

T-592-16

Sentencia T-592/16

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Elementos y principios

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD-Accesibilidad económica, disponibilidad, aceptabilidad y calidad

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

PRINCIPIO PRO HOMINE EN MATERIA DE SALUD-Aplicación ante la existencia de dudas acerca de si el servicio de salud es de carácter estético o funcional que amerite inclusión o no en el POS

DERECHO A LA SALUD Y PROCEDIMIENTOS ESTETICOS Y FUNCIONALES EN EL POS-Caso de colgajos o exceso de piel

CIRUGIA PLASTICA RECONSTRUCTIVA CON CARACTER FUNCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Orden a EPS realizar cirugía por exceso de piel o colgajos, previa valoración de médico tratante

Referencia: Expediente T-5609915

Asunto: Acción de tutela instaurada por la señora Catalina contra Coomeva EPS

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC. veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Valledupar, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por la señora Catalina contra Coomeva EPS.

I. ANTECEDENTES

1.1. Cuestión previa

La presente acción de tutela tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de una señora, en el ámbito del tratamiento de datos sensibles, relativos a la salud y a su intimidad[1]. Por dicha razón, y en aras de proteger su privacidad y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, se emitirán respecto de este caso dos copias del mismo fallo, diferenciándose en que se sustituirán los nombres reales en aquella copia que se publique en la gaceta de la Corte Constitucional.

1.2. Hechos relevantes

1.2.1. La accionante Catalina está afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, a través del régimen contributivo, en calidad de cotizante en la EPS Coomeva.

1.2.2. La peticionaria asegura que durante mucho tiempo sufrió de obesidad mórbida, razón por la cual se sometió a dietas y rutinas de ejercicio que le permitieron bajar 52 kilos de peso. Afirma que por haber perdido tanto peso se originó un “exceso de piel colgante”, el cual, a su vez, le produce irritación, dolor e infecciones dada la “dificultad de mantener el área completamente seca”.

1.2.3. Por virtud de lo anterior, la señora Catalina afirma que consultó un especialista en cirugía plástica, estética y reconstructiva, miembro de la red de Coomeva EPS[2], quien le

diagnosticó “flacidez cutánea marcada en mamas y abdomen”, y le ordenó la práctica de dos procedimientos quirúrgicos, a saber: dermoabdominoplastia abdominal y mastopexia bilateral.

1.2.4. Manifiesta la peticionaria que solicitó a Coomeva EPS la autorización y práctica de dichos procedimientos, petición que fue negada por la entidad demandada de manera verbal, al considerar que se trata de servicios de carácter estético.

1.2.5. Finalmente, la accionante expone que debido a estos padecimientos sufre de depresiones constantes, dificultad para conciliar el sueño y quemaduras en su piel; aunado a que no cuenta con los recursos económicos para asumir de manera particular el costo de los procedimientos quirúrgicos ordenados por su médico tratante.

1.3. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos descritos, la accionante pide que se amparen sus derechos a la salud y la vida digna y, en consecuencia, se ordene a la accionada autorizar y practicar las cirugías en cuestión, así como entregar los medicamentos e insumos necesarios para su recuperación integral.

1.4. Contestación de la demanda

La entidad accionada no dio respuesta a la acción de tutela.

1.5. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- Copia de la solicitud presentada por la accionante ante Coomeva EPS, en la cual exige la realización de los procedimientos quirúrgicos dispuestos por su médico tratante, con fecha de recibido del 3 de noviembre de 2015.

- Copia de la orden médica suscrita por el cirujano plástico José Castro, por virtud de la cual se prescriben los procedimientos en cuestión.

- Historia clínica suscrita por el citado cirujano, en la que se lee “flacidez cutánea marcada en mamas y abdomen”, con fecha del 28 de octubre de 2015

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

En sentencia del 11 de diciembre de 2015, el Juzgado Sexto Civil Municipal de Valledupar decidió negar el amparo solicitado, al encontrar que dentro del proceso no se logró demostrar la urgencia, necesidad y funcionalidad de los procedimientos quirúrgicos, así como tampoco se probó que la vida y salud de la accionante se encontraran en peligro de no llevarse a cabo las cirugías solicitadas.

III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política[3]. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 14 de julio de 2016 proferido por la Sala de Selección Número Siete.

3.2. Actuaciones en sede de revisión

3.2.1. En Auto del 16 de agosto de 2016, el Magistrado Sustanciador solicitó a la señora Catalina la siguiente información: (i) de qué actividad deriva su sustento económico y en qué consiste; (ii) de cuántas personas se compone su núcleo familiar, a qué se dedican y de qué forma se proveen sus necesidades básicas; (iii) cuáles son sus fuentes de ingreso y a cuánto equivalen; (iv) cuántos son sus gastos mensuales por concepto de manutención, vivienda, transporte, salud, etc. Y, por último, (v) qué enfermedades padece y qué limitaciones le generan.

Por lo demás, en la misma providencia, se dispuso oficiar a Coomeva EPS para que informara las razones por las cuales no ha autorizado y realizado los procedimientos quirúrgicos reclamados, previo envío de la historia clínica de la accionante, con el fin de verificar los tratamientos a los cuales ha sido sometida.

3.2.2. Una vez notificado el citado Auto, mediante oficio del 1º de septiembre de 2016, la Secretaría General de esta Corporación informó que no se recibió respuesta alguna a los requerimientos realizados. Por tal razón, en Auto del 20 de septiembre de 2016 se procedió a requerir los datos solicitados, sin que hasta el momento se haya obtenido respuesta alguna.

3.3. Problema jurídico y esquema de resolución

3.3.1. A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de la decisión adoptada por el respectivo juez de instancia, esta Corporación debe determinar si se configura una violación de los derechos a la salud y a la vida digna de la señora Catalina, como consecuencia de la supuesta decisión adoptada por la EPS Coomeva, consistente en negar la práctica de los procedimientos quirúrgicos denominados dermolipectomía abdominal y mastopexia bilateral, dispuestos para eliminar el exceso de piel derivado de la pérdida de peso.

3.3.2. Para resolver el problema jurídico planteado, esta Sala se pronunciará inicialmente sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela; luego de lo cual abordará el examen del derecho fundamental a la salud. En este acápite se detendrá en el estudio del principio de integralidad y en las reglas que permiten el reconocimiento de procedimientos estéticos en el plan de cobertura del sistema de salud. Con sujeción a lo expuesto, se resolverá el caso concreto.

3.4. Requisitos de procedencia de la acción de tutela

3.4.1. De la legitimación por activa

3.4.1.1. El artículo 86 de la Constitución determina que, como regla general, cualquier persona puede interponer la acción de tutela cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales. Ahora bien, con miras a preservar el principio de autonomía, se entiende que el amparo debe ser promovido directamente por la persona afectada en sus derechos. No obstante, a manera de excepción, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que un tercero puede agenciar los derechos de otro, “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

3.4.1.2. En el caso concreto, se advierte que la acción de tutela es promovida directamente por la persona afectada, es decir, por la señora Catalina, quien alega la vulneración de sus derechos a la salud y a la vida digna. Con base en lo anterior, esta Sala concluye que no existe ninguna duda frente a la legitimación por activa, ya que se satisface el principio

básico de autonomía que rige su interposición.

3.4.2. De la legitimación por pasiva

3.4.2.1. El artículo 86 del Texto Superior establece que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de particulares en los casos previstos en la Constitución y en la ley. En este último caso, el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que: “la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud”.

En este contexto, según lo ha señalado de manera reiterada la Corte, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión[4].

3.4.2.2. Vistas las pretensiones de la demanda, se observa que la tutela está interpuesta contra Coomeva EPS, compañía privada encargada de la prestación del servicio público salud, por lo que se entiende satisfecho el primero de los requisitos mencionados. Por lo demás, el amparo se justifica en la presunta actitud asumida por dicha entidad, relacionada con la negativa a practicar los procedimientos quirúrgicos ordenados a la accionante, cuya falta de reconocimiento tiene la idoneidad necesaria para vulnerar los derechos fundamentales invocados, como lo son la salud y la vida digna. En ese orden de ideas, a juicio de la Sala, se entienden satisfechos los requisitos de legitimación en la causa por pasiva frente a la entidad demandada.

3.4.3.1. La procedibilidad de la acción de tutela también exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza[5]. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte

como el principio de inmediatez[6].

En criterio de este Tribunal, si con la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, es imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de ocurrencia de su amenaza o violación. Una actuación en sentido contrario, desvirtúa el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción, pues cuando el accionante no actúa con prontitud en la solicitud del amparo, se infiere que éste no requiere de una protección urgente, efectiva e inmediata, más allá de que también pueda convertirse en un factor de inseguridad jurídica y de posible afectación de los derechos de terceros[7].

3.4.3.2. En relación con el caso objeto de estudio, se tiene que la peticionaria instauró la acción de tutela el 27 de noviembre de 2015, mientras que la decisión por la cual se negó la práctica de los procedimientos y que, en general, origina la solicitud de amparo, se produjo después del 3 de noviembre del año en cita, momento en el que la accionante formuló la solicitud de reconocimiento a Coomeva EPS[8]. Como se observa, transcurrió menos de un mes después de la negativa de la citada entidad, término que se ajusta a las reglas de razonabilidad que explican la procedencia del amparo.

3.4.4. De la subsidiariedad

3.4.4.1. Tal y como lo ha expuesto esta Corporación en su jurisprudencia[9], los artículos 86 del Texto Superior y 6 del Decreto 2591 de 1991, establecen el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, que puede ser instaurada por cualquier persona ante la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, bajo las siguientes condiciones: (i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado; (ii) que aun existiendo otras acciones, éstas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho reclamado; o (iii) que siendo estas acciones un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable[10].

A partir de lo expuesto, este Tribunal ha sostenido que no cabe una valoración genérica del medio ordinario de defensa judicial, pues en abstracto cualquier mecanismo puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la

protección de los derechos constitucionales. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria sólo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar la plena e inmediata protección de los derechos específicos involucrados en cada asunto[11].

3.4.4.2. En materia de salud, las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir, con las atribuciones propias de un juez, algunas controversias entre las EPS (o las entidades que se les asimilen) y sus usuarios. Específicamente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[12], señala que la citada Superintendencia podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la “cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga[n] en riesgo o amenace[n] la salud del usuario”.

Este trámite jurisdiccional, según fue expuesto por esta Sala en la Sentencia T-728 de 2014[13], inicia con la presentación de una petición informal, que no requiere derecho de postulación, en la cual se deben narrar los hechos que originan la controversia, la pretensión y el lugar de notificación de los sujetos procesales. Dentro de los diez días siguientes a la radicación del oficio se debe dictar el fallo, el cual puede ser impugnado en los tres días siguientes. El procedimiento debe llevarse a cabo con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente el derecho al debido proceso de las partes.

De lo anterior, la Sala observa que, en principio, el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud podría resultar idóneo y eficaz, pues su propósito es servir como herramienta protectora de derechos fundamentales y su uso debe ser difundido y estimulado para que se actúe con celeridad y bajo el mandato de resolver los conflictos desde la perspectiva constitucional. Sin embargo, el término para resolver en segunda instancia los conflictos ventilados a través de tal procedimiento no fue regulado por legislador, deficiencia que ha sido advertida en varias oportunidades por la Corte[14] y que conlleva, en hipótesis particulares y concretas, a que la acción de tutela se valore como el mecanismo adecuado e idóneo para la protección material de los derechos constitucionales.

Por lo demás, es preciso resaltar que en la Sentencia C-119 de 2008[15], cuando este Tribunal se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, se indicó que la Corte no analizaría, en dicha oportunidad, la idoneidad del mecanismo en comento, dejando como regla que ese juicio dependería de las circunstancias concretas de cada caso.

En este orden de ideas, este Tribunal ha sostenido que resulta desproporcionado enviar las diligencias y actuaciones que se han realizado por vía de tutela a dicha Superintendencia, cuando se evidencien circunstancias en las cuales esté en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, pues la eventual demora que implica reiniciar un trámite, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría conducir al desamparo de los derechos o a la irreparabilidad in natura de sus consecuencias, en especial cuando se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión[16].

3.4.4.3. Visto lo anterior, en el caso sub-judice, se observa que la acción de tutela se interpone con el propósito de proteger los derechos a la salud y la vida digna de la accionante, quien afirma que la no práctica de los procedimientos quirúrgicos solicitados implica una afectación flagrante en sus condiciones básicas de subsistencia, siendo así y teniendo en cuenta que la demora en resolver este asunto podría agravar la situación planteada, esta Sala concluye que la acción de tutela, por las particulares condiciones del caso, se torna en el medio eficaz para la resolución del conflicto planteado, más aún si se tiene en cuenta que el mismo se encuentra en sede de revisión.

3.5. Del derecho fundamental a la salud: elementos y principios

3.5.1. La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, al referirse a la seguridad social, la describe como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”. Con posterioridad, al pronunciarse sobre el derecho a la salud, el artículo 49 dispone que:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción,

protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)."

En numerosas oportunidades y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia de este Tribunal se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público[17]. En cuanto a la primera faceta, la salud debe ser prestada de manera oportuna[18], eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad[19] e igualdad[20]; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.

3.5.2. Ahora bien, la Corte ha destacado que el derecho a la salud se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional[21].

Más allá de que cada uno de estos elementos identifica aspectos esenciales del derecho y que constituyen la fuente de las obligaciones del Estado y de otros actores del sistema, no deben entenderse como parámetros independientes, pues de su interrelación depende la efectiva garantía del derecho a la salud. De forma específica, en relación con cada uno de ellos, se ha dicho que: (i) la disponibilidad implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población; (ii) la aceptabilidad hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el

servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida.

Por su parte, (iii) la accesibilidad corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar la accesibilidad económica y el acceso a la información.

Finalmente, (iv) la calidad se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

3.5.3. En términos de disponibilidad y accesibilidad, y previa garantía de la sostenibilidad financiera del sistema, se consagran en el ordenamiento jurídico unos planes de cobertura impuestos de forma obligatoria por la ley. La inclusión en estos planes se basa en el perfil epidemiológico de la población colombiana y comprende aquellos medicamentos y tratamientos que son requeridos con mayor intensidad y frecuencia por parte de los asociados. De esta manera, la garantía en la cobertura de los servicios de salud, está en principio sujeta al suministro de los servicios y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS)[22], hoy Plan de Beneficios en Salud.

En todo caso, la Corte también ha indicado que la protección a la salud procede en los casos en que dicho servicio es necesario, esto es, cuando el médico tratante lo ordena, bajo el entendido de que el procedimiento es indispensable para conservar la vida digna, la salud o la integridad personal del paciente[23]. Precisamente, en la Sentencia T-760 de 2008[24], se dijo que: “toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo (...).”

3.5.4. A partir del reconocimiento de la existencia de planes de cobertura y de la exigibilidad del criterio de necesidad del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado[25], entre otras circunstancias, (i) cuando hay una falta de

reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios de salud y la negativa no tiene un fundamento estrictamente médico[26]; (ii) cuando existe una dilación o se presentan barreras injustificadas en la entrega de los medicamentos a los que tiene derecho el accionante[27]; (iii) excepcionalmente, en los casos en los cuales se solicita el reconocimiento de un tratamiento integral para una patología[28]; y (iv) cuando no se reconocen prestaciones excluidas de los planes de cobertura que son urgentes y la persona no puede acceder a ellas por incapacidad económica[29].

En relación con esta última hipótesis, esta Corporación ha manifestado que, por regla general, cuando una prestación se encuentra excluida del plan de coberturas, el usuario deberá adquirirla con cargo a su propio peculio, pues de esta manera se asegura el equilibrio financiero del sistema[30]. Sin embargo, como ya se dijo, la jurisprudencia de este Tribunal también ha inaplicado dicha regulación y ha ordenado la entrega de medicamentos o la realización de procedimientos por fuera del Plan de Beneficios, cuando su falta de reconocimiento por parte de una Entidad Promotora de Salud tiene la entidad suficiente de comprometer la eficacia y la intangibilidad de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema, en respuesta básicamente al citado criterio de necesidad. En este orden de ideas, la Corte ha dicho que:

“(…) en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.” [31]

Para determinar aquellos casos concretos en los que la Entidad Promotora de Salud deberá otorgar la prestación requerida, aun cuando se encuentre excluida del Plan de Beneficios, este Tribunal ha establecido los siguientes requisitos:

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

(ii) [Que] el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan [de Beneficios en Salud];

- (iii) [Que] el interesado no pueda costearlo directamente, (...) y [que] no pueda acceder a [dicho] servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y
- (iv) [Que] el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio”[32].

En este orden de ideas, con sujeción al criterio de necesidad, siempre que se verifique el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez de tutela debe ordenar a una Entidad Promotora de Salud la entrega del medicamento o la prestación del servicio excluido del Plan de Beneficios en Salud, con el fin de brindar la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios, sin perjuicio de que su financiamiento no recaiga directamente sobre ella, como ocurre, por ejemplo, en el régimen contributivo, en donde dicha obligación está a cargo del FOSYGA[33].

3.5.5. En relación lo expuesto, es preciso resaltar que la Ley Estatutaria de Salud le dedica un artículo especial al principio de integralidad, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación de este servicio[34]. Este mandato implica que el sistema debe brindar servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud posible o al menos padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su salud en todas sus facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones.

En este orden de ideas, resulta relevante indicar que, en atención del principio pro homine, en caso de que existan dudas en torno a si el servicio se halla excluido o incluido dentro de aquellos previstos en el régimen de coberturas, ha de prevalecer una hermenéutica que favorezca la prestación efectiva del mismo. En efecto, el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispone que: “En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Ahora bien, en el artículo 15 de la citada Ley 1751 de 2015, se establecen unos criterios tendientes a determinar aquellos servicios que no serán financiados por los recursos

públicos asignados a la salud, previa reglamentación que para el efecto expedirá el Ministerio de Salud y Protección Social. Al respecto, la norma en cita dispone que:

“Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para

implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso administrativas.

Parágrafo 3°. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas.”

Como se observa de lo expuesto, como regla general, se entiende que todo está cubierto por el plan de salud a excepción de aquellas prestaciones que cumplan con los criterios establecidos en la norma en cita, pues la restricción para la financiación de ciertos servicios resulta legítima dentro de una dinámica donde la exclusión sea la excepción. Sin embargo, en virtud del principio pro homine, en caso de cumplirse con las cuatro condiciones previamente expuestas (afectación de un derecho fundamental, ausencia de sustituto, imposibilidad económica y orden del médico tratante)[35], aun cuando el servicio esté excluido podrá ordenarse su suministro, básicamente en aplicación del criterio de “requerir con necesidad”, cuando ello se torne forzoso para asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, en la Sentencia C-313 de 2014[36], esta Corporación indicó que: “al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como ‘requerido con necesidad’, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud (...)”[37].

Desde esta perspectiva, es claro que el principio de integralidad no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente, sino que también implica el suministro de todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna. En este orden de ideas, por vía de la acción de tutela, el juez puede ordenar la entrega de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, siempre que, como ya se dijo, la persona no tenga la capacidad económica para su asumir

su costo y no existan sustitutos. Por lo demás, también es importante que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante[38].

3.6. De los procedimientos estéticos y los procedimientos funcionales en el Plan de Beneficios en Salud

3.6.1. Como ya se dijo, la Ley 1751 de 2015, en el artículo 15, establece que el “[s]istema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”, luego de lo cual dispone que los recursos públicos de la salud no podrán destinarse a financiar, entre otros, servicios que “tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas” (art. 15, literal a).

3.6.2. En ese sentido, la Resolución No. 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, por virtud de la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Beneficios en Salud[39], entre las tecnologías no financiadas con cargo a la UPC, establece aquellas “cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad” (art. 132, núm. 1)[40]. En desarrollo de esta premisa, el artículo 8 de la Resolución en cita consagra una distinción entre la cirugía cosmética o de embellecimiento y la cirugía reparadora o funcional, en los siguientes términos:

“7. Cirugía plástica estética, cosmética o de embellecimiento: Procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin efectos funcionales u orgánicos.

8. Cirugía plástica reparadora o funcional: Procedimiento quirúrgico que se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Incluye reconstrucciones, reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congénitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo.”

En adición a lo expuesto, el artículo 37 del acto en mención indica que todos aquellos tratamientos o procedimientos de carácter reconstructivos que tengan una finalidad funcional, de conformidad con el criterio del médico tratante, se encuentran dentro del Plan de Beneficios en Salud y deben ser asumidos por el sistema. La disposición en cita establece que:

“Artículo 37. Tratamientos reconstructivos. En el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el anexo 2 listado de procedimientos que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.”

3.6.3. Como consecuencia de lo expuesto, en reiterada jurisprudencia, la Corte ha señalado que existen dos modalidades distintas de cirugías plásticas que persiguen propósitos disímiles[41]. Así, por una parte, se encuentran los procedimientos cosméticos o de embellecimiento, cuando lo que se busca es mejorar tejidos sanos para cambiar o modificar la apariencia física de una persona; y por la otra, los procedimientos funcionales o reconstructivos, que apuntan a corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o a impedir afecciones psicológicas que le impiden a una persona llevar una vida en condiciones dignas. Por mandato regulatorio, en el primer caso, es claro que los procedimientos meramente estéticos o cosméticos que persigan fines de embellecimiento no están cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud (antes Plan Obligatorio de Salud); mientras que, en el segundo, por tratarse de un problema funcional, es procedente su realización a través de las EPS, siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera, prescrita por un profesional vinculado con la Entidad Promotora de Salud.

Respecto de la diferencia entre una cirugía con fines estéticos y una con fines reconstructivos, en la Sentencia T-392 de 2009[42] se indicó que:

“[Desde] un punto de vista científico una cirugía plástica reconstructiva tiene fines meramente ‘estéticos’ o ‘cosméticos’ cuando, ‘es realizada con la finalidad de cambiar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente’, mientras que, es reconstructiva con fines funcionales cuando ‘está enfocada en disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma’. La cirugía reconstructiva hace uso de técnicas de osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de

partes del cuerpo sanas a las afectadas.”

Por consiguiente, en cada caso concreto, las Entidades Promotoras de Salud deben analizar si la cirugía plástica prescrita por un médico es calificada como “estética” o si se trata de una cirugía “reconstructiva”. No obstante, para determinar su funcionalidad, es necesario partir de la base del criterio del “profesional en salud tratante”, como lo indica el artículo 37 de la Resolución No. 5592 de 2015, por lo que no basta la simple afirmación por parte de la EPS, ni tampoco del usuario del sistema, para catalogar un procedimiento de estético o funcional, pues dicha decisión debe estar acompañada de los respectivos conceptos médicos o argumentos científicos que así la sustenten.

3.6.4. En conclusión, las cirugías plásticas se encuentran excluidas del Plan de Beneficios en Salud, en aquellos casos en que buscan mejorar un aspecto físico con el cual las personas no están conformes, no ocurre lo mismo cuando tienen fines reconstructivos funcionales, caso en el cual se entienden incluidas y deberán ser realizadas por las EPS. Ahora bien, toda negativa en la práctica de este tipo de cirugías exige demostrar –con fundamento en conceptos médicos– que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no responden a criterios funcionales reconstructivos, siempre que dicha valoración no haya sido expresamente realizada por el médico tratante de la Entidad Promotora de Salud. Esta obligación se deriva del principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al cual, es de su esencia, amparar todas las contingencias que afectan la salud de una persona y en general las condiciones de vida de la población[43].

3.7. Del principio de integralidad en el acceso a la salud

3.7.1. El principio de integralidad en el acceso a los servicios de salud se manifiesta en la autorización, práctica o entrega de los medicamentos, insumos o procedimientos a los que una persona tiene derecho, siempre que el médico tratante los considere necesarios para el tratamiento de sus patologías. De ahí que, la atención en salud no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente, sino que también implica el suministro de todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna.

En este orden de ideas, por vía de la acción de tutela, el juez debe ordenar la entrega de todos aquellos servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha

puesto en riesgo sus derechos fundamentales[44], siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden, se estaría presumiendo la mala fe de la Entidad Promotora de Salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución[45].

3.7.2. Por esta razón, en sede de tutela, se ha considerado que el suministro del tratamiento integral se sujeta a las siguientes condiciones, en primer lugar, que la EPS haya actuado negligentemente en la prestación del servicio; y en segundo lugar, que exista una orden del médico tratante especificando las prestaciones necesarias para la recuperación del paciente, la cual, se convierte en un límite para la actuación del juez constitucional, a partir de la aplicación de los criterios de necesidad, especialidad, responsabilidad, y proporcionalidad[46].

3.8. Caso concreto

3.8.1. En el presente caso, la señora Catalina señala que luego de haber perdido 52 kilos de peso, presenta en la actualidad un exceso de piel y flacidez, lo que, según afirma, le ha ocasionado inconvenientes de higiene y salud por la aparición de afecciones cutáneas, así como depresión y dificultad para conciliar el sueño.

Como consecuencia de lo anterior, un cirujano plástico le ordenó la práctica de los procedimientos dermoabdominoplastia abdominal y mastopexia bilateral, los cuales, según aduce, fueron negados de forma verbal por su EPS Coomeva, al argumentar que se trataba de procedimientos estéticos.

Ante dicha negativa, la señora Catalina acudió a la acción de tutela invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en el sentido de pedir que se ordene a la EPS, (i) autorizar y practicar los procedimientos antes mencionados y (ii) reconocer el tratamiento integral al que haya lugar.

3.8.2. Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia, en lo que respecta a la pretensión encaminada a que se ordene la autorización y práctica de los procedimientos denominados dermoabdominoplastia abdominal y mastopexia bilateral, esta Sala debe determinar, previamente, si se trata de procedimientos de carácter estético o funcional. Esta definición adquiere particular importancia, pues -como ya se advirtió- de tratarse de los primeros no podrán ser financiados con los recursos públicos de la salud, tal como lo establece el artículo 15, literal a), de la Ley 1751 de 2015. Por el contrario, si se trata de cirugías con propósito funcional o reconstructivo, se entienden incluidas dentro del Plan de Beneficios en Salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Resolución No. 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social.

Ahora bien, para que el juez de tutela pueda concluir que los procedimientos solicitados a través de la acción de amparo tienen carácter estético o funcional, debe contar con los conceptos médicos pertinentes y suficientes que permitan llegar a una u otra conclusión, en la medida en que el fallador carece de los conocimientos técnicos o de la *lex-artis*, que le permitan adoptar una decisión por fuera de la experticia médica. En ese sentido, en el caso concreto, se observa que no obran en el expediente documentos suscritos por el médico tratante que demuestren, o al menos informen, la finalidad funcional o reconstructiva de los procedimientos prescritos, más allá de la mera orden médica y una escueta historia de ingreso que se limita a señalar la “flacidez marcada en mamas y abdomen”. Adicionalmente, a pesar de la labor probatoria desarrollada por esta Corporación, tampoco se logró obtener dichos conceptos.

Así las cosas, no existen los suficientes elementos de juicio para que el juez de tutela pueda concluir que los procedimientos solicitados son indispensables para restablecer las funciones de un órgano o tejido, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Aunado a lo anterior, tampoco cuenta la Sala con conceptos médicos o argumentos científicos por parte de la EPS accionada, con los cuales se demuestre que los servicios solicitados son meramente estéticos o cosméticos, pues tal afirmación, según relata la peticionaria, se hizo de manera verbal. A lo anterior, se agrega que la entidad demandada no contestó la acción de tutela y omitió dar respuesta al requerimiento realizado por esta Corporación en sede de revisión. En virtud de lo anterior, así como no puede la Sala concluir en el presente asunto que los procedimientos solicitados tienen carácter funcional, tampoco se puede establecer que son meramente estéticos o cosméticos, toda vez que la falta de conceptos

médicos obra en uno y otro sentido.

En síntesis, pese a la labor probatoria que fue desarrollada y ante la imposibilidad en la que se encuentra esta Sala de determinar el propósito, la necesidad y la naturaleza de los procedimientos reclamados, se ordenará a Coomeva EPS que evalúe la situación de la paciente integrando una junta médica que tenga conocimiento especializado en cirugías plásticas reconstructivas y estéticas, así como en afecciones cutáneas y trastornos psicológicos, como los que afirma padecer la solicitante, en donde deberá estar el médico tratante de la paciente adscrito a la citada EPS, para que determine si los procedimientos requeridos tienen o no un carácter funcional o estético, argumentado de manera científica y suficiente la conclusión a la cual se llegue. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la accionante manifiesta padecer afecciones físicas y psicológicas como consecuencia de su excesiva pérdida de peso y que existe una orden médica que prescribe las respectivas cirugías.

Una vez se determine la naturaleza de los procedimientos solicitados, en caso de que los mismos tengan un propósito funcional, se deberá proceder a autorizar y practicar las cirugías en el menor tiempo posible, sin que en ningún caso supere el término de tres (3) meses contado a partir la notificación de esta sentencia.

3.8.3. Por último, en lo que atañe a la solicitud de la actora para que en el futuro le sean concedidos todos los servicios médicos que requiera, es preciso señalar que, como previamente se expuso, en virtud del principio de integralidad, la Corte ha determinado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los procedimientos médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo sus derechos fundamentales, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

Visto lo anterior, en el caso bajo examen, la Sala encuentra que la pretensión invocada por la accionante no está llamada a prosperar, en primer lugar, porque más allá de las cirugías objeto de reclamación, como ya se dijo, no existe una prestación concreta en salud que pueda ser autorizada por el juez de tutela; y en segundo lugar, porque ni del material obrante en el expediente, ni de lo dicho por las partes en el trámite del amparo

constitucional, se advierte que exista una negación diferente a los servicios invocados en esta tutela, por lo que no es posible conceder el amparo a partir de simples suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos de la accionante.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- Por las razones expuestas en esta providencia, REVOCAR la sentencia del 11 de diciembre de 2015 proferida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Valledupar, a través de la cual se negó el amparo solicitado y, en su lugar, CONCEDER parcialmente el amparo de los derechos a la salud y a la vida digna de la señora Catalina.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a Coomeva EPS que, por medio de su representante legal o de quien haga sus veces, en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, evalúe la situación de la señora Catalina integrando una junta médica que tenga conocimiento especializado en cirugías plásticas reconstructivas y estéticas, así como en afecciones cutáneas y trastornos psicológicos, como los que afirma padecer la solicitante, en donde deberá estar el médico tratante de la paciente adscrito a la citada EPS, para que determine si los procedimientos requeridos tienen o no un carácter funcional o estético, argumentado de manera científica y suficiente la conclusión a la cual se llegue.

Una vez se determine la naturaleza de los procedimientos solicitados, en caso de que los mismos tengan un propósito funcional, se deberá proceder a autorizar y practicar las cirugías de dermoabdominoplastia abdominal y mastopexia bilateral en el menor tiempo posible, sin que en ningún caso supere el término de tres (3) meses contado a partir la notificación de esta sentencia.

TERCERO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Secretaria General

[1] Ley 1581 de 2012, art. 5.

[2] Esta es una afirmación de la accionante sobre la cual no existe prueba en el expediente.

[3] Las normas en cita disponen que: “Artículo 86. (...) Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...). La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (...)”. “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”.

[4] Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u

omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)"

[5] Precisamente, el artículo 86 dispone que: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)". Énfasis por fuera del texto original.

[6] Véanse, entre otras, las Sentencias SU-961 de 1999, T-344 de 2000, T-1169 de 2001, T-105 de 2002, T-575 de 2002, T-843 de 2002, T-315 de 2005, T-993 de 2005 y T-1140 de 2005.

[7] Sentencia T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[8] Si bien no se cuenta con la fecha exacta de la negativa, pues esta, afirma la accionante, fue de manera verbal, se tiene que la orden médica es del 28 de octubre de 2015 y la solicitud escrita a la EPS fue radicada el 3 de noviembre del mismo año, por lo que se presume que la negativa fue posterior a esta fecha.

[9] Al respecto, puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[10] En lo pertinente, las normas en cita disponen que: "Artículo 86.- (...) Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". "Artículo 6.- La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

[11] Sobre el tema se puede consultar la Sentencia T-646 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[12] "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones."

[13] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[14] Sentencia T-206 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y Sentencia T-930 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[15] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[16] Al respecto, se pueden consultar las Sentencias T-862 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos y T-316A de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En la primera de las citadas providencias se sostuvo que: “[es] Importante señalar que para la Corte la preferencia del mecanismo con que cuenta la Superintendencia para reclamar está dada, siempre que los hechos no evidencien un riesgo contra la vida, la salud o la integridad de las personas, caso en el cual procedería la tutela, sin embargo, advierte que ‘las dos vías tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teología de ambos procedimientos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos’ (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[17] Sentencias T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[18] En la Sentencia T-460 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se indicó que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, lo cual implica “que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”

[19] Sentencia T-460 de 2012, en la cual se cita la Sentencia T-760 de 2008.

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

[21] En relación con cada uno de ellos, la norma en cita establece que: “a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

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

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

[22] Sentencia T-520 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[23] Sentencia T-520 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[24] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[26] Sentencia T-736 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[27] Sentencia T-1167 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

[28] Sentencia T-322 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[29] Sentencia T-392 de 2011, en la cual a su vez se cita la Sentencia T-576 de 2008.

[30] Sentencia T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Véanse, entre otras, las

Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-883 de 2003.

[31] Sentencia T-883 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[32] Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[33] En Sentencia T-760 de 2008, se dijo que: “No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS”.

[34] El artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 establece que: “La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. // En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

[35] Véase, al respecto, el acápite 4.3.5.

[36] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[37] En pertinente indicar que en la aludida sentencia el término “necesidad” fue declarado inexecutable en múltiples artículos, entre otras razones, porque resultaba indeterminado y, por lo mismo, incidía negativamente en el acceso a la salud. Sin embargo, es claro que el párrafo citado en su totalidad es esclarecedor sobre lo qué entiende esta Corporación por el criterio de “requerir con necesidad”, pues cubre las exclusiones del sistema y no corresponde a una regla que abarque los tratamientos, insumos o medicamentos que se hallen incluidos en él. De manera general, en la sentencia en cita, se dijo que: “Como se puede apreciar, la providencia transcrita incorpora todos los elementos de lo que la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal Constitucional ha denominado, refiriéndose a

las tecnologías o servicios en materia de salud, como “requerido con necesidad”. Si bien es cierto, en esta decisión, al estudiarse la constitucionalidad de preceptos como los contenidos en el literal e) del inciso 2º. del artículo 6º, en el párrafo 1º del inciso 2 del artículo 10, la Corte aclaró que “requerido con necesidad” no podía entenderse en el sentido acuñado por la jurisprudencia, igualmente, resulta cierto que al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como “requerido con necesidad”, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud, pero, también se advierte cuál es su lugar y, en cuales circunstancias opera.// La precisión inmediatamente referida resulta importante, pues, la expresión en comento no tiene el mismo significado a lo largo del texto expedido por el legislador estatutario. En suma, al momento de resolverse la aplicabilidad o inaplicabilidad de alguna de las exclusiones, el intérprete correspondiente, habrá de atender lo considerado por la jurisprudencia en las numerosas decisiones de tutela en las cuales ha tenido oportunidad de proteger el derecho a la salud acorde con las exigencias indicadas en la providencia antes transcrita”.

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

[39] Esta Resolución se expidió considerando, entre otras, que el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011 estableció que “[el] Plan de Beneficios deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios. (...)”. Adicionalmente, la citada Resolución define el Plan de Beneficios en Salud a cargo de la UPC como “el conjunto de servicios y tecnologías descritas en el presente acto administrativo, que se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las EPS o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en las condiciones previstas en esta resolución. Adicionalmente, dicho plan determina las coberturas a las que tiene derecho todo afiliado al SGSSS, financiadas con la misma fuente de conformidad con la normatividad vigente. El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC se articula con las coberturas de otras fuentes de financiación del SGSSS, así como con los programas, planes y acciones de otros sectores, que deben garantizar los demás

aspectos que inciden en la salud y el bienestar.” (artículo 2).

[40] La Resolución No. 5592 de 2015 derogó la Resolución No. 5521 de 2013 con sus anexos, antiguo POS.

[41] Sobre este tema se pronunció recientemente la Corte en las Sentencias T-570 de 2013, T-022 de 2014, T-142 de 2014 y T-381 de 2014.

[42] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[43] Ley 100 de 1993, artículo 2.

[44] Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

[45] “Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

[46] Sentencias T-320 de 2013 y T-433 de 2014. Sobre estos criterios se ha dicho lo siguiente: “En este orden de ideas, en aquellos casos en que se invoca la protección del derecho a la salud, el juez de tutela tiene el deber de revertir o impedir el actuar lesivo, siempre que se evidencie la existencia de una vulneración. No obstante, al momento de proferir una orden, debe ser respetuoso de los criterios médico-científicos que rodean un asunto en particular. En efecto, la administración de justicia no debe desbordar su experticia y suplantar el conocimiento o *lex-artis* de los profesionales de la salud. En este sentido, en reiterada jurisprudencia, la Corte ha señalado que los jueces constitucionales no son competentes para ordenar medicamentos, procedimientos o servicios que no hayan sido prescritos por el médico tratante, excepto en aquellos casos en los cuales los insumos requeridos, sean evidentemente necesarios a la luz del sentido común o del simple análisis de la situación particular. // Este límite del juez constitucional se soporta en cuatro criterios: necesidad, responsabilidad, especialidad y proporcionalidad. // El primero de los mencionados criterios, esto es, el criterio de necesidad, hace referencia a que el concepto del médico tratante justifica el reconocimiento de un servicio, lo que a su vez garantiza el uso y aprovechamiento adecuado de los recursos del Sistema General de Salud, es decir, el juicio del profesional de la salud proporciona seguridad sobre la pertinencia de un

tratamiento. Por su parte, el criterio de responsabilidad radica en el compromiso que asumen los galenos frente a los procedimientos que prescriben a sus pacientes y las consecuencias que ello genera en su salud. Dicho compromiso está dado por el conocimiento que les da la ciencia médica. // El criterio de especialidad advierte que los conceptos médicos no pueden reemplazarse por el discernimiento jurídico, pues se atentaría contra la efectividad de los tratamientos y la recuperación de los pacientes, así como, eventualmente, contra su vida misma. Por último, el denominado criterio de proporcionalidad, recomienda que, si bien el juez deberá en todo momento procurar la mayor protección a los derechos fundamentales, en caso de conflicto, el concepto médico está llamado a prevalecer.” Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.