalando

que cuando un paciente es remitido a una entidad de salud en un municipio distinto al de su residencia, la EPS debe sufragar los gastos del desplazamiento a los que haya lugar sin importar que el servicio de transporte haya sido ordenado por su médico tratante siempre y cuando, ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado, y de no efectuarse la remisión, se ponga en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario[46].

6.2 Ahora bien, cuando del análisis de los elementos de juicio existentes en el proceso no sea evidente con suficiente certeza la necesidad del insumo, servicio o medicamento pretendido en sede de tutela, pero se observe una actuación poco diligente de la empresa prestadora del servicio de salud, la Corte ha considerado que tal situación desconoce el derecho al diagnóstico[47].

En estos casos, no puede el juez constitucional abrogarse competencias médicas o científicas para ordenar la prestación de determinados servicios. Lo procedente es requerir a la entidad accionada para que determine, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, la enfermedad que soporta el usuario y el tratamiento, medicación y manejo más adecuados para contrarrestarla[48]. La EPS no puede simplemente negar caprichosamente un servicio o insumo, sobre el cual existen indicios razonables para pensar que resulta necesario para el paciente. Antes de rehusarse a prestar un servicio, la EPS está en la obligación de “contar con los elementos de juicio suficientes, ya sean exámenes, estudios, evaluaciones, o conceptos, pues, de lo contrario, trasgredirían el derecho fundamental a la salud del paciente”[49].

7. Resolución de los casos concretos.

Expediente T-4.301.339

La señora María Teresa Montoya, actuando como agente oficiosa de su padre Manuel Francisco Molina Soto, relata que este es un adulto mayor (82 años) con enfermedad renal crónica en estado terminal y diabetes mellitus tipo 2, lo cual se encuentra debidamente acreditado con los certificados médicos allegados[50].

(i) Lo primero que solicita el escrito de tutela es el pago del servicio de transporte con un acompañante, de modo tal que el señor Molina Soto pueda cumplir con las sesiones de

hemodiálisis, las que se realizan los días martes, jueves y sábados. Para lo anterior, el accionante debe desplazarse entre el municipio de Santander de Quilichao (Departamento de Cauca) hasta la ciudad de Cali (Departamento del Valle del Cauca). Se trata entonces de un evento previsto en el contenido de servicios del POS, descrito en la Resolución 5521 de 2013, al implicar el traslado entre instituciones prestadoras de salud dentro del territorio nacional para recibir la atención de un servicio no disponible en la institución remitora. Además, el nefrólogo tratante ya se pronunció sobre la necesidad médica de que cuente con un acompañante dado los evidentes malestares en salud que le aquejan:

“paciente con enfermedad renal crónica en estado terminal relacionada con DM2 quien se trata con terapia de hemodiálisis crónica trisemanal durante 4 horas por sesión. Asiste los días martes, jueves y sábados en horas de la tarde, inicia su terapia alrededor de las 3 pm y termina hacia las 8 de la noche. Necesita estar acompañado de un familiar ya que por las complicaciones de su diabetes no ve bien, no puede caminar y valerse por sí solo. Y le sería imposible continuar asistiendo a la terapia de hemodiálisis sin la ayuda de su único familiar el cual tiene problemas serios en su sitio de trabajo. Él depende económicamente de su hija, por lo antes anotado se cree conveniente que haya la asistencia de una enfermera acompañante para que no suspenda la terapia de diálisis lo cual sería fatal para el paciente”[51] (subrayado fuera del original).

El anterior concepto médico, sumado al hecho que se trata de un paciente vinculado al régimen subsidiado en salud y que su hija, quien actuó como agente oficiosa dentro del trámite de tutela, se desempeña como operaria en la fabricación de jabones, evidencian la insuficiencia económica para sufragar por su cuenta los gastos semanales de transporte del señor Molina Soto para poder asistir a su tratamiento de diálisis. No autorizar este servicio, como manifiesta el médico tratante, resultaría fatal para su supervivencia.

En relación con el servicio de acompañante, es el médico tratante quien explicó que por sus complicaciones en salud no puede caminar y valerse por sí solo. Además, su hija manifestó, en el trámite de tutela, haber recibido varios llamados de atención en su trabajo por intentar acompañar a su padre a la diálisis y que tanto su hermana como sobrina padecen de epilepsia, por lo que no pueden acompañar efectivamente al señor Molina Soto.

En virtud de lo anterior, se ordenará Asmet Salud EPS-S que autorice y cubra los gastos de

transporte convencional del señor Manuel Francisco Molina Soto y de un acompañante, del lugar de su residencia a la institución en donde se le practique el procedimiento de diálisis. Asimismo, deberá ponerse en contacto con la señora María Teresa Montoya y la IPS prestadora del servicio para encontrar si es viable reprogramar las sesiones de diálisis y que esta pueda acompañar a su padre al tratamiento, sin ver comprometido su horario de trabajo. De lo contrario, Asmet Salud EPS-S estará obligado a contratar con un tercero que acompañe a Manuel Francisco Molina Soto a sus sesiones de diálisis. Esta orden se hace extensiva a los demás desplazamientos que el paciente deba realizar fuera de su lugar de residencia para poder asistir a los controles, exámenes y citas médicas necesarias para su atención en salud.

(ii) En cuanto al servicio de enfermería diario y a la atención domiciliaria mensual requerida por la agente oficiosa, se observa que en el concepto transcrito anteriormente, el médico nefrólogo tan solo sugiere la conveniencia del acompañamiento de una enfermera en su transporte, sin mayor desarrollo del modo y tiempo requerido. No obstante, esta Sala advierte que la avanzada edad del señor Molina Soto (82 años) y sus padecimientos (insuficiencia renal terminal y diabetes mellitus tipo 2) justifican que se salvaguarde su derecho al diagnóstico para establecer la necesidad de este servicio, también incluido en el POS.

Asmet Salud EPS-S deberá garantizar, en consecuencia, que en el término de quince (15) días un médico que conozca de primera mano el estado de salud del señor Manuel Francisco Molina Soto, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca si el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria y atención domiciliaria efectivamente debe ser proporcionado al señor Molina Soto de acuerdo con lo que su cuadro clínico indique y sus patologías demanden, y de ser así las condiciones de modo y tiempo en que debe ser proveído. De esta forma, si el galeno encuentra que el paciente en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria y/o atención domiciliaria, este debe ser suministrado en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico.

(iii) En la medida que la agente oficiosa aseguró en uno de los escritos de petición elevados ante la IPS, que su padre debía llevar un control de diabetes el cual no había podido ser

iniciado correctamente[52], esta Sala, haciendo uso de la facultad de fallar extra y ultra petita en materia de tutela para hacer prevalecer el derecho sustancial (art. 3 Decreto ley 2591 de 1991)[53], ordenará a Asmet Salud EPS-S que dentro de los cinco (5) días siguientes programe un entrenamiento o preparación que sirva de apoyo al cuidador principal que designe la familia para el manejo del señor Molina Soto en su problema de diabetes, y continuar con el seguimiento a la labor que dicho cuidador realice, con el fin de verificar periódicamente la calidad y aptitud del cuidado.

(iv) El escrito de tutela también solicita el suministro de pañales, pañitos húmedos y crema almipro (insumo para tratar la pañalitis). Estos fueron negados por la EPS, aduciendo que se trataba de elementos de confort. Contrario a lo expuesto por la entidad, la Corte ha venido reiterando que los pañales a pesar de estar excluidos del POS, constituyen parte del manejo indispensable que a estos pacientes se les debe brindar para garantizarles una vida en condiciones dignas[54]. Además, en este caso concreto obra en el expediente fórmula del médico tratante ordenando pañales Tena talla L (90 pañales al mes), por lo cual deberán ser suministrados por la EPS, con la facultad de recobro ante la entidad territorial correspondiente. Por el contrario, en relación con los pañitos húmedos y la crema almipro, no existe fórmula médica ni justificación siquiera sumaria de por qué el núcleo familiar no puede sufragar tales insumos.

(v) Por último, en relación con la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, aunque no existe constancia de los pagos efectuados por dicho concepto, la Sala advertirá a Asmet Salud EPS-S que “en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”[55] y que la insuficiencia renal ha sido establecida por el regulador como una enfermedad de alto costo[56], y en este sentido, como una excepción al cobro de los pagos moderadores[57].

Expediente T-4.302.178

Luis Humberto Pérez Moreno (54 años) es un paciente con diagnóstico de insuficiencia renal crónica en proceso de hemodiálisis con catéter, diabetes mellitus tipo 2, hipertensión arterial, entre otras afecciones. Debido a esto, debe trasladarse desde su lugar de residencia (Madrid, Cundinamarca) al instituto (Facatativá, Cundinamarca) donde se le realiza la terapia de remplazo renal los días martes, jueves y sábado.

(i) Mediante su escrito de tutela, solicita le sea concedido el servicio de transporte con acompañante para poder asistir a sus sesiones de diálisis. Para ello, adjuntó la constancia de una trabajadora social adscrita al centro donde se realiza la terapia y en la que se transcribe lo siguiente:

“Es importante aclarar que por su diagnóstico el paciente requiere continuamente valoraciones, controles con especialistas, laboratorios clínicos y de imágenes diagnósticas; por lo cual es necesario desplazarse a diferentes instituciones prestadoras de salud, para realizar dichos procedimientos en compañía de un acudiente por su baja visión.

No está demás resaltar que el señor Pérez, se encuentra en alto grado de vulnerabilidad social ya que es una persona baja visión, hipertenso y diabético”[60].

Al igual que en el caso anterior, es evidente que los pacientes con insuficiencia renal crónica deben asistir puntualmente a sus sesiones de diálisis, por cuanto una omisión en este sentido podría derivar en resultados fatales. Se trata, además, de un servicio incluido en el POS (Resolución 5521 de 2013) en la medida que el sistema de salud cubre el traslado entre instituciones prestadoras de salud dentro del territorio nacional para recibir la atención de un servicio no disponible en la institución remitora (en este caso a una distancia aproximada de 15 kilómetros). Más aún, cuando el accionante manifestó la incapacidad económica de sufragar su traslado semanal, para lo cual aportó copia de su puntaje de 22.5 en la encuesta Sisben[61]. Incapacidad que no fue controvertida por la EPS.

Por otro lado, carece de justificación el argumento esgrimido por la EPS, según el cual, en tanto el municipio de Madrid no es zona especial por dispersión geográfica y no se le reconoce prima adicional para transporte, no está en la obligación de prestar este servicio. Por el contrario, esta Corporación ha precisado que en los lugares en los que no se reconozca este concepto, se pagará con cargo a la unidad de pago por capitación básica[62], sin posibilidad de recobro. En virtud de lo anterior, se ordenará a Convida EPS-S que autorice y cubra los gastos de transporte convencional del señor Luis Humberto Pérez Moreno, del lugar de su residencia a la institución en donde se le practique el procedimiento de diálisis.

(ii) En relación con la autorización y cubrimiento de un acompañante, esta Sala de Revisión

comparte, en principio, la afirmación del juez de instancia, en el sentido que no se probó la necesidad médica de contar con un acompañante para sus traslados. Lo único que allegó el accionante es un certificado de una trabajadora social, lo que no reviste el mismo nivel de experticia y certeza de un concepto médico. No obstante lo anterior, y en atención al derecho de diagnóstico, se ordenará a Convida EPS-S que en el término de quince (15) días un médico que conozca de primera mano el estado de salud del señor Luis Humberto Pérez Moreno, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca la necesidad de un acompañante para sus traslados fuera de su municipio. De esta forma, si el galeno encuentra que el paciente en efecto necesita del mismo, este debe ser acordado con los familiares cercanos al paciente, en atención al principio de solidaridad, o con un tercero de resultar imposible lo anterior, en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico.

Expediente T-4.307.205

Kelly Puerta Sánchez relata que desde hace varios años su padre, Daniel Puerta Moreno, viene padeciendo graves enfermedades en su columna. Afirma que posteriormente fue operado de la cadera, procedimiento en el cual también se le cortó parte de la pierna derecha. De esta manera, perdió más movilidad y quedó completamente lisiado y postrado en su cama.

(i) Lo primero que solicita el escrito de tutela es el servicio de transporte en ambulancia para todos los tratamientos, controles y citas que requiera el señor Puerta Moreno. A diferencia de los casos anteriores, se trata de un traslado interurbano, dentro del perímetro de la ciudad de Cartagena. Evento que, en consecuencia, no se encuentra incluido expresamente en el POS (Resolución 5521 de 2013). No obstante, la Corte ha hecho extensiva la aplicación jurisprudencial del amparo constitucional relación con aquellos casos donde el transporte solicitado consta de un desplazamiento al interior del mismo municipio, siempre que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan recursos suficientes para sufragar el traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la dignidad, la vida o la integridad del paciente.

En este caso concreto, tal y como se observa en los extractos de la historia clínica allegados

por medio magnético junto al escrito de tutela, el accionante padece múltiples diagnósticos, entre ellos, cuadriplejia, proceso inflamatorio pélvico, escara trocanterica derecha grado III sobreinfectada, secuelas por virus HTLV1, paraparesia espástica tropical, osteomielitis, anemia microcitocica hipocrómica. Así las cosas, se evidencia la imposibilidad física del señor Puerta Moreno para desplazarse, así como el surgimiento de procesos infecciosos asociados -según su hija- con el hecho de tener que arrastrarse continuamente. De otro lado, en el escrito de tutela se manifiesta la insuficiencia de recursos para sufragar el transporte por ambulancia a los controles médicos que requiere el accionante, afirmación que no fue desvirtuada por Nueva EPS y que resulta razonable teniendo en cuenta que el señor Daniel Puerta es viudo y su hija se encuentra cursando sus estudios universitarios, por lo cual no puede aportar económicamente en el tratamiento de su padre.

Ahora bien, ante la ausencia de una orden médica que prescriba el servicio especializado de ambulancia para su transporte, encuentra esta Sala de Revisión que le asiste razón al Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, el cual, fungiendo como juez de tutela de segunda instancia, amparó el derecho de diagnóstico y dispuso que la Nueva EPS convocara una junta de médicos que determinara la viabilidad y necesidad del manejo por ambulancia.

(ii) Con respecto a la silla de ruedas, el raciocinio es similar. Aunque no exista orden médica expresa[63], del diagnóstico del paciente (cuadriplejia) se hace evidente la necesidad del insumo, por lo cual la Nueva EPS debe convocar una junta que precise la necesidad y requerimientos de la silla de ruedas para la situación concreta que vive el señor Daniel Puerta Moreno, tal y como lo dispuso el Tribunal Superior de Cartagena. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que desde octubre de 2012, el accionante elevó petición a la entidad para obtener este elemento, pese a lo cual la Nueva EPS no acreditó haber brindado una respuesta oportuna.

(iii) Un aspecto que no fue abordado por los jueces de instancia fue la solicitud de atención domiciliaria, la cual también fue invocada mediante derecho de petición presentado en enero de 2013, así:

“me encuentro hospitalizado como residencial en mi propia habitación y por ello pretendo se me atienda en mi propio lecho de mi casa, o en su defecto en lugar inmediato y cercano

al barrio Educador (...) aclaro que no cuento con persona disponible que pueda acompañarme por ser viudo y que mi hija que me acompaña es mayor de edad y estudiante universitaria que por tal circunstancia no cuenta con tiempo disponible para poderme acompañar a cumplimiento de citas en salud”[64].

No habiéndose constatado ninguna actuación por parte de la Nueva EPS al respecto, se le ordenará que en el término de quince (15) días un médico que conozca de primera mano el estado de salud del Daniel Puerta Moreno, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca si el servicio de auxiliar de enfermería domiciliaria y/o atención domiciliaria efectivamente debe ser proporcionado al señor Puerta Moreno de acuerdo con lo que su cuadro clínico indique y sus patologías demanden, y de ser así las condiciones de modo y tiempo en que debe ser proveído. De esta forma, si el galeno encuentra que el paciente en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria y/o atención domiciliaria, este debe ser suministrado en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico.

En todo caso, la Nueva EPS deberá gestionar, en la medida de lo posible y de acuerdo a sus convenios con las IPS del municipio, que las autorizaciones de citas, controles y exámenes del señor Daniel Puerta Moreno se realicen en una institución cerca de su barrio de residencia, para así evitar desplazamientos innecesarios y difíciles dado su estado de salud.

Odalís González Cely, actuando como agente oficiosa de su hija Luna María López González (8 años), manifiesta que a la menor le diagnosticaron desde los once meses de nacida síndrome de niño hipotónico. En razón de lo anterior, ha tenido que acudir periódicamente a controles, exámenes y citas por medicina especializada.

(i) Mediante el escrito de tutela, lo primero que solicita es el cubrimiento de los gastos por concepto de transporte y alojamiento para la menor y su acompañante, en atención a los múltiples traslados que deben realizar para la atención médica, desde su lugar de residencia (Yopal) hacia la ciudad de Bogotá. Se trata de un servicio incluido en el POS (Resolución 5521 de 2013) en la medida que el sistema de salud cubre el traslado entre instituciones prestadoras de salud dentro del territorio nacional para recibir la atención de

un servicio no disponible en la institución remitora. Además, en los lugares en los que no se reconozca prima adicional por dispersión geográfica, se pagará con cargo a la unidad de pago por capitación básica, sin posibilidad de recobro.

Más aún, la señora Odalis puso de presente su difícil situación económica que atraviesa, sin que la misma hubiese sido desvirtuada por la entidad demandada. En efecto, allegó copia de su puntaje Sisben (18,71)[65] y explicó que se trata de una madre cabeza de familia, sin propiedad registrada alguna y quien, ante la falta de un trabajo estable, sobrevive de realizar manicure a domicilio. Señaló que sus familiares han hecho lo imposible por apoyarle, pero esto no ha sido suficiente.

Igualmente, se desprende del expediente que la niña Luna María López fue diagnosticada desde sus primeros meses con el síndrome de niño hipotónico por lo que requiere de permanentes chequeos y exámenes médicos para un correcto desarrollo físico y mental. Esta, además, por su temprana edad demanda un cuidado permanente de su progenitora.

En virtud de lo anterior, se ordenará a Capresoca EPS-S que autorice y cubra los gastos de transporte convencional y alojamiento de la menor Luna María López González y de un acompañante, del lugar de su residencia a la institución en donde se le realiza el tratamiento en salud prescrito por su médico tratante.

(ii) En segundo lugar, la señora Odalis requirió la autorización efectiva de las citas en neuropsicología para su hija. En el trámite de segunda instancia, se constató que la misma fue efectivamente autorizada y llevada a cabo en el Instituto Roosevelt de Bogotá en el mes de noviembre de 2013[66]. Haciendo uso de la facultad de fallar extra y ultra petita en materia de tutela, esta Sala de Revisión interpreta que el reclamo elevado por la accionante pone de presente la dificultad administrativa para la autorización oportuna de las citas con especialista y algunos procedimientos no incluidos en el POS.

En efecto, Capresoca EPS-S informa que la accionante está en la obligación de acercarse a la Secretaría de Salud, con copia de la orden médica y reclamar las respectivas autorizaciones, mientras que la Gobernación de Casanare, señala que para todo servicio médico requerido, debe anexarse formato no POS del servicio solicitado, copia de la historia clínica, orden médica y datos del usuario.

Esta Sala de Revisión advierte que, tratándose de una madre cabeza de familia, sin un empleo estable y a cargo de una menor que requiere periódicos exámenes médicos, debe haber un acompañamiento más garantista por parte de las instituciones encargadas del servicio de salud. En esta medida, para los procedimientos o medicamentos no incluidos en el POS, no se deben crear obstáculos administrativos en perjuicio de la autorización y prestación oportuna del servicio. En consecuencia, se ordenará a Capresoca EPS-S que, en adelante, gestione directamente y a tiempo, las autorizaciones por servicios no POS ante la entidad territorial correspondiente, allegando la copia de la historia clínica y demás documentos que sean necesarios y que tenga en su poder. En los casos de urgencia, y de ser necesario, deberá prestar directamente la atención en salud y repetir posteriormente ante el departamento.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela de única instancia proferida el 12 de diciembre de 2013 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali, mediante la cual se negó el amparo dentro de la acción de tutela (T-4.301.339) instaurada por María Teresa Montoya, como agente oficioso de Manuel Francisco Molina, contra Asmet Salud EPS, y, en su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental a la salud.

TERCERO.- ORDENAR a Asmet Salud EPS-S que en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia un médico que conozca de primera mano el estado de salud del señor Manuel Francisco Molina Soto, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca si el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria y atención domiciliaria efectivamente debe ser proporcionado al señor Molina Soto de acuerdo con lo que su cuadro clínico indique y sus patologías demanden, y de ser así las condiciones de modo y tiempo en que debe ser proveído. De esta forma, si el galeno encuentra que el paciente en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria y/o atención domiciliaria, este debe ser suministrado en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de

prestación que establezca el médico.

CUARTO.- ORDENAR a Asmet Salud EPS-S que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia programe un entrenamiento o preparación que sirva de apoyo al cuidador principal que designe la familia para el manejo del señor Molina Soto en su problema de diabetes, y continuar con el seguimiento a la labor que dicho cuidador realice, con el fin de verificar periódicamente la calidad y aptitud del cuidado.

QUINTO.- ORDENAR a Asmet Salud EPS-S que dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia haga entrega, si aún no lo ha hecho, de los pañales en la cantidad y calidad formulada por el médico tratante.

SEXTO.- ADVERTIR a Asmet Salud EPS-S que la insuficiencia renal ha sido establecida por el regulador como una enfermedad de alto costo, y en este sentido, como una excepción al cobro de los pagos moderadores.

SÉPTIMO.- REVOCAR la sentencia de tutela de única instancia proferida el 27 de enero de 2014 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá mediante la cual se negó el amparo dentro de la acción de tutela (T-4.302.178) instaurada por Luis Humberto Pérez Moreno contra la Secretaría de Salud Departamental de Cundinamarca, y, en su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental a la salud.

OCTAVO.- ORDENAR a Convida EPS-S que autorice y cubra los gastos de transporte convencional del señor Luis Humberto Pérez Moreno, del lugar de su residencia al municipio en donde se le practique el procedimiento de diálisis.

NOVENO.- ORDENAR a Convida EPS-S que en el término de quince (15) días un médico que conozca de primera mano el estado de salud del señor Luis Humberto Pérez Moreno, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca la necesidad de un acompañante para sus traslados fuera de su municipio. De esta forma, si el galeno encuentra que el paciente en efecto necesita del mismo, este debe ser acordado con los familiares cercanos al paciente, en atención al principio de solidaridad, o con un tercero, de resultar imposible lo anterior, en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico.

DÉCIMO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de tutela de segunda instancia proferida el 19 de septiembre de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, mediante la cual concedió el amparo dentro de la acción de tutela (T-4.307.205) instaurada por Kelly Puerta Sánchez, como agente oficiosa de su padre Daniel Puerta Moreno, contra la Nueva EPS.

DÉCIMO PRIMERO.- ORDENAR a la Nueva EPS que en el término de quince (15) días un médico que conozca de primera mano el estado de salud del Daniel Puerta Moreno, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca si el servicio de auxiliar de enfermería domiciliaria y/o atención domiciliaria efectivamente debe ser proporcionado al señor Puerta Moreno de acuerdo con lo que su cuadro clínico indique y sus patologías demanden, y de ser así las condiciones de modo y tiempo en que debe ser proveído. De esta forma, si el galeno encuentra que el paciente en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria y/o atención domiciliaria, este debe ser suministrado en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico. En todo caso, la Nueva EPS deberá gestionar, en la medida de lo posible y de acuerdo a sus convenios con las IPS del municipio, que las autorizaciones de citas, controles y exámenes del señor Daniel Puerta Moreno se realicen en una institución cerca de su barrio de residencia, para así evitar desplazamientos innecesarios y difíciles dado su estado de salud.

DÉCIMO SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de tutela de segunda instancia proferida el 16 de diciembre de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal mediante la cual se negó el amparo dentro de la acción de tutela (T-4.307.744) instaurada por Odalis González Cely, como agente oficiosa de su hija Luna María López González, contra Capresoca EPS, y, en su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental a la salud.

DÉCIMO TERCERO.- ORDENAR a Capresoca EPS-S que autorice y cubra, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, los gastos de transporte convencional y alojamiento de la menor de edad Luna María López González y de un acompañante, del lugar de su residencia a la institución en donde se le realiza el tratamiento en salud prescrito por su médico tratante.

DÉCIMO CUARTO.- ORDENAR a Capresoca EPS-S que, en adelante, gestione directamente y a tiempo, las autorizaciones por servicios no POS ante la entidad territorial correspondiente, allegando la copia de la historia clínica y demás documentos que sean necesarios y que tenga en su poder. En los casos de urgencia, y de ser necesario, deberá prestar directamente la atención en salud y repetir posteriormente ante el departamento

DÉCIMO QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Centro de Especialistas, Diagnóstico y Tratamiento.

[2] Los folios enunciados corresponden al cuaderno de primera instancia, salvo aclaración en otro sentido.

[3] Cuaderno de tutela, folio 51. “La obligación la tiene el Ente Territorial, cuando se trate de eventos no P.O.S. que requieran los usuarios del sistema general de seguridad social en salud del régimen subsidiado, toda vez que la Resolución 5334 del 2008 y la Ley 715 de 2001, refieren al respecto que todas aquellas situaciones que no estén incluidas en el POS-S corresponde a la entidad territorial, sea departamento, distrito o municipio certificado en salud, gestionar la prestación de los servicios en salud”

[4] Cuaderno de tutela, folio 52.

[5] Cuaderno de tutela, folio 64.

[6] Cuaderno de tutela, folio 97.

[7] Cuaderno de tutela, folio 18.

[8] Cuaderno de tutela, folio 26.

[9] Cuaderno de tutela, folio 4.

[10] Cuaderno de tutela, folio 41.

[11] Cuaderno de segunda instancia, folio 15.

[12] Cuaderno de tutela, folio 20.

[13] “si bien es cierto el servicio de transporte para el paciente ambulatorio se encuentra contemplado en el Acuerdo 029 de 2011, no es menos cierto que dicho servicio debe ser garantizado a los usuarios donde los municipios reconoce el pago de prima adicional de UPC (...) teniendo en cuenta que la menor se encuentra afiliada por el Municipio de Yopal, y de conformidad con la Resolución 4480 de 2012, por medio de la cual se fijó el valor de la UPC para el año 2013, la destinó para los departamentos de Amazonas, Arauca, Casanare, Caquetá, Chocó, Guajira, Guainía, Guaviare, Meta, Putumayo, Sucre, Vaupés, Vichada y la región del Urabá, excepto los municipios de Arauca, Florencia, Yopal, Riohacha, Sincelejo y Villavicencio, siendo así que Capresoca EPS, no está obligada a reconocer gastos de desplazamiento a los usuarios afiliados por Yopal, pues a ninguna de las EPS que administran el régimen subsidiado en esta ciudad se les reconoce UPC diferencial mayor para gastos de desplazamiento” Cuaderno de tutela, folios 23-24.

[14] Cuaderno de tutela, folio 38.

[15] Cuaderno de tutela, folio 49.

[16] Cuaderno de segunda instancia, folio 5.

[17] Cuaderno de segunda instancia, folios 19 a 21.

[18] Cuaderno de segunda instancia, folio 31.

[19] Ver sentencias T-861 de 2012, T-209 de 2013 y T-894 de 2013.

[20] Para un análisis detallado del derecho fundamental a la salud, su naturaleza, contenido y principales desafíos, ver la sentencia T-760 de 2008.

[21] *Ibíd.*

[22] “Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.” Sentencia T-016 de 2007.

[23] “Según esta óptica, la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente – poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter

de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.” Sentencia T-016 de 2007. Posición reiterada por la Sala Plena en providencia C-288 de 2012.

[24] Sentencias T-597 de 1993, T-454 de 2008 y T-566 de 2010.

[25] Sentencias T-022 de 2011, T-091 de 2011 y T-648 de 2011.

[26] Tempranamente, la sentencia T-597 de 1993 acogió la definición de salud acuñada por la OMS.

[28] Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 12. La definición que incluye el Protocolo Adicional de San Salvador resulta incluso más garantista al disponer que “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.”

[29] “La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional, incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos permiten configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. Así, el derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta física o funcionalmente a la persona, sino cuando se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud”. Sentencia T-152 de 2012, ver también T-548 de 2011.

[30] Sentencia T-152 de 2012.

[31] Corte Constitucional, Sentencia T-105 de 2014.

[32] Corte Constitucional, Sentencia T-206 de 2013.

[33] Corte Constitucional, Sentencias T-760 de 2008, T-022 de 2011, T-481 de 2011, T-116A de 2013 y T-206 de 2013.

[34] Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2014.

[35] Corte Constitucional, Sentencia T-900 de 2002. Reiterada recientemente en sentencias T-388 y T-481 de 2012, T-201, T-567 de 2013, T-105 de 2014.

[36] Corte Constitucional, Sentencia T-350 de 2003. Reiterada recientemente en sentencias T-346 de 2009, T-481 y T-388 de 2012, T-116A y T-567 de 2013 y T-105 de 2014.

[37] Resolución 5521 de 2013, artículo 8.

[38] Resolución 5521 de 2013, art. 29.

[39] Corte Constitucional, Sentencia T-154 de 2014.

[40] Corte Constitucional, Sentencia T-274 de 2009. Así pues, “Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.” Sentencia T-345 de 2013 (subrayado fuera del original).

[41] Ver Sentencia T-154 de 2014 que incluye varios informes sobre el tema.

[42] Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2014.

[43] Corte Constitucional, Sentencia T-154 de 2014.

[44] Corte Constitucional, Sentencia T-160 de 2011.

[45] Corte Constitucional, Sentencia T-680 de 2013.

[46] Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2014.

[47] Corte Constitucional, Sentencia T-154 de 2014. Respecto de esta garantía la sentencia T-274 de 2009 explicó lo siguiente: “el derecho al examen diagnóstico, que se encuentra inmerso en el derecho a la salud y, a su vez, conserva una inescindible relación con el derecho fundamental a la información vital, está orientado a garantizar la consecución de los siguientes objetivos: (i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud, (ii) Determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”. (iii) Iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente, pues, como fue señalado en líneas anteriores, no sólo el derecho a la salud comprende la prerrogativa de recibir atención preventiva, lo cual supone desechar la idea de los fines meramente curativos de la medicina, sino que la dilación del diagnóstico y, por ende, del tratamiento lesiona gravemente el derecho a la dignidad humana. // Así las cosas, el derecho al diagnóstico se encuentra contenido dentro de los “niveles esenciales” que de manera forzosa ha de garantizar la organización estatal en el caso del derecho a la salud. Su importancia adquiere una particular dimensión dado que su eventual vulneración obstaculiza en la práctica el acceso a los servicios y prestaciones establecidas para los regímenes contributivo y subsidiado. // En esta dirección, su desconocimiento impide establecer con grado de certeza, no sólo la patología padecida por los titulares del derecho fundamental a la salud, sino adicionalmente cuáles son las prestaciones que deben ser ofrecidas por el Sistema de Seguridad Social y, de contera, cuál es la responsabilidad que resulta exigible a las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, a las entidades territoriales, al Fondo de Solidaridad y Garantía, y demás autoridades que participan en el andamiaje del aludido sistema.”.

[48] Al respecto ver las sentencias T-089 de 2013 y T-680 de 2013.

[49] Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2014.

[50] Cuaderno de tutela, folio 10-16.

[51] Cuaderno de tutela, folio 13.

[52] Cuaderno de tutela, folios 27-28.

[53] Corte Constitucional, Sentencia T-686 de 2012: “La facultad de fallar extra y ultra petita en materia de tutela, ha sido desarrollada ampliamente por la Corte Constitucional, advirtiendo que atiende a la efectividad del estructural principio de prevalencia del derecho sustancial, invistiendo al juez de tutela de la posibilidad de determinar qué derechos fueron los vulnerados, aún si los mismos no fueron expresamente identificados por el demandante pero se desprenden de los hechos. Cfr. T-532 de noviembre 24 de 1994, T-310 de julio 17 de 1995, T-622 de mayo 26 de 2000, SU-484 de mayo 15 de 2008 y T-553 de mayo 29 de 2008”.

[54] Corte Constitucional, Sentencia T-154 de 2014.

[55] Ley 100 de 1993 artículo 187.

[56] Resolución 5521 de 2013, artículo 126. Ver también Resolución 2565 de 2007.

[58] Corte Constitucional, Sentencia C-666 de 1996.

[59] Corte Constitucional, Sentencia T-794 de 2011.

[60] Cuaderno de tutela, folio 6.

[61] Cuaderno de tutela, folio 7.

[62] Corte Constitucional, Sentencia T-206 de 2013.

[63] En el cd aportado con la tutela solo se lee que en un seguimiento efectuado el 6 de septiembre de 2012 por el médico Ramón José Viaña, este señaló “se está gestionando con área administrativa para solicitar silla de ruedas para el paciente por las malas condiciones en que se encuentra” página 50.

[64] Cuaderno de tutela, folio 12.

[65] Cuaderno de tutela, folio 14.

[66] En un memorial allegado en segunda instancia, la accionante aportó copia del Informe de evaluación en neuropsicología, Unidad de salud mental del Instituto Roosevelt, en el que se concluye: “Se trata de un paciente de 6 años quien ha presentado dificultades en el aprendizaje desde el inicio de la escolarización, sobre todo por fallas en el lenguaje expresivo, la cual no trae exámenes complementarios y que con base en la exploración neuropsicológica pone en evidencia un perfil cognitivo por debajo de lo esperado con un CIT=73, la cual la clasifica dentro de perfil cognitivo límite, con habilidades dentro del neuro desarrollo en seguimiento de instrucciones simples, adquisición de comandos básicos y en la habilidad para categorizar pares de palabras, sin embargo se evidencia que presenta compromiso en las dimensiones del lenguaje simples y complejas, y disminución en las habilidades praxicas, en los proceso atencionales y mnésicos y en las funciones ejecutivas, que están interfiriendo en el desempeño de Luna en las diferentes esferas vitales” Cuaderno de segunda instancia, folios 15-18..