

Sentencia T-752/12

SITUACION DE DEBILIDAD MANIFIESTA Y SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES-
Desconocimiento del precedente jurisprudencial

DEBIDO PROCESO EN MATERIA DE ACCESO A SERVICIOS DE SALUD QUE SE REQUIEREN CON
NECESIDAD-Violación por desconocimiento del precedente jurisprudencial

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

ACCESO A SERVICIOS MEDICOS NO INCLUIDOS EN EL POS QUE SE REQUIEREN CON
NECESIDAD-Presupuestos

DERECHO AL SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES-Protección

DERECHO A LA VIDA DIGNA DE PERSONAS EN SITUACION DE BEBILIDAD MANIFIESTA-
Suministro de pañales desechables

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Acceso a pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para
determinar si se requiere o no un servicio de salud

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE SALUD-No existe temeridad ante nuevas violaciones o amenaza

OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE-Carga argumentativa que debe asumir el juez de tutela para apartarse del precedente constitucional

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Autoridades judiciales deben resolver casos iguales aplicando reglas iguales

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PRINCIPIO DE AUTONOMIA JUDICIAL-Colisión y ponderación

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Fuerza vinculante

FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Valor de cosa juzgada constitucional y obligatorio cumplimiento para autoridades y particulares

COZA JUZGADA DE FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Efectos

GOCE EFECTIVO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Precedente

DERECHO A LA SALUD-Precedente jurisprudencial en sentencia T-760/08

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

PLAN DE BENEFICIOS EN SERVICIOS DE SALUD-No es taxativo, debe garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud

OBLIGATORIEDAD DEL SISTEMA DE SALUD-Toda persona debe estar cubierta ya sea en el sistema contributivo a subsidiado

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Acceso de personas que no tienen recursos para sufragar los servicios de salud que requieren

ACCESO A SERVICIOS DE SALUD QUE SE REQUIEREN CON NECESIDAD-Discriminación por falta de capacidad económica

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS, SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD E INSTITUTO SECCIONAL Y DEPARTAMENTAL DE SALUD-Proferir nuevos fallos por no aplicar precedente en materia de goce efectivo del derecho a la salud

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS, SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD E INSTITUTO SECCIONAL Y DEPARTAMENTAL DE SALUD-Suministro de servicios de salud como medida provisional

GOCE EFECTIVO DEL DERECHO A LA SALUD-Garantía

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS, SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD E INSTITUTO SECCIONAL Y DEPARTAMENTAL DE SALUD-Valoración médica a cargo de especialistas adscritos a la entidad para suministro de pañales, insumos y enfermera permanente

Referencia: expedientes T-3003608, T-3005172, T-3005404, T-3010261,
T-3054205, T-3068473, T-3073714, T-3078697, T-3087907, T-3088180,
T-3090071, T-3092413, T-3212113, T-3237987, T-3242692, T-3288963,
T-3294962 y T-3300190 (acumulados).

Referencia: Acciones de tutela presentadas por (1) Luz Marina Yáñez de Artunduaga, en representación de su madre, la señora Marina Solano de Yáñez, contra Saludcoop EPS; (2) Clara Inés Villota Cárdenas, en representación de su padre, el señor Julio César Villota Zambrano, contra Comfenalco EPS; (3) Nancy Matilde López Quintero, en representación de su nieto Bryan Andrés López Sierra, contra Solsalud EPS-S y la Secretaría Departamental de Salud de Santander; (4) Luz Marina Arango Mesa, en representación de su padre, el señor Argemiro de Jesús Arango Parra, y de su madre, la señora María Josefina Mesa de Arango, contra Coomeva EPS; (5) Blanca Zabaleta Roldán, en representación de su madre, la señora Ana Joaquina Roldán Roa, contra la Secretaría Departamental de Salud Cundinamarca y Cafam EPS-S; (6) Luis Armando Riascos, en representación de su hijo Diego Armando Riascos Burgos, contra el Instituto Departamental de Salud de Nariño y Salud Cóndor EPS-S; (7) Silvina Mosquera, en representación de su madre, la señora Ana Lía Ramos de Mosquera, contra Coomeva EPS; (8) James Andrey Arenas Téllez, como agente oficioso del señor Oscar Eduardo Bedoya Toro, contra el Instituto Seccional de Salud de Quindío y Cafesalud EPS-S; (9) Lugdy Torcorama Torrado Vergel, en representación de su hermano, el señor Mario de Jesús Torrado Vergel, contra Famisalud Comfanorte EPSS; (10) Ceneida Celis Espinel, en representación de su padre, el señor Anibal Celis Sarmiento, contra Comfenalco EPS-S; (11) Hebert Erney Trujillo Echeverry, en representación de su hijo, Jhoan Steven Trujillo López, contra Coomeva EPS; (12) Elizabeth Villafañe Melo, en representación de su hija, Ingrith Julieth García, contra Saludcoop EPS; (13) María del Carmen Cárdenas Sánchez, en

representación de su padre, el señor Miguel Noé Caballero, contra Famisanar EPS; (14) Karen Yiseth García, en representación de su hija, Nicole Dayana Granobles Gordillo, contra Salud Total EPS; (15) July Andrés Moreno Ramos, en representación de su hijo, Jeider David Lebro Moreno, contra EPS Servicio Occidental de Salud; (16) José Ignacio Barrios Montoya contra la Nueva EPS; (17) Lavis Maribel Alonso Olarte, como agente oficioso de la señora Julia Rodríguez Beltrán, contra la Nueva EPS; y (18) Ingrid Vanessa Garavito Pescador, en representación de su madre, la señora Mery Jenny Pecador Borda.

Magistrada Ponente:

María Victoria Calle Correa

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere el siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos en única o en segunda instancia, por los despachos judiciales que a continuación se mencionan:

1. En única instancia, por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Neiva, el primero (01) de febrero de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Luz Marina Yáñez de Artunduaga, actuando en representación de su madre, la señora Marina Solano de Yáñez, contra Saludcoop EPS;
2. En única instancia, por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Cali, el ocho (08) de febrero de (2011), dentro el proceso de tutela de Clara Inés Villota Cárdenas, actuando en representación de su padre, el señor Julio César Villota Zambrano, contra Comfenalco EPS;
3. En única instancia, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Nancy Matilde López Quintero, actuando en representación de su nieto Bryan Andrés López Sierra, contra Solsalud EPS-S y la Secretaría Departamental de Salud de

Santander;

4. En única instancia, por el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, el nueve (09) de febrero de dos mil (2011), dentro del proceso de tutela de Luz Marina Arango Mesa, actuando en representación de su padre, Argemiro de Jesús Arango Parra y su madre, María Josefina Mesa de Arango, contra Coomeva EPS;

5. En única instancia, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, el veintiocho (28) de marzo de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Blanca Zabaleta Roldán, actuando en representación de su madre, la señora Ana Joaquina Roldán Roa, contra la Secretaría Departamental de Salud de Cundinamarca y Cafam EPS-S;

6. En primera instancia, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto, el diez (10) de marzo de dos mil onces (2011), y en segunda instancia, por la Sala Cuarta del Tribunal Administrativo de Nariño, el siete (07) de abril de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Luis Armando Riascos, actuando en representación de su hijo Diego Armando Riascos Burgos, contra el Instituto Departamental de Salud de Nariño y Salud Cóndor EPS-S;

7. En única instancia, por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cali, el (01) de abril de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Silvina Mosquera, actuando en representación de su madre, la señora Ana Lía Ramos de Mosquera, contra Coomeva EPS;

8. En primera instancia, por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Armenia, el dieciséis (16) de marzo de dos mil once (2011), y en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el cinco (05) de abril de dos mil once (2011), dentro el proceso de tutela de James Andrey Arenas Téllez, actuando como agente oficioso del señor Oscar Eduardo Bedoya Toro, contra el Instituto Seccional de Salud de Quindío y Cafesalud EPS-S;

9. En única instancia, por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cúcuta, el diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Lugdy Torcorama Torrado Vergel, actuando en representación de su hermano, el señor Mario de Jesús Torrado Vergel, contra Famisalud Comfanorte EPS-S;

11. En primera instancia, por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Guadalajara de Buga, el catorce (14) de marzo de (2011), y en segunda instancia, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guadalajara de Buga Valle, el veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Hebert Erney Trujillo Echeverry, en representación de su hijo, Jhoan Steven Trujillo López, contra Coomeva EPS; y

12. En primera instancia, por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Guadalajara de Buga, el veintitrés (23) de marzo de dos mil once (2011), y en segunda instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Guadalajara de Buga, el once (11) de mayo de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Elizabeth Villafañe Melo, actuando en representación de su hija, Ingrith Julieth García, contra Saludcoop EPS.

13. En primera instancia, por el Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá, el ocho (08) de junio de dos mil once (2011), y en segunda instancia por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, el treinta (30) de julio de dos mil once (2011), dentro el proceso de tutela de María del Carmen Cárdenas Sánchez, en representación de su padre, el señor Miguel Noé Caballero, contra Famisanar EPS;

14. En única instancia, por el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, el doce (12) de agosto de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Karen Yisseth García, actuando en representación de su hija, Nicole Dayana Granobles Gordillo, contra Salud Total EPS;

15. En única instancia, por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, el veintinueve (29) de agosto de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de July Andrea Moreno Ramos, actuando en representación de su hijo Jeider David Lebro Moreno, contra la EPS Servicio Occidental de Salud;

16. En única instancia, por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot, el veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de José Ignacio Barrios Montoya contra la Nueva EPS;

17. En única instancia, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, el tres (03) de octubre de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Lavis Maribel Alonso

Olarte, actuando como agente oficioso de la señora Julia Rodríguez Beltrán, contra la Nueva EPS; y,

18. En única instancia, por el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el catorce (14) de octubre de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Ingrid Vanessa Garavito Pescador, actuando en representación de su madre, la señora Mery Jenny Pecador Borda contra Sanitas EPS.1

I. ANTECEDENTES

En los proceso de la referencia, quince accionantes actúan en representación de sus familiares, dos, actúan como agentes oficiosos, y uno en causa propia. Todos presentaron acción de tutela contra diferentes entidades prestadoras de servicios de salud, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la integridad y a la protección de las personas en debilidad manifiesta. A continuación, la presentación de los casos concretos:

1. Luz Marina Yáñez de Artunduaga, actuando en representación de su madre, la señora Marina Solano de Yáñez, contra Saludcoop EPS

1.1. La señora Marina Solano de Yáñez, de 72 años de edad, padece epilepsia, hipertiroidismo, hipertensión, enfermedad de párkinson, insuficiencia renal y anemia; además, se encuentra postrada. En octubre de 2010, se le realizó una gastrostomía. Para la recuperación de la intervención quirúrgica, y por las condiciones de salud en que se encuentra la peticionaria, su hija, la señora Luz Marina Yáñez, actuando en su nombre y representación, solicitó a Saludcoop ESP, mediante derecho de petición del 17 de octubre de 2010, autorizar a su madre los siguientes servicios médico, sobre los cuales, adujo, no puede sufragarlos de forma particular²: (i) asistencia de una enfermera permanente, (ii) nutrasure 200cc, (iii) crema hidratante para escaras eucerin tapa azul, (iv) pañales desechables, (v) bolsas para alimentación, (vi) isodine, (vii) gasa, (viii) solución salina, y (ix) cinta fixomur. Por su parte, la entidad accionada solicitó al juez de tutela declarar la improcedencia de la acción, por cuanto los servicios requeridos, al no estar incluidos en el POS, y de acuerdo con jurisprudencia constitucional en la materia, debieron ser ordenados por un médico tratante

adscrito a la entidad, situación que no se cumplió en el caso concreto.³

1.2. En única instancia, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Neiva, en fallo del 1 de febrero de 2011, declaró la improcedencia de la acción. Adujo el juzgado que no se encontró probado en el expediente que los servicios solicitados fueran ordenados por un médico tratante adscrito a la entidad accionada. Sin embargo, el juzgado también consideró que por ser la tutelante una persona de la tercera edad, gravemente enferma, tiene derecho a ser valorada para determinar si requiere o no los servicios solicitados, y por lo tanto, ordenó a Saludcoop EPS realizarle una valoración médica a cargo de los especialistas en las enfermedades que padece, y de acuerdo con los resultados obtenidos, se suministre a la usuaria todos los servicios necesarios para su recuperación.

2. Clara Inés Villota Cárdenas, actuando en representación de su padre, el señor Julio César Villota Zambrano, contra Comfenalco EPS

2.1. El señor Julio César Villota, de 87 años de edad, sufre de demencia senil y alteración de esfínteres. El 3 de diciembre de 2010, su hija, la señora Clara Inés Villota, solicitó a Comfenalco EPS autorizar a su padre el suministro mensual de 120 pañales desechables, de acuerdo con el concepto emitido por el médico Mauricio Hincapié Román, profesional que trata al usuario. En respuesta del 10 de diciembre del mismo año, el Comité Técnico Científico de Comfenalco EPS, consideró que no era pertinente el suministro de pañales al usuario, por ser éstos, elementos de aseo personal que no hacen parte del tratamiento base que requiere el actor. La señora Clara Inés pide al juez constitucional que se ordene a Comfenalco EPS suministrar a su padre (i) los pañales desechables ordenados por su médico tratante; además, (ii) el servicio medio día de una enfermera domiciliaria, que ayude a la esposa del señor Julio César con las labores de asistencia, que no puede realizar ella sola, pues también se trata de una persona de avanzada edad (78 años), quien sufre de artrosis.

2.2. En respuesta a esta acción de tutela, Comfenalco EPS señaló que el Comité Técnico Científico de la entidad, estudió la solicitud elevada por la señora Clara Inés Villota, y determinó que no era posible autorizar el suministro de pañales, por ser éstos elementos de aseo que no hacen parte del plan de beneficios en Salud. Sobre el servicio de enfermera, la entidad señaló que para el mismo no existe orden del médico tratante.⁴

2.2. En única instancia, el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Cali, en sentencia del 8 de febrero del 2011, negó la protección a los derechos fundamentales del señor Julio César Zambrano. Sostuvo el juzgado (i) que la vida o la integridad del accionante no se encuentra amenazadas por la falta de suministro de los pañales o de la asistencia de una enfermera domiciliaria, para los cuales, además, (ii) no medió orden de un médico tratante, y (iii) que en todo caso, el actor no probó falta de capacidad económica que le impida sufragar los servicios de forma particular.

3. Nancy Matilde López Quintero, actuando en representación de su nieto Bryan Andrés López Sierra, contra Solsalud EPS-S y la Secretaría Departamental de Salud de Santander

3.1. Bryan Andrés López Sierra, de 20 años, sufre de retardo mental grave secundario a hipoxia intrauterina, epilepsia con limitación funcional severa, cuadriparesia espástica, es invidente, no desarrolló lenguaje, y se encuentra en silla de ruedas. Entre otras secuelas de su grave estado de salud, es la falta de control de esfínteres urinarios y fecales; por esta circunstancia particular, su médico tratante, Jorge Armando Castellanos, le formuló pañales permanentes tenna slip, talla M, 4 pañales diarios, 120 al mes. El servicio no ha sido proveído por Solsalud EPS-S. La abuela Bryan Andrés, la señora Nancy Matilde López Quintero, quien actúa en su representación, solicitó al juez de la causa que se ordene a la entidad accionada, autorizar a su nieto los pañales ordenados por el médico tratante, así como (ii) crema antipañalitis y (iii) la asistencia de una enfermera domiciliaria medio día. La peticionaria justificó la solicitud del servicio de enfermería aduciendo que ella es una persona de 57 años de edad, que ha cuidado a su nieto desde el día que nació, pero que en la actualidad sufre de fuertes dolores de espalda que le impiden moverlo y asistirlo adecuadamente, y por lo tanto, requiere de la colaboración parcial de un tercero.

3.2. Por su parte, Solsalud EPS-S sostuvo (i) que Bryan Andrés se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado en Salud, SISBEN Nivel II, y en virtud de esa afiliación, se le han autorizado todos los servicios de salud incluidos en el POS-S, en la clínica Guane de Floridablanca; (ii) que de conformidad con el numeral 14 del artículo 54, y el artículo 68 del Acuerdo 008 de 2009 “por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”, los pañales desechables y la crema antipañalitis no se encuentran incluidos en el POS-S, y por lo tanto, el suministro de tales servicios médicos, deberá ser asumido por la entidad territorial correspondiente, en

este caso, la Secretaría Departamental de Salud de Santander; y finalmente (iii) que la acción de tutela objeto de revisión es temeraria, porque el 29 de noviembre de 2010, la accionante presentó una acción por los mismos hechos, ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga, el cual, mediante fallo del 13 de diciembre de 2010, negó el acceso a los servicios requeridos.⁵

3.3. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bucaramanga, en fallo de única instancia del 31 de enero del 2011, declaró la improcedencia de la acción. Consideró que la acción es temeraria, pues presenta identidad de partes, de hechos y de pretensiones con la acción de tutela resulta por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga, el 13 de diciembre de 2010, en la cual se negó la protección a los derechos fundamentales de Bryan Andrés López.

4. Luz Marina Arango Mesa, actuando en representación de su padres, Argemiro de Jesús Arango Parra y María Josefina Mesa de Arango, contra Coomeva EPS

4.1. La señora Luz Marina Arango actúa como agente oficiosa de su padre, el señor Argemiro de Jesús Arango Parra, de 93 años de edad, quien padece de alzheimer, y de su madre, la señora María Josefina Mesa de Arango, de 91 años de edad, quien sufre de parkinson; ambos, además, padecen falta de control de esfínteres, y no pueden moverse por sí mismos. La accionante es ama de casa y se dedica exclusivamente a cuidado de sus padres; adujo, también, que los ingresos de la familia provienen de la pensión que recibe su padre, equivalente a un salario mínimo, más \$360.000 pesos adicionales que recibe la familia por el arriendo de una vivienda. Sobre los ingresos que devenga la familia, la tutelante manifestó que no son suficientes para cubrir las necesidades de sus padres, y que en muchas ocasiones, ella debe pedir ayuda de otros familiares, amigos y vecinos, para comprar lo necesario para su cuidado. Finalmente, sostuvo que en múltiples oportunidades ha solicitado a Coomeva EPS autorización a sus padres de pañales, pero que la entidad le reitera que no puede ordenarlos por estar excluidos del POS. Por lo tanto, solicitó al juez constitucional que se ordene a la entidad (i) asumir el costo de dicho servicios, (ii) autorizar el servicio complementario cremas para escaras, y (iii) que sus padres sean exonerados de pagos moderadores en el suministro de los servicios requeridos.

4.2. Frente a los hechos de la acción, Coomeva EPS señaló que la señora Luz Marina Arango

no ha presentado solicitud por escrito ante el Comité Técnico Científico de la entidad, sobre el suministro de pañales desechables para sus padres; al respecto, sostuvo que es dicho órgano el encargado de evaluar si tales servicios deben ser acuatizados o no, por ser insumos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, de conformidad con el Acuerdo 008 de 2009. Y concluyó que la acción de tutela objeto de revisión no está llamada a prosperar, porque al no existir petición formal sobre los servicios de salud que requeridos por los padres de la tutelante, no puede afirmar el juez de tutela que la entidad haya vulnerado o amenazado los derechos fundamentales de los representados.

4.3. El 9 de febrero de 2011, en providencia de única instancia, el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, negó la protección a los derechos fundamentales del señor Argemiro de Jesús Arango Parra y de la señora María Josefina Mesa de Arango. Señaló que para que proceda la protección constitucional, es necesario que exista una conducta u omisión por parte de la entidad accionada y teniendo en cuenta lo hechos relatados por Coomeva EPS, es decir, que la parte accionante no elevó solicitud formal sobre los servicios de salud requeridos por sus padres, no se puede afirmar que la entidad haya vulnerado algún derecho fundamental.

5. Blanca Zabaleta Roldán, actuando en representación de su madre, la señora Ana Joaquina Roldán Roa, contra la Secretaría Departamental de Salud Cundinamarca y Cafam EPS-S

5.1. La señora Ana Joaquina Roldán, de 83 años de edad, sufre enfermedad cerebro vascular, que le impide movilizarse por sí misma; además no controla esfínteres. Su hija, la señora Blanca Zabaleta Roldan, quien actúa en su nombre y representación, solicitó a la Secretaría Departamental de Salud de Cundinamarca y Cafam EPS-S, el suministro de pañales desechables, justificando su petición en un formato de justificación para el uso de medicamento no POS, firmado por el médico tratante Hugo Sánchez, adscrito a la ESE Hospital San Rafael de Facatativá. La accionante sostuvo que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar el costo los pañales desechables que requiere su madre, y en consecuencia, solicitó que se ordené a las entidades demandadas, autorizar su suministro.

5.2. Por su parte, la Secretaría Departamental de Salud de Cundinamarca manifestó que es Cafam EPS-S la entidad que tiene a su cargo el suministro de los servicios que requieren los

usuarios afiliados a través de la entidad al régimen subsidiado en salud, como sucede con la señora Ana Joaquina Roldán Ro; también, que en todo caso, el juez constitucional debe tener presente que los pañales desechables se encuentran excluidos del POS-S, según lo dispone el numeral 14 del artículo 54 del Acuerdo 008 de 2009. En similar sentido se pronunció Cafam EPS-S. adujo que de conformidad con la Ley 1438 de 2011 “por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones;” el Acuerdo 008 de 2009 “por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado;” y la Resolución No. 005334 de 2008 “por medio de la cual se adoptan los mecanismos que permitan agilizar los trámites requeridos para la atención en salud de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado - No POS- de los afiliados al Régimen Subsidiado, por parte de las entidades departamentales y distritales, y municipales certificadas en salud,” del Ministerio de Salud y Protección Social, los pañales desechables son insumos de aseo excluidos del Plan Obligatorio de Salud, y por lo tanto, deberán ser asumidos por la Secretaría Departamental de Salud de Cundinamarca, a través de la red de con la cual haya contratado la atención de las personas afiliadas a través del régimen subsidiado al Sistema de Seguridad Social en Salud.

5.3. En única instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, en fallo del 28 de marzo de 2011, negó el amparo invocado por la señora Blanca Zabaleta Roldán en representación de su madre, Ana Joaquina Roldán Roa. Sostuvo el juzgado que la peticionaria no demostró si quiera de forma sumaria la falta de capacidad económica suya, o en forma subsidiaria, la de su familia, para sufragar los pañales que requiere la usuaria; en consecuencia, concluyó que la carga por la falta de prestación de los servicios solicitados, no puede ser trasladada a las entidades accionadas, más aun si se trata de servicios que legalmente no están obligadas a asumir.

6. Luis Armando Riascos, actuando en representación de su hijo, Diego Armando Riascos Burgos, contra el Instituto Departamental de Salud de Nariño y Salud Cóndor EPS-S

6.1. Diego Armando Riascos, de 21 años de edad, tiene un trauma de columna cervical; presenta pérdida funcional de los órganos de la aprensión y de la locomoción de carácter permanente, perturbación funcional de los órganos de digestión y de la excreción urinaria y fecal, de carácter permanente, y sufre perturbación psíquica. Para tratar dichas

enfermedades, su padre, Luis Armando Riascos, quien actúa en su nombre y representación, solicitó al Instituto Departamental de Salud de Nariño y a Salud Cóndor EPS-S, el suministro de (i) sesenta pañales desechables mensuales y (ii) el suplemento alimenticio lactulosa, en sobres. Ambos servicios fueron ordenados, adujo el actor, por un médico de la entidad Asistencia Médica Domiciliaria de Nariño (AMD Ltda.) -el accionante no hizo referencia al nombre del profesional.- De acuerdo con lo relatado por el peticionario en el escrito de tutela, las entidades accionadas negaron el suministro de los servicios señalados por estar excluidos del Plan Obligatorio del Salud. Ahora bien, el señor Luis Armando Riascos presenta la acción de tutela objeto de revisión para que las entidades demandadas autoricen a su hijo el acceso a los servicios descritos, además, los servicios (i) colchón antiescaras y (iv) férulas dinámicas para miembros superiores, servicios que afirmó, fueron ordenados por la entidad médica Rehabilitación Dirigida Médicamente Ltda.

6.2. El Instituto Departamental de Salud de Nariño señaló que debe ser Salud Cóndor EPS-S la entidad encargada de suministrar al usuario los servicios de salud solicitados a través de la acción de tutela que aquí se revisa; precisó, además, que se debe tener en cuenta que las férulas dinámicas, los pañales desechables y el colchón antiescaras son servicios excluidos del POS según lo establecido en el Acuerdo 008 de 2009. A su turno, Salud Cóndor EPS-S manifestó que los servicios requeridos por el usuario, por no estar contemplados en el POS-S, deberán ser suministrados por el Instituto Departamental de Salud de Nariño, de conformidad con el artículo 4 de la Resolución No. 005334 de 2008 del Ministerio de Salud y Protección Social.

6.3. En primera instancia, el Juzgado Tercero Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto, en fallo del 10 de marzo de 2011, amparó los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física y moral, y a la seguridad social de Diego Armando Riascos, y ordenó al Instituto Departamental de Salud Nariño suministrar al actor los servicios médicos requeridos para la recuperación de su salud. El juzgado consideró que de conformidad con la Ley 715 de 2001 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros,” y la Resolución No. 005334 de 2008 del Ministerio de Salud y Protección Social, corresponde a las entidades territoriales suministrar a los usuarios del Sistema de Salud los servicios que requieran y que no estén incluidos en el

POS-S, o que no puedan ser sustituidos por uno que si se encuentre contemplado en el plan de beneficio, como sucedió en el caso objeto de estudio.

6.3.1. En segunda instancia, la Sala Cuarta del Tribunal Administrativo de Nariño, en providencia del 7 de abril de 2011, confirmó de forma íntegra la sentencia de primera instancia.

7. Silvina Mosquera, actuando en representación de su madre, la señora Ana Lía Ramos de Mosquera, contra Coomeva EPS

7.1. La señora Ana Lía Ramos de Mosquera, de 79 años de edad, padece de hidrocefalia; se encuentra postrada en cama y no tiene control sobre sus esfínteres urinarios y fecales. Su hija, la señora Silvia Mosquera, actuando en su nombre y representación, solicitó a la médica Hilda Sarmiento, quien realiza visitas domiciliarias a su madre, suscribir orden médica para pañales desechables talla L. Los pañales no fueron ordenados por estar excluidos del POS; sobre el servicio señalado, la accionante afirmó no tener los recursos económicos suficientes para sufragar su costo de forma particular, porque el sostenimiento económico de su hogar, el cual está conformado por su esposo, un hijo, una nieta y su madre, depende de los ingresos que su esposo y su hijo devengan, desempeñándose como vendedores de minutos de celular. En consecuencia, solicitó que se ordene a Coomeva EPS autorizar el suministro del servicio médico pañales desechables, para su madre.

7.2. Sobre la petición de amparo elevada por la señora Silvina Mosquera actuando en representación de su madre, Coomeva EPS solicitó al juez constitucional declarar su improcedencia, teniendo en cuenta que la accionante no ha tramitado ante el Comité Técnico Científico de la EPS, autorización para el suministro de los pañales que necesita su madre.⁶

7.3. En única instancia, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cali, en fallo del 1 de abril de 2011, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados. El juzgado sostuvo que la falta de suministro de los pañales no pone en riesgo la vida o la salud de la accionante, y por lo tanto, no resulta procedente ordenar su suministro por vía de tutela; además, estimo que en el expediente no hay prueba de la remisión del médico tratante sobre dicho. Y finalizó señalando que la orden del médico tratante es un requisito necesario, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, para que el juez de conocimiento pueda impartir la orden de amparo, cuando, como en el caso concreto, se trata de insumos que no están incluidos en

el Plan Obligatorio de Salud.7

8. James Andrey Arenas Téllez, como agente oficioso del señor Oscar Eduardo Bedoya Toro, contra el Instituto Seccional de Salud de Quindío y Cafesalud EPS-S

8.1. El señor Oscar Eduardo Bedoya, quien tiene 26 años de edad, padece de esclerosis múltiple. Para tratar su enfermedad, su médico tratante, Guido Iván Ujueta le prescribió el medicamento interferon beta 1A, ampollas de 30 microgramos cada 8 días. El señor James Andrey Arenas Téllez, quien actúa como agente oficioso del señor Oscar Eduardo Bedoya, señaló que a pesar de existir remisión del médico tratante, Cafesalud EPS-S no ha autorizado al usuario el medicamento requerido. En consecuencia, solicitó al juez de tutela ordenar a Cafesalud EPS-S el suministro del medicamento, pues arguyó, su agenciado no cuenta con los recursos económicos para sufragarlo. También, solicitó el suministro de pañales desechables, pues adujo, el señor Oscar Eduardo no tiene control sobre sus esfínteres urinarios y fecales.

8.2. (1) Frente a los hechos alegados por la parte accionante, el Instituto Seccional de Salud de Quindío manifestó que los servicios solicitados deberán ser suministrados al usuario por Cafesalud EPS-S, y que esta entidad tendrá la facultad de recobrar ante el FOSYGA por los servicios suministrados y que legalmente no le corresponda asumir. (2) Cafesalud EPS-S sostuvo que el suministro de servicios no incluidos en el POS-S, por disposición legal, deben ser autorizados y suministrado por la entidad territorial correspondiente, en este caso, el Instituto Seccional de Salud de Quindío, a través de la red de servicios con la cual tenga contrata la prestación de asistencia médica a las persona vinculadas al régimen subsidiado en salud.

8.3. En primera instancia, el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Armenia, en sentencia del 16 de marzo de 2011, ordenó al Instituto Seccional de Salud de Quindío el suministro del medicamento ordenando por el médico tratante, los pañales y el tratamiento integral de la enfermedad que padece el actor; señaló el juzgado que de conformidad con lo conceptuado emitido por el médico Guido Iván Ujueta, el usuario padece de una enfermedad que le provoca deterioro progresivo y lesiones neurológicas que lo pueden llevar a la muerte en caso de no recibir el tratamiento solicitado.

Además, que tratándose de pañales si bien éste es un servicio excluido del POS-S, ante la incapacidad económica del actor y su familia para sufragarlos, que además se presume en el caso concreto por la afiliación del peticionario al régimen subsidiado, y en virtud del principio de solidaridad, tales servicios ser asumidos por la EPS-S accionada.

8.3.1. En segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, mediante providencia del cinco 5 de abril del mismo año, confirmó la providencia de primera instancia, salvo en lo relativo a los pañales desechables; sobre este servicio, adujo que no puede ser ordenando porque no existe autorización del médico tratante.

9. Lugdy Torcorama Torrado Vergel, actuando en representación de su hermano, el señor Mario de Jesús Torrado Vergel, contra Famisalud Comfanorte EPS-S

9.2. A su turno, Comfanorte EPS-S sostuvo que el usuario, o quien actúa en su representación, no ha presentado a la entidad escrito solicitando los servicios de pañales desechables y cremas para escaras. No obstante, también señaló que dichos servicios se encuentran excluidos del POS-S, de conformidad con el Acuerdo 008 de 2009, y por lo tanto, es el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, la entidad que tiene el deber legal de autorizarlos y suministrarlos.¹⁰

9.3. En única instancia, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cúcuta, en sentencia del 17 de marzo de 2011, negó la protección de los derechos fundamentales del señor Mario de Jesús Torrado Vergel. Sostuvo el juzgado que tal como afirmó en su contestación Comfanorte EPS-S, el usuario o la señora Lugdy Torcorama, quien actúa en su representación, no han elevado petición a la entidad accionada, solicitando de manera formal los pañales desechables y la crema para escaras: por lo tanto, concluyó, no se puede afirmar que la accionada incurrió en una acción u omisión que haya vulnerado o amenazado los sus derechos constitucionales.

10. Ceneida Celis Espinel, actuando en representación de su padre, el señor Anibal Celis Sarmiento, contra Comfenalco EPS-S

10.1. El señor Aníbal Celis Sarmiento, de 71 años de edad, sufre hemiparesia derecha, dificultad respiratoria; no controla esfínteres urinarios y fecales, y está postrado en cama. Su hija, la señora Ceneida Celis Espinel, solicitó al juez de tutela que se ordene a Comfenalco

EPS-S el suministro a su padre de pañales desechables, adujo que ella no está en capacidad de sufragarlos de forma particular. Por su parte, la entidad accionada solicitó que se desestimen las pretensiones de la peticionaria, porque no existe en el expediente orden del médico tratante autorizando el suministro del servicio requerido.

10.2. El 17 de marzo de 2011, en fallo de única instancia, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bucaramanga declaró la improcedencia de la acción, por no existir en el expediente prueba de orden médica que ordenara los pañales desechables.

11. Hebert Erney Trujillo Echeverry, actuando en representación de su hijo, Jhoan Steven Trujillo López, contra Coomeva EPS

11.1. Jhoan Steven Trujillo, de 19 años de edad, padece parálisis cerebral, deformidad anatómica; sufre episodios de convulsiones crónicas y no controla sus esfínteres urinarios y fecales. Su padre, el señor Hebert Erney Trujillo, indicó que para el manejo de las enfermedades que sufre su hijo, requiere algunos medicamentos y servicios asistenciales que él no está en capacidad económica de sufragar: (i) depakene jarabe 250 Mg, (ii) bacofleno, (iii) silla de ruedas para adulto con descansabrazos giratorios removibles, ruedas traseras de 24P y delanteras de 8P, (iv) pañales desechables, y (v) férulas funcionales en polipropileno para manos. En ese orden de ideas, solicitó al juez de tutela que le ordene a la entidad accionada, Coomeva EPS, autorizar en el menor tiempo posible, los insumos médicos que requiere su hijo para tratar las múltiples enfermedades que lo aquejan. Por su parte, Coomeva EPS pidió que se desestimaran las pretensiones elevadas por el señor Hebert Erney Trujillo por cuanto los servicios a lo que hace referencia en su escrito de tutela, no se encuentran incluidos en el POS.

11.2. En primera instancia, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Buga, en providencia del 14 de marzo de 2011, concedió el amparo solicitado frente a los medicamentos depakene Jarabe 250 Mg, bacofleno, y los servicio silla de ruedas para adulto con descansabrazos giratorios removibles, ruedas traseras de 24P y delanteras de 8P y férulas funcionales para sus manos. Sin embargo, no se pronunció respecto de los pañales desechables, al considerar que no se había surtido ante la entidad el trámite para su autorización. En segunda instancia, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de

Conocimiento de Buga, en sentencia del 27 de abril del mismo año, confirmó el fallo impugnado.

12. Elizabeth Villafañe Melo, actuando en representación de su hija, Ingrith Julieth García, contra Saludcoop EPS

12.1. Ingrith Julieta García Villafañe, de 23 años de edad, padece hipoxia perinatal severa y disfunción psicomotora severa. Para realizar actividades como alimentarse o moverse, depende de su madre, la señora Elizabeth Villafañe, quien actuando en su representación, le solicitó a Saludcoop EPS, mediante derecho de petición, la entrega de pañales desechables, debido a que la joven no controla esfínteres. Esta solicitud fue negada por la entidad, tras aducir que se trata de un servicio no incluido en el POS. Por lo tanto, la accionante solicitó al juez de tutela que ordene a Saludcoop EPS autorizar a su hija los pañales desechables solicitados; pero también, el suministro de otros servicios asistenciales para el cuidado de su salud, que además, ella no está en capacidad de sufragar de forma particular, porque no cuenta con los recursos económicos para ello: (i) asignación de cita con especialista en neurología en el Hospital San José de Buga, (ii) ambulancia para su traslado a las citas, (iii) exoneración de cuotas moderadoras o copagos, (iv) cremas para escaras, y (v) silla de ruedas.

12.2. Por su parte, Saludcoop EPS solicitó que se declare la improcedencia de la acción, porque los servicios requeridos por la señora Ingrith Julieta García Villafañe para su hija, se encuentran excluidos del POS.

12.3. En primera instancia, en sentencia de veintitrés 23 de marzo de 2011, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Buga, amparó el derecho fundamental a la salud de Ingrith Julieta García Villafañe. Manifestó que si bien los servicios requeridos no fueron ordenados por el médico tratante, de éstos depende que la joven pueda llevar una vida en condiciones dignas y ordenó a la entidad accionada el suministro inmediato de los servicios. No obstante, en segunda instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buga, en fallo del 11 de mayo del mismo año, revocó la decisión de primera instancia tras señalar que en el expediente no existe orden del médico tratante ordenando los servicios pedidos a través de la acción de tutela.

13. María del Carmen Cárdenas Sánchez, actuando en representación de su padre, el señor

Miguel Noé Caballero, contra Famisanar EPS

13.1. El señor Miguel Noé Caballero, quien tiene 78 años de edad, padece de incontinencia urinaria y fecal;¹¹ su médico tratante le ordenó el uso de pañales desechables (6 pañales diarios).¹² El 17 y 14 de abril de 2011, su hija, la señora María del Carmen Cárdenas Sánchez, mediante derechos de petición, solicitó a Famisanar EPS autorizar el suministro del servicio médico referido. Posteriormente, la entidad le informó que no era posible la entrega de pañales desechables porque éstos son servicios no incluidos en el POS. La accionante presentó acción de tutela con el fin de que se ordené a la entidad accionada autorizar el suministro de los servicios requeridos por su padre, porque adujo, sus ingresos como trabajadora independiente no son suficientes para asumir el costo de los mismos de forma particular.¹³

13.2. Frente a la petición de suministro de pañales, Famisanar EPS señaló que se tratan de artículos de aseo personal, excluidos expresamente del POS por el Acuerdo 008 de 2009. De igual forma, que la solicitud sobre el servicio pedido a través de la acción de tutela, fue conocida por el Comité Técnico Científico de la entidad, el 14 de abril de 2011; el Comité negó el servicio tras esgrimir que los recursos económicos para las prestaciones asistenciales no son infinitos y por lo tanto, este tipo de suministro no debe ser prescrito por los médicos tratantes ya que no son para el manejo clínico específico de una patología.¹⁴

13.3. En primera instancia, el Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá, en fallo del 8 de junio de 2011, tuteló los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud del señor Miguel Noé Caballero. Consideró que el uso de pañales es indispensable para el adecuado mantenimiento de las condiciones de salud del actor, específicamente, para que sobrelleve su enfermedad en condiciones dignas. En segunda instancia, en sentencia del 30 de julio de 2011, el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, revocó el fallo de primera instancia; sostuvo el juzgado de conocimiento que se presume que la hija del usuario, la señora María del Carmen Cárdenas Sánchez, tiene los recursos económicos necesarios para asumir el costo de los pañales desechables que solicita, le sean suministrados a su padre por parte de Famisanar EPS, por cuanto ella se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud.¹⁵

14. Karen Yiseth García, actuando en representación de su hija, Nicole Dayana Granobles

Gordillo, contra Salud Total EPS

14.1. La menor Nicole Dayana Granobles, de 6 años de edad, sufre, desde su nacimiento de encefalopatía hipoxico, parálisis cerebral, y trastornos de la deglución. La madre de la niña, la señora Karen Yiseth Gordillo manifestó en su escrito de tutela que a su hija se le realizaban terapias de recuperación en el Instituto Roosevelt, pero luego, sin que existiera alguna explicación por parte de Salud Total EPS se empezaron a practicar las terapias en una sede de la misma entidad. Por lo tanto, solicitó al juez de tutela que se ordene a la entidad accionada reiniciar las terapias de la menor en el Instituto Roosevelt en el menor tiempo posible. De forma subsidiaria a esta pretensión, la accionante solicitó otros servicios, que adujo, requiere para el cuidado de la niña: (i) pañales desechables; y (iii) la asignación de citas prioritarias cuando quiera que la menor necesite ser valorada por un especialista; y en relación a ese servicio, el transporte en el medio adecuado, para desplazarse hasta la entidad de salud correspondiente.

14.2 Frente a la acción de presentada en su contra, Salud Total EPS solicitó declarar la improcedencia de la misma. Señaló que no existe prueba alguna dentro del expediente, de la negación de los servicios requeridos por la señora Karen Yiseth García para su hija, o demora en la autorización, y que, por el contrario, la entidad accionada ha brindado a Nicole Dayana la atención médica requerida, teniendo en cuenta sus delicadas condiciones de salud. La EPS accionada también manifestó que en el proceso no reposa orden médica determinando la pertinencia de los servicios, atenciones e insumos que la accionante solicitó para la menor.¹⁶

14.3. En sentencia de única instancia del 12 de agosto de 2011, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, se negó el amparo a los derechos fundamentales de la niña Nicole Dayana Granobles. El juzgado sostuvo que Salud Total EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales de la menor, porque no hay orden médica para los servicios solicitados, y la orden médica es requisito esencial para que proceda por vía de tutela ordenar a una EPS el suministro de servicios que no se encuentran incluidos en el POS, como lo son los pañales. En concreto, sobre cada solicitud elevada por la señora Karen Yiseth, el juzgado manifestó: (i) frente a la designación de una enfermera y el suministro de pañales desechables, que no se encuentra la orden médica respectiva, como se mencionó; (ii) el servicio de transporte no puede concederse ya que según las afirmaciones de las entidades

convocadas, la menor no requiere terapia alguna, ni cuidados especiales y en tal sentido, la concurrencia a los establecimientos médicos sería esporádica; y (iii) frente a la solicitud de asignación de citas prioritarias, no se observa negativa por parte de la EPS a concedérselas.

15. July Andrés Moreno Ramos, actuando en representación de su hijo, Jeider David Lebro Moreno, contra EPS Servicio Occidental de Salud

15.1. El niño Jeider David Lebro Moreno, quien tiene 9 años de edad, fue diagnosticado desde los 9 meses de nacido, con retardo en el desarrollo sicomotor, por lo que a partir de ese momento, se le han ordenando terapias de neurodesarrollo.¹⁷ Su madre, lo señora July Andrea Moreno, manifestó que el costo de las terapias que requiere su hijo, así como las citas con los especialistas en la ciudad de Cali y el transporte intermunicipal, asciende a setenta mil pesos (\$70.000) mensuales. Sobre lo anterior, señaló que debido a las dificultades económicas para procurar el cuidado integral del niño,¹⁸ y financiar además, los pañales desechables que también requiere, el día 26 de enero de 2011 presentó un derecho de petición ante la EPS Servicio Occidental de Salud, solicitando la cobertura integral de los insumos médicos señalados; en respuesta del 9 de febrero de 2011, la solicitud fue negada.¹⁹ Por lo tanto, acude la accionante a la vía de tutela, para que se ordene a la entidad garantizar a su hijo el acceso a todos los servicios que necesita para el tratamiento adecuado de su enfermedad.

15.2. Por su parte, la entidad accionada solicito al juez constitucional declarar la improcedencia de la acción. Concretamente, frente a las solicitudes de la accionante, la EPS manifestó: (i) que los viáticos y gastos de transporte para pacientes ambulatorios no están contemplados en el POS, según el Acuerdo 008 de 2009; y (ii) que no existe orden médica autorizando el suministro de los pañales desechables, la cual es necesaria para tramitar el servicio ante el Comité Técnico Científico, por tratarse de un insumo médico no incluido en el POS.²⁰

15.3. En única instancia, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, en fallo del 29 de agosto de 2011, negó por improcedente las peticione referentes al transporte, suministro de pañales, y el tratamiento integral en salud; también, declaró que la acción objeto de revisión es temeraria, porque en 2010, la accionante ya había acudido a vía de tutela solicitando las

mismas pretensiones aquí invocadas, y el Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, decidió negar la protección. Ahora bien, el juzgado encontró que en la acción de tutela actual existe una pretensión que no estaba presente en la acción anterior, y que corresponde a que se brinde al niño Jeider David terapias de neurodesarrollo; al respecto, sostuvo que, en efecto, Servicio Occidental de Salud, al negar la autorización para la práctica de las terapias, vulneró los derechos fundamentales del niño. En consecuencia, ordenó su autorización.

16. José Ignacio Barrios Montoya contra la Nueva EPS

16.1. El señor José Ignacio Barrios Montoya, de 91 años de edad, padece de una afección no especificada en la próstata. El 11 de abril del 2011, su médico tratante, Milton Solarte, le ordenó al peticionario el suministro de 60 pañales desechables mensuales. La entidad accionada negó autorizar el servicio, tras manifestar que de conformidad con el Acuerdo 008 de 2009 de la CRES, los pañales desechables para adultos están excluidos del Plan Obligatorio de Salud. El actor solicitó al juez de tutela que ordene a la Nueva EPS suministrarle los pañales desechables que requiere, y que adujo, no puede sufragar de forma particular.

16.2. La Nueva EPS no contestó la acción de tutela.

16.3. En fallo de única instancia proferido el 24 de agosto de 2011, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot, declaró la improcedencia de la acción. Sostuvo que el accionante no firmó su acción de tutela, ni aparece en ella su huella dactilar, por lo cual, estimó que, no puede considerarse que la tutela fue legítimamente interpuesta.

17. Lavis Maribel Alonso Olarte, actuando como agente oficioso de la señora Julia Rodríguez Beltrán, contra la Nueva EPS

17.1. La señora Julia Rodríguez Beltrán, de 96 años de edad, sufre de artrofia cortical, evento isquémico subagudo frontal izquierdo, y de ateromatosis. También, ha tenido anemia, esofagitis, hemorragia gastrointestinal y presenta secuelas de enfermedad cerebrovascular no especificada; a la usuaria la acude de forma permanente su hija, la señora Regina Pontón, quien tiene 78 años de edad. La señora Lavis Maribel Alonso, actuando como agente oficioso de la causa, solicitó al juez constitucional ordenar a la Nueva EPS (i) autorizar una enfermera domiciliaria para que ayude a la accionante con sus necesidades diarias, ya que su hija, que

también es de la tercera edad, no puede hacerlo sola, y (ii) suministrarle pañales desechables, una silla de ruedas, y crema hidratante. Adujo la accionante que su agenciada y la hija que la asiste, sobreviven con los ingresos provenientes de una mesada pensional que le fue reconocida a la señora Julia Rodríguez Beltrán cuando murió su esposo; pero también, que no es suficiente lo que devengan, para sufragar de forma particular los servicios solicitados a través de la acción de tutela.²¹ Frente a la petición de la señora Lavis Maribel Alonso, la Nueva EPS manifestó en su respuesta que si bien la accionante es una persona de la tercera edad, es deber de la familia, de forma subsidiaria, hacerse cargo de los elementos de aseo que requiere, como los pañales desechables, pues éstos se encuentran excluidos del POS. Los demás servicios, enfermera domiciliaria, la silla de ruedas y la crema hidratante, fueron negados, por no haber remisión del médico tratante

17.2. En única instancia, en fallo del 3 de octubre de 2011, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, negó las pretensiones de la acción. Sostuvo que para ninguno de los servicios solicitados existe orden del médico tratante, y que por ser servicios no incluidos en el POS, debía mediar una orden, para que con base en ella, el Comité Técnico Científico evalúe la pertinencia de autorizarlos.

18. Ingrid Vanessa Garavito Pescador, actuando en representación de su madre, la señora Mery Jenny Pecador Borda, contra Sanitas EPS

18.1. La señora Mery Jenny Pescador, de 54 años de edad, padece de tumor cerebral y gliosarcoma con predominio de componente sarcomatoso grado IV; se encuentra en estado de coma desde marzo de 2011.²² Por su estado actual, no controla esfínteres. Su hija, la señora Ingrid Vanessa Garavito, solicitó al juez constitucional ordenar a Sanitas EPS el suministro mensual de los pañales desechables que requiera su madre mientras se encuentra en coma; así como crema antipañalitis y de pañitos húmedos. Adujo la accionante que no tiene la capacidad económica para sufragar los servicios señalado, en tanto devenga un salario de ochocientos mil pesos mensuales (\$800.000),²³ destinados al pago de una persona que se encarga del cuidado de su madre, y a la manutención y demás gastos de su hogar. Por otro lado, Sanitas EPS solicitó desestimar las pretensiones de la accionante, tras señalar que los servicios solicitados mediante esta acción de tutela no fueron prescritos por un médico tratante.²⁴

18.2. En única instancia, el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá, en fallo del 14 de octubre de 2011, declaró la improcedencia de la acción por inexistencia de orden médica que dispusiera el suministro de los servicios solicitados.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos materia de revisión, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación de los asuntos a tratar

2.1. La Sala encuentra que en los procesos de la referencia, los jueces de instancia desconocieron el precedente establecido por esta Corporación en materia de acceso a servicios de salud que se requieren con necesidad. En particular, desconocieron dos situaciones de protección al derecho a la salud. La primera de ellas, que las personas accionantes o agenciadas de las acciones de tutelas objeto de revisión, son sujetos de especial protección constitucional; en todos los casos se trata de personas con graves limitaciones físicas, mentales o sensoriales, a causa de las enfermedades irreversibles que padecen, y que además, requieren la ayuda permanente de un tercero para moverse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas. Aunado a lo anterior, en la mayoría de casos, estas personas son niños o niñas, o son de la tercera edad, condición adicional para ser especialmente protegidos.

2.2. La segunda cuestión se centra en el hecho de que todos los procesos acumulados tienen en común que a los peticionarios se les negó el acceso al servicio médico pañales desechables, por ser éste, un insumo de salud que de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011 “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud,” se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, para ambos regímenes, contributivo y subsidiado. En algunos casos, valga la aclaración, se solicitaron servicios de salud adicionales. Pero el común denominador para la

acumulación de los procesos, fue, precisamente, la negativa de las entidades accionadas a autorizar y suministrar el servicio pañales desechables.

2.2.1. Concretamente, a juicio de esta Sala de Revisión, la falta de los jueces constitucionales al momento de estudiar de fondo los casos objeto de revisión, fue la de desconocer el precedente jurisprudencial sobre:

(i) la especial protección a que tienen derecho, en virtud de la Constitución, las personas que ese encuentran en situación de debilidad manifiesta, sea por su condición física, mental o sensorial, especialmente, cuando esas personas son niños o niñas, o ancianos; este derecho, a una protección en salud especial y reforzada, ha sido innumerable veces reiterado por diferentes Salas de Revisión de la Corte, y todo su desarrollo, recogido en la sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); y,

(ii) la línea constitucional de protección al acceso al servicio médico pañales desechables, cuando lo requiere una persona que por una condición grave de salud, sea ésta causa de la disminución de sus capacidades físicas, mentales o sensoriales, no controla sus esfínteres urinarios y fecales. Ha reiterado esta Corporación que los pañales desechables no se suministran, o se ordenan en sede de tutela, con la finalidad única de proteger el derecho a la salud de los solicitantes, sino, también, su derecho a la vida digna; bajo la anterior premisa, es claro para esta Corporación que en el caso de acceso al servicio de salud pañales desechables, no se aplica la regla general de acceso a los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo con la cual, debe mediar la orden del médico tratante para ordenar suministro. Con lo cual entonces, se concluye, el juez de tutela tiene la carga de analizar ciertas condiciones en el caso concreto, como estado de vulnerabilidad, edad y las afecciones de salud que padece el usuario, y ordenar directamente el servicio mencionado.

2.3. La acumulación de los casos objeto de estudio tuvo desde siempre la finalidad de hacer una radiografía de cómo actúan los jueces constitucionales frente al precedente fijado por esta Corporación en un tema tan reiterado y que se encuentra desarrollado de forma pacífica por todas las Sala que integran y han integrado la Corporación. No entiende la Sala por qué razón los fallos que aquí se estudian desconocen de forma flagrante la jurisprudencia de cierre en materia de protección en salud a las personas más vulnerables de la sociedad,

siendo, como se dijo, un tema que no tiene mucho espacio para discusión en tanto no existen posiciones contrarias. Más aun, no entiende esta Sala, por qué los jueces que fallaron las sentencias que se revisan, los cuales se encuentran vinculados al precedente que fije esta Corporación en materia de derechos o garantías constitucionales, no explican en sus pronunciamiento las razones que los llevan a apartarse de él, o lo tratan de hacer, interpretando de forma errónea la regulación vigente en la materia, que por lo demás, debe decirse, ya ha sido interpretada por esta Corporación a la luz de las finalidad propias del Sistema de Salud, establecidas por voluntad del legislador en normas como la Ley 100 der 1993.

2.4. La Sala estima que no tiene ningún efecto práctico que esta Corporación unifique jurisprudencia, sí los operadores judiciales de menor jerarquía no la observan. Y considera que sí la Corte reduce sus competencia a rehacer sentencias mal falladas, la fuerza vinculante del precedente seguirá siendo desconocida. Entonces, como una forma de reivindicación con la función de unificación, y teniendo en cuenta la claridad y sencillez con la cual la Corte ha abordado el tema de goce efectivo del derecho fundamental a la salud de los sujetos de especial protección constitucional, la Sala no se va a pronunciar de fondo sobre las providencia objeto de revisión: serán los mismos jueces de las diferentes causas aquí reunidas, quienes de conformidad con las reglas que se reiterarán a continuación, determinaran si sus pronunciamientos se ajustan o no la línea de protección constitucional que los vincula, y si no es así, volverán a fallar; de lo contrario, argumentaran por qué, si deciden hacerlo, se van a apartar del precedente.

2.5. En consecuencia, el trabajo de la Sala se dividirá en los siguientes apartes: (i) reiteración de la regla de acceso a los servicios de salud no incluidos en el POS que se requieren con necesidad, y el caso especial del servicio de pañales desechable: los presupuestos fácticos bajo los cuales el juez de tutela puede ordenar directamente el servicio médico pañales desechables, con fundamento en la protección efectiva del derecho a la vida digna; (ii) el derecho de todos los usuarios del Sistema de Salud de acceder a los exámenes diagnósticos necesarios para determinar si requiere o no un servicio de salud. Esta regla se reiterará teniendo presente que los accionantes solicitaron otros servicios que no corresponden a pañales desechables, y que en muchos de los casos, no existe orden del médico tratante para su autorización; (iii) la ausencia de temeridad en acciones de tutela que protegen el derecho fundamental a la salud, cuando la vulneración del derecho se mantiene en el tiempo

y las condiciones de salud varían –se gravan-, o un servicio de salud que ha sido suspendido, se requiere nuevamente; (iv) la carga argumentativa que debe asumir el juez de tutela para apartarse del precedente constitucional; (v) las ordenes a impartir; y (vi) conclusión sobre las reglas aplicables en los casos concretos.

3. Servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud que se requieren con necesidad. El caso de los pañales desechables: situaciones concretas bajo las cuales una entidad de salud debe garantizar el suministro de pañales desechables a los usuarios, para garantizarles el goce efectivo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. El artículo 48 del Acuerdo 029 de 2011 “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud” de la Comisión de Regulación en Salud (CRES), dispone que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, los pañales para adultos, y para niños y niñas. Por lo tanto, en principio, las entidades de salud no están obligadas a suministrar pañales a los usuarios del Sistema de Salud, por ser un servicio de salud expresamente excluido por el regulador. Sin embargo, esta Corporación ha ordenado en sede de revisión el suministro de pañales desechables en casos en que la falta de suministro de los mismos, vulnera o amenaza el goce efectivo del derecho a la salud.

3.2. En jurisprudencia pacífica la Corte ha reiterado que tratándose de servicios no contemplados en el POS o POS-S, pero que los usuarios requieren con necesidad, las entidades de salud tienen el deber constitucional de garantizar su suministro. Esta obligación constitucional fue recogida en la sentencia T-760 de 2008,²⁵ en la cual la Corporación señaló que una entidad de salud viola el derecho a la salud si se niega a suministrar un servicio que no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando el mismo se requiera con necesidad.²⁶ Esta regla recoge, a su vez, cuatro presupuestos que se deben cumplir en el caso concreto para que se proteja el derecho de una persona a acceder a un servicio médico no incluido en el plan de beneficios; esos presupuestos son, a saber: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada

legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Y se debe entender, entonces, que un servicio “se requiere” cuando se cumplen las condiciones (i), (ii) y (iv) de la regla enunciada, y “con necesidad” cuando se cumple la condición (iii).

3.3. Esta regla ha sido reiterada en providencias posteriores a la sentencia T-760 de 2008, por las diferentes las Salas de Revisión de la Corporación; en el caso concreto de acceso al servicio pañales desechables, la Corte ha señalado que si bien se trata de un servicios excluido del Plan Obligatorio de Salud, y que la falta de suministro de los mimos no pone en riesgo la vida o la salud de los usuarios del Sistema de Salud, hay especialísimas circunstancias en las cuales la vida en condiciones digna depende del suministro de tal servicio.

3.4. A continuación, la Sala presentará los fallos de tutela proferidos por esta Corte, en los cuales se ha ordenado a diferentes entidades de salud, tanto del régimen contributivo como del subsidiado, suministrar pañales desechables a sus usuarios. El cuadro en que se organiza la información, tiene por finalidad mostrar cronológicamente que la protección del derecho fundamental a la salud bajo los presupuestos considerados, obedece a que (i) las personas que requerían el servicio sufrían de enfermedades congénitas, accidentales o como consecuencia de su avanzada edad (deterioro) (i) que les afectaron el control sobre sus esfínteres, (ii) los hicieron dependientes del apoyo permanente de un tercero, para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas, y (iii) finalmente, que en los casos considerados, los usuarios no tenían la capacidad económica, ni su familia en forma subsidiaria, para sufragar el costo de los pañales desechables de forma particular:

T-565 de 1999

Alfredo Beltrán

Sierra

Mujer. 76 años. Demencia senil avanzada. No controla esfínteres. Régimen contributivo

Recibía una pensión de \$150.000 para la fachea de expedición de la sentencia, destinada al pago de vivienda, alimentación y vestido. Personas a cargo: su esposo, también adulto mayor.

T-099 de 1999 Alfredo Beltrán Sierra

Mujer. Isquemia Cerebral. No controla esfínteres. Caja Previsión Social de La Superintendencia Bancaria

T-899 de 2002 Alfredo Beltrán Sierra

Hombre. 74 años. Incontinencia urinaria como consecuencia de una Cirugía de próstata. Instituto de Seguros Sociales

No hizo ninguna manifestación sobre su situación económica

T-1219 de 2003

Rodrigo Escobar Gil

Hombre. 85 años. Derrame cerebral, parcialmente inmóvil. Incontinencia urinaria total. Régimen especial del Magisterio

Pensionado. Personas a cargo: su esposa, también adulto mayor. Asignación pensional destinada al pago de servicios públicos, alimentación, arriendo, medicamentos y transporte.

T-829 de 2006

Manuel José Cepeda Espinosa

Hombre. 39 años. Accidente cerebro vascular embolico con parálisis izquierda. No controla esfínteres. Régimen subsidiado

Madre del agenciado se encuentra desempleada. Se sostienen con ayuda de familiares y amigos.

T-155 de 2006 Alfredo Beltrán Sierra

Niña. 12 años. Mielitis transversa. No controla esfínteres. Dirección General de Sanidad Militar

Padre de la menor es suboficial de las Fuerzas Militares. No tiene capacidad económica para sufragar el valor de los pañales, porque su salario no le alcanza sino para satisfacer las necesidades mínima de su familia. Su sueldo está destinado a vivienda, alimentación y educación de su grupo familiar.

T-733 de 2007

Manuel José Cepeda Espinosa

Hombre. 68 años. Accidente cerebrovascular, parcialmente inmóvil. Infección urinaria. Régimen contributivo

Afirmó no contar con los recursos para costear el valor de los pañales.

T-965 de 2007

Clara Inés Vargas Hernández

Hombre. 39 años. Meningoencefalitis tuberculosa. No controla esfínteres. Régimen contributivo

Afirmó no contar con los recursos para costear el valor de los pañales.

T-591 de 2008

Jaime Córdoba Triviño

Hombre. Ataxia Friederich y postración. Régimen contributivo

Padre del agenciado trabaja como obrero de construcción. Personas a cargo: dos hijos. Indica que no cuenta con los recursos suficientes para sufragar los costos de los pañales, pues su salario lo destina al pago de impuestos, servicios públicos, alimentación, vestuario y transporte.

T-632 de 2008 Mauricio González Cuervo

Hombre. 85 años. Parkinson. No puede caminar. Deterioro funcional general. Régimen contributivo

T-202 de 2008

Nilson Pinilla Pinilla

Mujer. 85 años. Alzheimer. No controla esfínteres. Régimen contributivo

Demandante afirmó no contar con los recursos para comprar los pañales.

T-212 de 2008

Jaime Araujo Rentería

Niña. Sturge Weber (le generó retardo sicomotor, crisis convulsivas y parálisis derecha). Régimen contributivo

Núcleo familiar está constituido por cuatro personas. Accionante es ama de casa por lo que los ingresos del hogar están a cargo de su esposo, quien trabaja como operario, devengando un salario de \$600.000.

T-975 de 2008 Humberto Antonio Sierra Porto

Niña. 13 años. Incontinencia a raíz de un problema congénito de cadera. Régimen subsidiado.

Respecto de su situación económica la demandante no hizo ninguna manifestación.

T-788 de 2008

Jaime Córdoba Triviño

Hombre. Hemiplejia espástica izquierda como consecuencia de un trauma cráneo encefálico severo. Régimen subsidiado.

Demandante se encuentra en el nivel uno del Sisben. Indicó que carece de los recursos económicos para sufragar el costo de los pañales.

T-143 de 2009 Mauricio González Cuervo

Mujer. Incontinencia fuerte como consecuencia de accidente cerebro vascular. Régimen contributivo

Los gastos de la accionante se derivan de la pensión del esposo que asciende a \$1.093.00. Mensuales. El núcleo familiar se conforma de la pareja de esposos.

T-292 de 2009

Clara Elena Reales Gutiérrez

Mujer. Accidente cerebro vascular. Incontinencia urinaria. Régimen contributivo

Afirmó insuficiencia económica para sufragar con los gastos médicos.

T-246 de 2010

Hombre. 76 años. Alzheimer y paraplejía. Régimen contributivo

Pensionado. 1 SMLV. Otros ingresos: ayuda eventual de sus hijos. Convive con uno de sus ellos.

T-664 de 2010

Luís Ernesto Vargas Silva

Hombre. 23 años. Trauma raquimedular, postración. Vejiga neuropática. Régimen contributivo

Argumentó ser una persona de escasos recursos económicos.

T-574 de 2010

Juan Carlos Henao Pérez

Hombre. Paraplejía, postración. No controla esfínteres. Régimen subsidiado.

Argumento ser una persona de escasos recursos económicos.

T-437 de 2010

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Hombre. 84 años de edad. Parálisis general como consecuencia de un accidente cerebro vascular. No controla esfínteres. Régimen contributivo

Pensionado, su mesada mensual es de \$346.640

T-827 de 2010

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

1. Mujer. 80 años. Enfermedad renal crónica, infección del tracto urinario, neuropatía crónica, Alzheimer, y trastorno psiquiátrico. No controla esfínteres. 2. Hombre. 69 años. Incontinencia urinaria permanente y severa como consecuencia de una prostatitis aguda y cancerígena. Ambos de régimen contributivo

1. Se encuentra internada en un hogar geriátrico cuyo costo mensual es de \$750.000 que se derivan del canon de arrendamiento de un apartamento de su propiedad. 2. Pensionada, su mesada es \$1.575.356.

T-749 de 2010

Nilson Pinilla Pinilla

Mujer. 74 años. Enfermedad cerebral multinfarto y crisis hipertensiva. No controla esfínteres. Régimen contributivo

Afirmó no tener ingresos económicos. Convive con la hija.

T-160 de 2011 Humberto Antonio Sierra Porto

Hombre. 60 años. Parkinson. No controla esfínteres. Régimen contributivo

No tiene recursos económicos suficientes para sufragar costos médicos. Convive con la cónyuge.

T-212 de 2011

Juan Carlos Henao Pérez

1. Niño. 3 años Microcefalia severa, licencefalia y deformidades congénitas de cadera. No controla esfínteres. 2. Mujer. 36 años. Esclerosis múltiple, no camina, ni controla esfínteres. 3. Niño de 2 años. Hidrocilingomelia de la T8 a la T12, ausencia del hueso sacro y trastorno de toda la línea media que le origina discapacidad física y mental. Régimen contributivo/subsidiado

1. Depende económicamente de su padre, el salario mensual de él es \$3.331.819. 2. Vive con sus padres. No tiene recursos. 3. Convive con una tía y 3 hijos de ella. Depende económicamente de su padre.

T- 233 de 2011

Juan Carlos Henao Pérez

1. Hombre. 37 años Inválido. 2. Hombre de la tercera edad. Isquemia cerebral que le ocasionó parálisis del hemisferio derecho. 3. Hombre. Raumaneuromielitis. No controla esfínteres. 4. Niño. 8 años. Parálisis cerebral. 5. Niña. 12 años. Parálisis cerebral severa. No puede movilizarse. Régimen contributivo/ subsidiado

1. Alegó no tener recursos. 2. Convive con su madre. 3. Ingresos derivados de labores de agricultura. 4. Recibe un subsidio cada tres meses, para la tercera edad por parte del Estado, de \$ 80.000. Convive con su cónyuge. 5. Alegó no contar con recursos económicos.

T-320 de 2011

Señor de la tercera edad con enfermedad pulmonar obstructiva crónica, evento cerebrovascular” que ha tenido que ser intervenido quirúrgicamente en dos oportunidades, “traqueostomía” y “gastrostomía”. De manera intempestiva la EPS dejó de suministrar los pañales que requiere. Régimen contributivo

El accionante alega no tener recursos económicos.

3.5. Los casos citados, muestran que el derecho de los usuarios del Sistema de Salud de acceder al servicio pañales desechables, se encuentra especialmente protegido. La jurisprudencia de esta Corte ha considerado que el suministro de este servicio no sólo protege el derecho fundamental a la salud de los usuarios, pero también, es un servicio necesario para garantizar la vida en condiciones dignas. Los pañales desechables son servicios que no pueden ser sustituidos por otro servicio médico, incluido en el plan de beneficios. Además, no son cualquier tipo de servicio. Se trata de insumos necesarios por personas que padecen especialísimas condiciones de salud, y que debido a su falta de locomoción y al hecho de depender totalmente de un tercero, no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares; y siendo este aspecto uno de los más

íntimos y fundamentales del ser humano, esta Corporación protege el derecho de esos usuarios a acceder al servicio pañales desechables, con la finalidad de que para ellos e reduzcan la incomodidad e intranquilidad que les genera no poder controlar cuándo y dónde realizar sus necesidades, incluso, si se considera que del suministro del servicio no depende la vida o la salud del usuario, pues se reitera, esta línea constitucional protege el derecho a la vida en condiciones dignas.

3.5.1. En consecuencia, la Sala concluye que una entidad de salud somete a un trato indigno a un usuario que no controla sus esfínteres urinarios y fecales, cuando le niega el acceso al servicio médico pañales desechables.

3.6. No habiendo otro punto a abordar frente al suministro de pañales desechables de las personas que como los peticionarios se encuentran en especiales condiciones de salud, que afectan el control sobre sus esfínteres urinarios y fecales, la Sala pasa a reiterar la regla de acuerdo con la cual los usuarios del Sistema de Salud también tienen derecho a que les sean practicados todos los exámenes diagnósticos necesarios para que se determine la pertinencia médica de que la entidad de salud responsable les autoricen un servicio solicitado, sobre el cual no existe orden del médico tratante.

4. Derecho al diagnóstico: todo usuario del Sistema de Salud tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. La Corte Constitucional ha reiterado en múltiples pronunciamientos que toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud.

4.1.1. Al respecto, en el apartado [4.4.2.] de la sentencia T-760 de 2008, la Sala Segunda de Revisión sostuvo:

“(…) en ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve

requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud.”

4.2. La posición recogida en la sentencia T-760 de 2008, de acuerdo con la cual todos los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que las entidades de salud responsables les garanticen el acceso a los exámenes diagnósticos necesarios para determinar, por ejemplo, las causas de una enfermedad, o para saber cuáles son los servicios son necesarios para mejorar una condición de salud determinada ha sido reiterada en sentencias posteriores.

Así por ejemplo, en la sentencia T-359 de 2010,²⁷ la Sala Novena de Revisión sostuvo que toda persona tiene derecho a que le sean practicados, de forma expedita y completa, los exámenes diagnósticos necesarios para conocer su estado de Salud, y precisó:

“(…) el derecho al examen diagnóstico está orientado a garantizar los siguientes objetivos: (i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente. (ii) Determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”. (iii) Poder iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida, según la enfermedad sufrida.”²⁸

4.2.1. Igualmente, en la sentencia T-047 de 2010,²⁹ la Sala Cuarta de Revisión señaló que el derecho al diagnóstico incluye tres aspectos importantes:

“(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.”

4.3. En ese orden de ideas, cuando una entidad encargada de garantizar el acceso a servicios de salud tenga noticia de que un usuario afiliado a su red de servicios, requiere un servicio médico, exista o no exista dictamen del médico tratante que soporte el requerimiento del

servicio, como la entidad conoce los antecedentes de las enfermedades y padecimientos del paciente, debe estar al tanto de los servicios de salud que se necesitan para tratarlos, o son necesarios para garantizar su vida en condiciones dignas. En consecuencia, las entidades de salud deben asegurar, como mínimo, que el usuario acceda al examen diagnóstico necesario para determinar la pertinencia de ordenar o no un servicios médico, examen que no sólo debe considerar la historia clínica del paciente, pero también, la capacidad económica del usuario, de forma tal que se pueda determinar si estaría en condiciones de asumir el costo del tratamiento, medicamento o intervención quirúrgica a que haya lugar.

4.4. Ahora, pasa la Sala de Revisión a reiterar la última regla pertinente, tal como se señaló en la presentación de esta sentencia, que deberán observar los jueces de las causas aquí recogidas, para readecuar sus fallos al precedente constitucional.

5. Temeridad: una acción de tutela no es temeraria, en principio, cuando la presenta una persona, ante nuevas violaciones o amenaza de su derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. En la sentencia T-139 de 2011³⁰ la Sala Primera de Revisión reiteró la regla según la cual una acción de tutela no es temeraria, en principio, cuando la presenta una persona, ante nuevas violaciones o amenazas de su derecho a la salud.³¹ En anteriores oportunidades, ya la Corte se había pronunciado sobre la temeridad en casos de Salud.

5.1.2. En la sentencia T-390 de 2007,³² la Sala Segunda de Revisión estudió el caso de una menor que requería una intervención quirúrgica: cuando la menor tenía 3 años, su madre solicitó a su EPS la autorización del procedimiento, éste fue negado, se presentó acción de tutela, y no se ampararon los derecho fundamentales de la niña. Cuando la niña tenía 6 años, la madre presentó una nueva acción, la que era objeto de revisión por esta Corte, y que fue negada por los jueces de instancia por temeridad. Por el contrario, la Sala consideró que el cambio de edad modifica las circunstancias de salud de las personas, y éstas deben ser tenidas en cuenta como hechos nuevos para determinar si una acción con identidad de partes y de pretensiones, es temeraria. En concreto, la Sala señaló:

“Si bien en el presente caso, de acuerdo con las pruebas aportadas, se constató que la accionante había presentado anteriormente una acción de tutela para solicitar la misma cirugía a la misma EPS, existe por lo menos un hecho nuevo relevante que justifica la

presentación de una nueva tutela. Se trata de la edad de la menor, que al momento de interponer por primera vez la acción de tutela solicitando la cirugía era de tres años y actualmente tiene seis, lo cual significa que ésta se encuentra en otra etapa de su desarrollo en la cual enfrenta nuevas circunstancias que pueden incrementar la relevancia de terminar el tratamiento inconcluso que empezó hace varios años (ingreso al colegio, relaciones con otros niños en espacios sociales, entre otros). Además, el crecimiento de la niña indica la proyección que las secuelas de la quemadura tendrán en su desarrollo físico y psíquico (...)"

5.2. Por otra parte, esta Corporación también ha considerado que el tipo de enfermedad que sufre una persona, puede ser concluyente para determinar si frente a la presunta existencia de temeridad, existen hechos que la desvirtúen.

5.2.1. Tratándose de enfermedades catastróficas, degenerativas o terminales, la Corte ha presumido que las condiciones de salud varían con el tiempo, y esta razón se constituye en un hecho nuevo que puede ser alegado en más de una acción de tutela. En la sentencia T-919 de 200333 la Sala Sexta de Revisión estudió el caso de un hombre que sufría de VIH/SIDA a quien se le negó amparo constitucional por la presunta existencia de temeridad. La Corte consideró que por tratarse de una enfermedad progresiva, la acción de tutela estaba encaminada a garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en tanto las condiciones de salud del actor se podían ver gravemente afectadas si no recibía la atención en salud requerida; sobre el particular sostuvo:

"(...) las circunstancias inherentes a la enfermedad terminal del actor evidencian la existencia de una causa razonable para hacer uso del amparo, cual es la de obtener la realización de los exámenes y entrega de los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad dada la afectación progresiva y cuya negación implica un grave detrimento en su salud, todo lo cual debate cualquier utilización abusiva de su derecho a la acción de amparo."³⁴

5.3. Un último caso en el cual se ha considerado que no existe temeridad por la presentación de más de una acción tutela, sucede cuando el médico tratante del peticionario o peticionaria reitera la orden para acceder a un servicio de salud, y ante la falta de suministro por parte de la EPS, se intenta por esta vía acceder al él. Este fue el caso de la sentencia T-1185 de

2005.35 Se trató de una persona que solicitó dos veces, por vía de tutela, un medicamento ordenado por su médico tratante, pero que la entidad le negó, en una primera oportunidad, por estar agotado, y la segunda vez, por no estar incluido en el POS, cuando si estaba. En la primera acción el juez de tutela ordenó a la entidad suministrar el medicamentos por el tiempo que considerará pertinente el médico tratante, y si bien la EPS cumplió la orden, dos años después ese mismo medicamento se volvió a ordenar. Por tanto, la Sala Novena de Revisión manifestó:

“(…) el motivo principal para interponer, dos años después, otra acción de tutela contra el Seguro Social, obedece a que el médico consideró nuevamente pertinente prescribir el suministro del medicamento Prednisolona, pues en el fallo emitido en el 2003, se dejó constancia que aquél se ordenaba sólo por el tiempo que el médico indicará.”

Y concluyó que en el caso concreto, no existía temeridad.

5.4. Vistas las anteriores consideraciones, la Sala quiere llamar la atención sobre lo siguiente: cuando un juez constitucional tiene noticia de que un usuario del Sistema de Salud presenta una acción de tutela con identidad de partes y de pretensiones de una acción anterior, tiene el deber constitucional de verificar si la situación de salud del peticionario ha variado, entre el momento en que se presentó la primera acción y la presentación de la nueva tutela, teniendo en cuenta las circunstancias ya expuestas, como el cambio de edad, el deterioro del estado de salud, y la formulación reiterada de un servicio médico. El juez de tutela sólo puede decretar la temeridad de una acción cuando ha constatado que no hay circunstancias nuevas relevantes entre las acciones en cuestión, pues de lo contrario, en el escenario en declare la temeridad de una tutela, no habiendo lugar a ello, estaría vulnerado el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia del usuario, al dejar al interesado sin un pronunciamiento de fondo sobre su derecho fundamental a la salud.

6. Obligatoriedad del precedente. Carga argumentativa que debe asumir el juez de tutela para apartarse del precedente constitucional.

6.1. En aplicación del principio de igualdad, esta Corporación ha señalado en repetidas oportunidades que las autoridades judiciales deben resolver casos iguales, aplicando reglas iguales. Entonces, si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, debe mediar una justificación objetiva y razonable. En la sentencia T-123 de 199536 la Corte

consideró que se viola el principio de igualdad cuando el juez constitucional resuelve un caso sometido a su consideración de manera distinta a (i) como él mismo lo decidió en una situación anterior semejante, o (ii) si se aparta de la jurisprudencia vigente sentada por los órganos jurisdiccionales de superior rango.

6.1.1 Explica esa sentencia que en el ejercicio judicial, existe la colisión de dos principios: el principio de igualdad, y el principio de autonomía judicial. No puede en ningún caso la autonomía judicial desconocer que a casos con identidad de situaciones fácticas, se debe dar igual tratamiento, presupuesto que se deriva de la lectura del artículo 13 de la Constitución. En tanto esta carga desarrolla un principio constitucional, cuando quiera que un juez, en ejercicio de su autonomía, decida apartarse del precedente, deberá justificar las razones que lo llevaron a desconocer la línea jurisprudencial establecida para una determinada situación. El cambio de criterio, como ya se dijo, debe ser razonable y suficiente, es decir, que no responda a la voluntad o al capricho del juez, sino al ejercicio de sus competencias jurídicas.

6.2. Ahora bien, en la sentencia C-836 de 200137 la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896.³⁸ Los cargos analizados por la Sala Plena fueron dos: (i) la potestad de los jueces inferiores para desviarse de la doctrina probable, impide darle uniformidad de la jurisprudencia y hace imposible lograr los objetivos constitucionales de eficacia de los derechos fundamentales y prevalencia del derecho sustancial, y (ii) otorgarle a la Corte Suprema de Justicia facultad para cambiar su propia jurisprudencia implica un alto grado de inseguridad jurídica, que impide garantizar el ejercicio de los derechos subjetivos.

6.2.1. Para resolver los cargos planteados, la Corporación se pronunció sobre la autonomía e independencia judicial. Señaló que el juez constitucional tiene la facultad de interpretar el ordenamiento, como parte de las prerrogativas otorgadas a las autoridades judiciales en la parte orgánica de la Constitución,³⁹ que están sometidas a un principio de razón suficiente, es decir, están legitimadas en tanto son necesaria para realizar los fines del Estado. Ahora bien, uno de esos fines es la igualdad; este derecho comprende dos garantías, según se explicó en la citada providencia: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de trato

por las autoridades. Señaló en esa oportunidad la Sala Plena de la Corporación que el texto de la ley no es susceptible de aplicarse mecánicamente a todos los casos y ello justifica la necesidad de que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su sentido constitucional más amplio.

6.2.2. Concluyó que la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia se funda en el principio de igualdad: el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico, y en ese sentido, el principio de igualdad se materializa con igualdad de trato frente a casos iguales -seguridad jurídica.-⁴⁰ Entonces, la igualdad de trato es, además de una garantía, un límite a la interpretación judicial. Se preguntó en este punto la Sala cómo resulta armónica la autonomía judicial con la igualdad frente a la ley y a la igualdad de trato, y la respuesta que dio fue que el juez debe hacer un análisis de los elementos fácticos y jurídicos de cada caso concreto, de forma tal que encuentre el bien jurídico que debe ser protegido, y mediante el uso de ponderación de los principios constitucionales involucrados en la respuesta al caso, decida cuál de ellos prevalece para proteger el bien jurídico considerado.

6.3. La situación de desigualdad que se produce cuando un juez no aplica las mismas reglas en casos con presupuestos similares se ilustra en el sentencia T-698 de 2004.⁴¹ En esa providencia, la Corte estudió los alegatos de una mujer que consideró que su derecho a la igualdad fue vulnerado porque un juez laboral colegiado no falló su caso como lo había fallado en una situación anterior, frente al tratamiento de una entidad territorial que le pagó su asignación salarial como empleada pública y no como trabajadora oficial, durante los 8 años que duró su contrato de trabajo. A propósito de la situación fáctica contendía en la citada sentencia, la Corte explicó que es constitucionalmente válido que los jueces se aparten del precedente de decisiones anteriores proferidas por él, o por jueces de su misma jerarquía (precedente horizontal), o de la línea fijada por el juez superior (precedente vertical), el juez tiene la carga de:

“i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad. En este sentido, no debe entenderse que el deber del juez es simplemente el de

ofrecer argumentos contrarios al precedente, sino que es su deber probar con argumentos por qué en un caso concreto el precedente puede ser aplicable y en otros no. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso del precedente, -cualquiera que este sea-, de manera intencional, por desconocimiento o por despreocupación, permite que la discrecionalidad del juez en su área pueda llegar a introducir criterios de diferenciación no avalados por la Constitución.”

6.3.1. Concluyó la Corte que sólo el cumplimiento de esta carga argumentativa permite al juez superar la barrera que el derecho a la igualdad impone a los operadores jurídicos, en la aplicación e interpretación del derecho para casos similares. Y siguiendo la línea planteada en esa sentencia, declaró que el trato desigual a la accionante, frente a un caso previo que compartía las mismas situaciones fácticas, había vulnerado su derecho fundamental a la igualdad. Las razones en las que se basó la Corte fueron, al menos, las siguientes:(i) el fundamento legal en ambos casos fue el artículo 292 del decreto ley 1333 de 1986, y fue interpretado por el juez de la causa de forma distinta, a pesar de que su interpretación estaba fijada previamente por la Corte Suprema de Justicia; (ii) las personas ambos casos se dedicaban a labores de aseo en edificios públicos en el Municipio de Itaguí; (iii) la entidad accionada era la misma, y (iv) el juzgado no justificó por qué se apartaba de su mismo precedente y de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia.

6.4. También hay que considerar las razones normativas que explican la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La primera es el artículo 21 del decreto 2067 de 1993 “por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional;” la norma dispone que los fallos de esta Corporación tienen valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. La primera parte del artículo “valor de cosa juzgada constitucional” es una reinterpretación de la previsión general contenida del artículo 243 de la Constitución según la cual: “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.”

6.4.1. El efecto cosa juzgada de los fallos de la Corte es un efecto reconocido por la Constitución en el artículo 243. De manera que al preguntarse la Corte, en la sentencia C-131 de 1993,⁴² sobre qué autoridad pública determina cuál es el alcance de los fallos de esta Corporación, la respuesta fue: la misma Corte. En el citado fallo la Sala Plena de la

Corporación estudió la constitucionalidad del artículo 21 del Decreto 2067 de 1993, norma expedida por el Presidente de la República, en uso de las facultades conferidas por el artículo 23 transitorio de la Constitución; el aparte demandado y posteriormente declarado inexecutable, señalaba: “los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.” Los demandantes consideraron que el Presidente excedió la competencia para establecer el régimen de actuaciones frente a la Corte Constitucional, porque al disponer que sus sentencias tendrían efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria, excluyó la favorabilidad en materia laboral.

6.4.2. La Sala Plena sostuvo que la norma demandada era inconstitucional, debido a que el Presidente de la República no podía referirse al efecto de los fallos de esta Corporación, porque el artículo 243 de la Constitución contiene el efecto general de las sentencias por ella proferidas, y no era factible que un decreto, con menor jerarquía normativa, limitara una competencia adjudicada por la norma superior. El argumento principal esgrimido por la Sala fue:

“sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.”

6.5. El valor de la cosa juzgada constitucional, si bien, para el caso concreto es obvio, también implica que los jueces de menor jerarquía constitucional, han de dar cuenta de la línea que la Corte ha sentado sobre un tema constitucional concreto. En el caso del derecho a la salud, el valor del precedente fijado por esta Corporación, recogido en detalle en la sentencia T-760 de 2008,⁴³ cobra un valor especial, porque en ella la Corte hizo un análisis de los problemas del Sistema de Salud, situándose con atención en el hecho de que las entidades responsables del Sistema no estaban cumpliendo los deberes constitucionales y legales en materia de goce efectivo del derecho fundamental a la salud de la población colombiana. La Corte estimó en esa oportunidad que para dejar atrás la falencia del servicio de salud, es necesario que se busquen soluciones, no a casos concretos, sino a las problemáticas generales que afectan el funcionamiento del sistema, y que fueron identificadas en los diferentes apartados en que se divide la sentencia.

6.5.1. Uno de los inconvenientes que encontró la Corte fue el hecho de que no hay una política estatal que tenga la finalidad de reducir el número de tutelas presentadas contra las diferentes entidades responsables de sistema, por ejemplo, el caso más frecuente, por la negativa a reconocer un servicio no incluido o excluido del POS, que se requiere con necesidad. En el apartado [9] de la sentencia, la Corte sostuvo que un indicador del cumplimiento de las órdenes impartidas en esa providencia, era necesariamente la reducción del número de tutelas presentadas por problemas con el goce efectivo del derecho a la salud.

6.5.2. Que la Corte señalara en la sentencia T-760 de 2008 que la reducción del número de tutelas presentadas es un indicador de cumplimiento de las garantías del derecho fundamental a la salud, es una situación que no solo compromete a las autoridades que integran el Sistema Público de Salud. También compromete a los jueces constitucionales. Esta Sala ha constatado que los jueces de la república, en muchos casos, hacen más gravosa la situación de vulnerabilidad de los usuarios del Sistema de Salud, y cuando se toman decisiones con desconocimiento de los principios y garantías constitucionales, así como la jurisprudencia constitucional, el padecimiento de salud de las personas que acuden a la administración de justicia se alarga.

6.5.3. La Sala encuentra que los jueces que resuelven tutelas de salud, aplican criterios de decisión que son erróneos y hasta inconstitucionales. Pasa la Sala a mostrar tres ejemplos, muy recurrentes:

(ii) La regla según la cual toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, estén o no incluidos en el plan de beneficios no se cumple. Y una muestra clara de ello son los 18 casos que estudia la Sala en esta oportunidad: los pañales fueron negados por estar contemplados en el POS. Esta Corporación ha reiterado que el plan de beneficios es una enunciación de los servicios a que tienen derecho todos los usuarios, pero no es taxativa. Requerir o no un servicio no depende de que esté contemplado en ese Plan, depende de que con él se garantice el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. Aplicar lo contrario es desconocer que la Ley 100 de 1993 señala en su artículo 153 que el Sistema de salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida. Lo cual implica que nadie puede quedar sin protección en salud, situación que se refuerza con la obligatoriedad prevista en ese mismo artículo, según la cual todas las

personas deben estar cubiertas por el Sistema de Salud, ya sea de forma contributiva o subsidiada, pero en todo caso, protegidas en las contingencias de salud. Entonces, cuando un usuario requiere un servicio indispensable para recuperar su salud, pero no le es autorizado por su EPS por no estar incluido en el POS, y luego, lo que es más grave, encuentra que la barrera no va a ser removida por el juez de tutela, lo que sucede es que las garantías del Sistema no se están cumpliendo, por lo cual se podrá concluir el juez de la causa, con una sola actuación, desconoce la norma superior, la ley, la reglamentación y el precedente constitucional fijada por este órgano de cierre.

No admite más esta Sala que sin existir una justificación legal, que deberá ser argumentada en cada caso concreto, los jueces constitucionales y las entidades de salud les sigan diciendo a los usuarios del Sistema de Salud que un servicio de salud que requieren con necesidad no puede ser autorizado por no estar contemplado en el POS.

(iii) El artículo 153 de Ley 100 de 1993, en consonancia con el artículo 187 de esa misma norma, desarrolla la previsión expresa de que las personas que no tienen recursos para sufragar los servicios de salud que requieren, podrán acceder a ellos, en virtud del principio de solidaridad. Ahora bien, en la sentencia T-760 de 2008, la Corporación definió diferentes formas en que el juez de tutela puede determinar si un usuario tiene o no capacidad económica.⁴⁴ Una de las formas más usuales en que una persona aduce que no tiene los recursos para acceder a unos servicios es expresar en su escrito de tutela una negación indefinida. Expresiones como “no tengo dinero,” “no puedo sufragar el costo del servicio,” “no me alcanzan los ingresos.” Las negaciones indefinidas, en virtud del artículo 21 del Decreto 2591 de 1991 son prueba suficiente de la falta de capacidad, cuando la parte accionada no se pronuncia en contrario, y lo prueba. Esta es una garantía que caracteriza la informalidad de la acción tutela, no se exigen como en otras jurisdicciones pruebas concretas para demostrar la presunta vulneración de un derecho. Pero esta garantía, que es también una herramienta de decisión sobre la capacidad económica, no es implementada por los jueces constitucionales. Siguen exigiendo a los usuarios de la acción de tutela que prueben más allá de lo que las circunstancias de salud se lo permiten, que efectivamente no tiene los recursos para cubrir el valor de un servicio.

Los jueces suben el nivel de exigencia probatoria en el proceso de tutela, tras un mal uso que le dan a la figura de la negación indefinida, y por desconocer que en tutela, lo que no

desvirtuada la parte accionada, se toma por cierto. Esta situación lleva a que no en pocas ocasiones los usuarios se queden sin acceso a los servicios de salud que requieren con necesidad. Esta es una barrera más de acceso al Sistema de Salud, que responde a la aplicación de un criterio inconstitucional de decisión: la discriminación por razón de la capacidad económica.

6.6. Los jueces constitucionales no se han comprometido con la garantía del goce efectivo del derecho a la salud, y muy a pesar de lo que esperaríamos esta Sala que sucediera, los usuarios del Sistema de Salud no encuentran apoyo en la administración de justicia. No se está haciendo bien la tarea. Y considera esta Sala que es hora de que se tomen algunas medidas más fuertes, no sólo para garantizar a las personas el acceso a los servicios de salud que requieren, sino también, para que los jueces reevalúen el trabajo que están haciendo al fallar tutelas de salud.

6.6.1. Es así como en esta ocasión la Sala no va a resolver los casos concretos, ni va a decidir sobre sí las sentencias objeto de revisión se ajustan o no a la Constitución. Los jueces van a volver a fallar, teniendo en cuenta los lineamientos establecidos en esta providencia, y después de que hagan un estudio juicioso de las normas Constitucionales sobre las garantías que envuelve el derecho a la salud, las normas legales sobre el funcionamiento del Sistema de Salud, y del precedente de esta Corporación frente al goce efectivo del derecho fundamental a la salud, y todas sus facetas. Y la decisión adoptada, será nuevamente revisada por esta Sala.

7. Ordenes a impartir

7.1. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, especialmente sobre la carga argumentativa que debe asumir el juez de tutela cuando se aparta del precedente constitucional, la orden principal que dará esta Sala en el trámite de revisión de los expedientes, será dejar sin efectos las sentencias de tutela objeto de revisión; las razones, (i) porque los jueces de la causa no aplicaron el precedente fijado por el órgano de cierre en materia de goce efectivo del derecho a la salud, y (ii) esos mismos jueces, apartándose del precedente, no justificaron de forma razonable y suficiente su decisión. Y como orden consecuente, esta Sala resuelve que los jueces tienen que volver a proferir fallo en los casos de la referencia.

7.2. Ahora bien, por ser los peticionarios personas de especial protección constitucional, y con la finalidad de garantizar el goce efectivo de su derecho a la salud, mientras se surte el trámite correspondiente, la Sala ordenará, como medida provisional, a las entidades accionadas, suministrarles los servicios de salud que fueron requeridos mediante las acciones aquí estudiadas, siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos.

7.3. Se advierte que sólo en los casos de los expedientes T-3003608, de Luz Marina Yáñez de Artunduaga, en representación de su madre, la señora Marina Solano de Yáñez, contra Saludcoop EPS; T-3068473, de Luis Armando Riascos, actuando en representación de su hijo Diego Armando Riascos Burgos, contra el Instituto Departamental de Salud de Nariño y Salud Cóndor EPS-S; y T-3090071, de Hebert Erney Trujillo Echeverry, en representación de su hijo, Jhoan Steven Trujillo López, contra Coomeva EPS, se confirmaran las decisiones que ampararon los derechos fundamentales de los peticionarios. Sin embargo, la Sala dará ordenes adicionales para reforzar esa protección.

8. Conclusión

Para garantizar el goce efectivo del derecho a salud, la Sala reitera:

i. Una entidad de salud viola el derecho a la salud si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando el servicio se requiera con necesidad.

i. Los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo.

i. Toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud.

i. Una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio, con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite.

i. Una acción de tutela no es temeraria, en principio, cuando la presenta una persona, ante nuevas violaciones o amenaza de su derecho a la salud.

III. DECISION.

En merito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Levantar los términos. CONFIRMAR la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Neiva, el primero (01) de febrero de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Luz Marina Yáñez de Artunduaga, actuando en representación de su madre, la señora Marina Solano de Yáñez, contra Saludcoop EPS, que protegió el derecho al diagnóstico de la peticionara. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

1.1. ORDENAR a Saludcoop EPS, si aún no lo ha hecho, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, practique una valoración médica a la señora Marina Solano de Yáñez, la cual deberá estar a cargo de dos especialistas en el manejo de la patología que padece, adscritos a la entidad y con base en su historia clínica. Y si en la valoración se determina que, dadas sus condiciones de salud, es pertinente autorizar los servicios solicitados a través de esta acción (pañales desechables, enfermera permanente, dieta alimenticia con nutrasure 200cc, crema hidratante para escaras Eucerin tapa azul, bolsas para alimentación, isodine, gasa, solución salina, y cinta adhesiva fixomur) la entidad accionada deberá hacerlo, siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los servicios a suministrar, y sin endilgarle a la usuaria o a su familia, el trámite administrativo que la entidad debe surtir ante el Comité Técnico Científico para su respectiva autorización.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Cali, el ocho (08) de febrero de (2011), dentro el proceso de tutela de Clara Inés Villota Cárdenas, actuando en representación de su padre, el señor Julio César Villota Zambrano, contra Comfenalco EPS, que negó la protección de los derecho fundamentales de la peticionaria. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

2.1. ORDENAR al Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Cali que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo, en única instancia, dentro del proceso de tutela de Clara Inés Villota Cárdenas, actuando en representación de su padre, el señor Julio César Villota Zambrano, contra Comfenalco EPS, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

2.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Comfenalco EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre al señor Julio César Villota Zambrano los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables y el servicio de una enfermera), siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Nancy Matilde López Quintero, actuando en representación de su nieto Bryan Andrés López Sierra, contra Solsalud EPS-S y la Secretaría Departamental de Salud de Santander; que declaró la improcedencia de la acción. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

3.1. ORDENAR al Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo, en única instancia, dentro del proceso de tutela de Nancy Matilde López Quintero, actuando en representación de su nieto Bryan Andrés López Sierra, contra Solsalud EPS-S y la Secretaría Departamental de Salud de Santander, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia

3.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Solsalud EPS-S que en el término de cuarenta y ocho

(48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a Bryan Andrés López Sierra los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables, crema antipañalitis, y el servicio de una enfermera), siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Cuarto.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, el nueve (09) de febrero de dos mil (2011), dentro del proceso de tutela de Luz Marina Arango Mesa, actuando en representación de su padre, Argemiro de Jesús Arango Parra y su madre, María Josefina Mesa de Arango, contra Coomeva EPS, que negó la protección invocada. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

4.1. ORDENAR al Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo, en única instancia, dentro del proceso de tutela de Luz Marina Arango Mesa, actuando en representación de su padre, Argemiro de Jesús Arango Parra y su madre, María Josefina Mesa de Arango, contra Coomeva EPS, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

4.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Coomeva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre al señor Argemiro de Jesús Arango Parra y a la señora María Josefina Mesa de Arango los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables y crema para escaras), siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Además, la entidad deberá exonerar al peticionario y a la peticionaria de pagos moderadores. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Quinto.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, el veintiocho (28) de marzo de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Blanca Zabaleta Roldán, actuando en representación de su madre, la señora Ana Joaquina Roldán Roa, contra la Secretaría Departamental de Salud de

Cundinamarca y Cafam EPS-S, que negó la protección invocada. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

5.1. ORDENAR al Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo, dentro del proceso de tutela de Blanca Zabaleta Roldán, actuando en representación de su madre, la señora Ana Joaquina Roldán Roa, contra la Secretaría Departamental de Salud de Cundinamarca y Cafam EPS-S, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

5.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Cafam EPS-S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a la señora Ana Joaquina Roldán Roa el servicio solicitado mediante la presente acción (pañales desechables), siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad del mismo. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Sexto.- CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Cuarta del Tribunal Administrativo de Nariño, el siete (07) de abril de dos mil once (2011), que a su vez confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto, el diez (10) de marzo de dos mil onces (2011), dentro del proceso de tutela de Luis Armando Riascos, actuando en representación de su hijo Diego Armando Riascos Burgos, contra el Instituto Departamental de Salud de Nariño y Salud Cóndor EPS-S, en las que se apamparon los derecho fundamentales de Diego Armando Riascos Burgos. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

6.1. ADVERTIR que los servicios de salud que requiera Diego Armando Riascos Burgos, deben estar a cargo de Salud Cóndor EPS-S.

Séptimo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cali, el (01) de abril de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Silvina Mosquera, actuando en representación de su madre, la señora Ana Lía Ramos de Mosquera, contra Coomeva EPS, que negó la protección invocada. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

7.1. ORDENAR al Juzgado Noveno Civil Municipal de Cali que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo, en única instancia, dentro del proceso de tutela de Silvina Mosquera, actuando en representación de su madre, la señora Ana Lía Ramos de Mosquera, contra Coomeva EPS, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

7.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Coomeva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a la señora Ana Lía Ramos de Mosquera el servicio solicitado mediante la presente acción (pañales desechables), siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad del mismo. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Octavo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el cinco (05) de abril de dos mil once (2011), que revocó la sentencia de primera instancia del Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Armenia, el dieciséis (16) de marzo de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de James Andrey Arenas Téllez, actuando como agente oficioso del señor Oscar Eduardo Bedoya Toro, contra el Instituto Seccional de Salud de Quindío y Cafesalud EPS-S, que amparó los derechos fundamentales del peticionario. En virtud de esta decisión, se resuelve, además

8.1. ORDENAR a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia que en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo, de segunda instancia, dentro el proceso de tutela de James Andrey Arenas Téllez, actuando como agente oficioso del señor Oscar Eduardo Bedoya Toro, contra el Instituto Seccional de Salud de Quindío y Cafesalud EPS-S, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia

8.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Cafesalud EPS-S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre al señor Oscar Eduardo Bedoya Toro los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables y el medicamento interferon beta 1ª, ampollas de 30 microgramos), siguiendo

las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Noveno.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cúcuta, el diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Lugdy Torcorama Torrado Vergel, actuando en representación de su hermano, el señor Mario de Jesús Torrado Vergel, contra Famisalud Comfanorte EPS-S, que negó la protección invocada. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

9.1. ORDENAR al Juzgado Quinto Civil Municipal de Cúcuta que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo, en única instancia, dentro del proceso de tutela de Lugdy Torcorama Torrado Vergel, actuando en representación de su hermano, el señor Mario de Jesús Torrado Vergel, contra Famisalud Comfanorte EPS-S, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

Décimo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bucaramanga, el diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Ceneida Celis Espinel, actuando en representación de su padre, el señor Aníbal Celis Sarmiento, contra Comfenalco EPS-S, que declaró la improcedencia de la acción. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

10.1. ORDENAR al Juzgado Tercero Penal Municipal de Bucaramanga que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo, en única instancia, dentro del proceso de tutela de Ceneida Celis Espinel, actuando en representación de su padre, el señor Anibal Celis Sarmiento, contra Comfenalco EPS-S, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

10.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Comfenalco EPS-S, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre al señor Anibal Celis Sarmiento, el servicio solicitado mediante la presente acción (pañales desechables), siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad del mismo. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera

nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Décimo Primero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guadalajara de Buga, el veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011), que a su vez confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Guadalajara de Buga, el catorce (14) de marzo de (2011), dentro del proceso de tutela de Hebert Erney Trujillo Echeverry, en representación de su hijo, Jhoan Steven Trujillo López, contra Coomeva EPS, que ampararon los derechos fundamentales de peticionario. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

11.1. ORDENAR a Coomeva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, además de los servicios ordenados por los jueces de instancia, suministre a Jhoan Steven Trujillo López pañales desechables, siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos.

Décimo segundo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Guadalajara de Buga, el once (11) de mayo de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Elizabeth Villafañe Melo, actuando en representación de su hija, Ingrith Julieth García, contra Saludcoop EPS, que a su vez revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Guadalajara de Buga, el veintitrés (23) de marzo de dos mil once (2011), que amparó los derechos fundamentales del peticionario. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

12.1. ORDENAR al Juzgado Primero Civil del Circuito de Guadalajara de Buga que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo, de segunda instancia, dentro el proceso de tutela de Elizabeth Villafañe Melo, actuando en representación de su hija, Ingrith Julieth García, contra Saludcoop EPS, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

12.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Saludcoop EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a Ingrith Julieth García los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables,

ambulancia para su traslado a las citas con los especialistas, cremas para escaras y silla de ruedas) siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Además, la entidad deberá exonerarla de pagos moderadores. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Décimo tercero.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de segunda instancia del Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, proferida el treinta (30) de julio de dos mil once (2011), que revocó la sentencia de primera instancia del Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá, proferida el ocho (08) de junio de dos mil once (2011), dentro el proceso de tutela de María del Carmen Cárdenas Sánchez, en representación de su padre, el señor Miguel Noé Caballero, contra Famisanar EPS, en la cual se ampararon los derechos fundamentales del actor. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

13.1. ORDENAR al Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá que en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo de segunda instancia, dentro el proceso de tutela de de María del Carmen Cárdenas Sánchez, en representación de su padre, el señor Miguel Noé Caballero, contra Famisanar EPS, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

13.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Famisanar EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre al señor Miguel Noé Caballero los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables) siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Décimo cuarto.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, el doce (12) de agosto de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Karen Yisseth García, actuando en representación de su hija, Nicole Dayana Granobles Gordillo, contra Salud Total EPS, en la cual se negó la protección solicitada. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

14.1. ORDENAR al Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá que en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo de única instancia, dentro el proceso de tutela de Karen Yisseth García, actuando en representación de su hija, Nicole Dayana Granobles Gordillo, contra Salud Total EPS, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

14.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Salud Total EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a Nicole Dayana Granobles Gordillo, los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables, citas con especialistas, terapias de recuperación en el Instituto Roosevelt, transporte para acudir a las citas médicas y el servicios de una enfermera)) siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Décimo quinto.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, el veintinueve (29) de agosto de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de July Andrea Moreno Ramos, actuando en representación de su hijo Jeider David Lebro Moreno, contra la EPS Servicio Occidental de Salud. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

15.1. ORDENAR al Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira que en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo de única instancia dentro el proceso de tutela de July Andrea Moreno Ramos, actuando en representación de su hijo Jeider David Lebro Moreno, contra la EPS Servicio Occidental de Salud, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

15.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a al Servicio Occidental de Salud EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a Jeider David Lebro Moreno los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables, transporte para acudir a citas médicas, y las terapias de neurodesarrollo) siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Además, la entidad deberá exonerarla de pagos

moderadores. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Décimo sexto.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot, el veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de José Ignacio Barrios Montoya contra la Nueva EPS. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

16.1. ORDENAR al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot que en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo de única instancia dentro el proceso de tutela de José Ignacio Barrios Montoya contra la Nueva EPS, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

16.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a la Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre al señor José Ignacio Barrios Montoya los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables) siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Décimo séptimo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, el tres (03) de octubre de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Lavis Maribel Alonso Olarte, actuando como agente oficioso de la señora Julia Rodríguez Beltrán, contra la Nueva EPS, que negó la protección a los derecho fundamentales de la accionante. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

17.1. ORDENAR al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla que en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo de única instancia, dentro el proceso de tutela de Lavis Maribel Alonso Olarte, actuando como agente oficioso de la señora Julia Rodríguez Beltrán, contra la Nueva EPS, atendiendo

las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

17.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a la Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a la señora Julia Rodríguez Beltrán los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables, el servicio de una enfermera domiciliaria, silla de ruedas y crema hidratante) siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Décimo octavo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el catorce (14) de octubre de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Ingrid Vanessa Garavito Pescador, actuando en representación de su madre, la señora Mery Jenny Pecador Borda, contra Sanitas EPS. En virtud de esta decisión, se resuelve, además:

18.1. ORDENAR al Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías que en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo de única instancia, dentro el proceso de tutela de Ingrid Vanessa Garavito Pescados, actuando en representación de su madre, la señora Mery Jenny Pecador Borda, contra Sanista EPS, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

18.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Sanitas EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a la señora Mery Jenny Pecador Borda los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables, crema antipañalitis y pañitos húmedos), siguiendo las órdenes de los especialistas con respecto a la cantidad, calidad y regularidad de los mismos. Además, la entidad deberá exonerarla de pagos moderadores. Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, y esta Sala de Revisión confirme su cumplimiento.

Décimo noveno.- ORDENAR a los jueces de la causa remitir a este Despacho los fallos que se profieran en cumplimiento de las órdenes impartidas en esta providencia, en un término no

mayor a ocho (08) días hábiles contados a partir del momento en que se profirió fallo, para que la Sala Primera de Revisión proceda a verificar y pronunciarse sobre el cumplimiento de lo aquí resuelto.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Los expedientes T-3003608, T-3005172, T-3005404 y T-3010261 fueron seleccionados para revisión y acumulados por la Sala de Selección Número Tres, mediante Auto proferido el treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011); el expediente T-3054205 fue seleccionado y acumulado al expediente T-3003608, por la Sala de Selección Número Cinco, mediante Autor proferido el veinte (20) de mayo de dos mil once (2011); los expedientes T-3068473, T-3073714 y T-3078697 fueron seleccionados y acumulados entre sí, y al expediente T-3003608, por la Sala de Selección Número Cinco, mediante Autor proferido el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011); los expedientes T-3087907, T-3088180, T-3090071 y T-3092413 fueron seleccionados y acumulados entre sí, y al expediente

T-3003608, por la Sala de Selección Número Seis, mediante Auto proferido el dieciséis (16) de junio de de dos mil once (2011); el expediente T3212113 fue seleccionado y acumulado al expediente T-3003608 por la Sala de Selección Número Nueve, mediante Auto proferido el veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011); los expedientes T-3237987 y T-3242692 fueron seleccionados y acumulados entre sí, y al expediente T-3003608, por la Sala de Selección Número Diez, mediante Auto proferido el veinte (20) de octubre de dos mil once (2011); y los expedientes T-3288963, T-3294962 y T-3300190 fueron seleccionados y acumulados entre sí, y al expediente T-3003608, por la Sala de Selección Número Doce, mediante Auto proferido el catorce (14) de diciembre de dos mil once (2011).

2 La peticionaria cotiza al Sistema de Seguridad Social sobre un ingreso base de cotización de quinientos treinta y cinco mil seiscientos pesos (\$535.600).

3 El juzgado de única instancia vinculó al proceso al Ministerio de Salud y Protección Social El Ministerio señaló que el servicio de atención domiciliar por enfermera, se encuentra incluido en el POS, de conformidad con el Acuerdo 008 de 2009; por lo tanto, Saludcoop EPS deberá suministrarlo a la accionante sin derecho a recobrar ante el FOSYGA. Sobre los demás servicios, señaló que no pueden ser suministrados, por no encontrarse incluidos en el POS.

4 Al proceso fue vinculado el Ministerio de Salud y de la Protección Social-FOSYGA. Señaló que el servicio de enfermera domiciliar se encuentra incluido dentro de los servicios que deben suministrar las EPS a los usuarios, de conformidad con el Acuerdo 008 de 2009. Por lo tanto, la entidad accionada deberá suministrarlo sin tener derecho de recobrar al FOSYGA. Ahora bien, sobre los pañales, sostuvo que este es un servicio excluido del POS, por ello la actora deberá financiarlos de forma particular.

5 La Secretaría Departamental de Salud de Santander reiteró que los servicios solicitados, de conformidad con el Acuerdo 008 de 2009, no están incluidos en el POS, y por lo tanto, la acción resulta improcedente.

6 El juez de instancia vinculó al proceso de tutela al Ministerio de Salud y Protección Social. El Ministerio sostuvo que de conformidad con el Acuerdo 008 de 2009, los pañales desechables son servicios excluidos del POS. Por lo tanto, el usuario que los requiera deberá sufragarlos directamente, y si no cuenta con los recursos para hacerlo, deberá acudir al ente territorial

correspondiente para ser atendido a través de la red de servicios de salud pública o entidades privadas con las cuales se haya contratado para prestar dichos servicios.

7 El 26 de abril de 2011 la accionante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Mediante auto interlocutorio No. 1583 de 200, el juzgado resolvió “no acceder a la impugnación presentada por no encontrarse dentro el término de la ejecutoria.” (folio 50)

8 Folios 7 y 8.

9 Folio 5.

10 El juzgado de conocimiento vinculó al proceso al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander. La entidad señaló que los servicios que no están expresamente cubiertos por el POS-S, deben ser sometidos a consideración del Comité Técnico Científico de la entidad correspondiente, y de ser autorizados, la entidad de salud puede recobrar directamente a la entidad territorial el valor de lo que legalmente no estaba llamada a suministrar.

11 De acuerdo al resumen de su historia clínica, el señor Miguel Noé Caballero presenta las siguientes enfermedades: secuelas de ECV; escaras sacra; enfermedad pulmonar obstructiva crónica, enfermedad de parkinson, hipotiroidismo, esquizofrenia, polineuropatía mixta crónica en miembros inferiores, hipertensión arterial, insuficiencia renal crónica con hidronefrosis grado II izquierda, hipertrofia prostática benigna grado IV y desnutrición proteico-calórica severa.

12 Fórmula médica expedida por la médica Jennifer Cavanzo Poveda, del Hospital Universitario Clínica San Rafael, en la cual se ordena un número de 180 pañales, talla L, para usar 6 pañales diarios.

13 Sobre el particular expuso la accionante que su padre depende económicamente de ella, y que con los ingresos que obtiene, debe cancelar el arriendo de la vivienda, los servicios públicos, la alimentación, el vestuario, transportes y las deudas que tiene; por lo que, no puede asumir el costo de los pañales que requiere su padre, toda vez que asciende a \$360.000 mensuales y ello vulneraría el derecho fundamental al mínimo vital de los dos.

14 A la acción fue vinculado el Ministerio de Salud y de la Protección Social. La entidad solicitó negar la acción de tutela en su defecto, si prospera, que se niegue el recobro de la EPS ante el FOSYGA y se ordene que el accionante sea atendido en la red pública de salud o en las instituciones públicas o privadas con las cuales la entidad territorial competente tenga contrato. Respecto al suministro de pañales, esta entidad sostuvo que el Acuerdo 008 de 2009, mediante el cual se aclaran y actualizan integralmente los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, establece que los pañales para niños y adultos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

15 El juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá ofició a las siguientes entidades, con el fin de corroborar si la accionante tenía bienes, si declaraba renta, o tenía patrimonio gravable a su favor: DIAN, Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, Secretaría de movilidad y/o SETT y Cámara de Comercio. Frente a dicho oficio, respondió la Superintendencia de Notariado y Registro, aduciendo que dentro de sus archivos no se encontró información alguna, ni folios de matrícula inmobiliaria relacionados con la Señora María del Carmen Cárdenas Sánchez; asimismo, la Cámara de Comercio de Bogotá sostuvo que la accionante no se encontraba matriculada en dicha entidad como comerciante; y la oficina de Servicios Integrales para la Movilidad informó que la actora no figura como sobre vehículo alguno (folios 18 a 22 y 36)

16 A la acción también fueron vinculados por el juez de primera instancia, la Secretaría de Salud de Bogotá y al Ministerio de Salud y de la Protección Social-Fosyga. (i) La Secretaría solicitó ser exonerada de cualquier tipo de responsabilidad, por cuanto, es la EPS SALUD TOTAL la que debe garantizar en forma oportuna la atención en salud requerida por la menor ante los eventos POS y No POS. En relación a los pañales desechables, argumentó que no son prestaciones en salud y que la CRES los ha estipulado dentro de las exclusiones expresas para el régimen contributivo. En cuanto a la necesidad de contar con una enfermera o terapeuta a domicilio, aduce que es un servicio contemplado en el POS, que se autorizará siempre que haya sido ordenado por profesional autorizado y no requiere ser sometido a consideración del Comité Técnico Científico. Por último, con respecto al tratamiento integral solicitado por la accionante, expone que no es posible acceder a esta prestación, puesto que es un hecho incierto y la acción de tutela busca proteger una amenaza inminente; y (ii) el Ministerio de Salud y de la Protección Social- Fosyga-, solicitó que se ordene que la accionante sea atendida en la red pública de salud, o en las instituciones públicas o privadas

con las cuales la entidad territorial competente tenga contrato. Así mismo, en relación a lo solicitado por la accionante, aduce que el POS únicamente cubre las visitas domiciliarias por enfermería y no una atención de 12 o 24 horas, y que los pañales se encuentran expresamente excluidos como servicios de salud, por lo que el afiliado debe financiarlos.

17 La accionante afirmó que el 22 de julio del 2011 le fueron ordenadas a su hijo terapias de neurodesarrollo, para ser practicadas tres veces por semana, durante tres meses, pero que la entidad accionada negó su autorización, considerando que el paciente no tiene indicación para ese tipo de terapias y que los problemas que presenta son de índole académico.¹⁷ Lo anterior, pese a lo consignado por la Dra. Mercedes Paz en la historia clínica del menor, quien manifiesta la importancia de continuar con el tratamiento.

18 La peticionaria manifestó que su esposo devenga un salario mínimo por su trabajo y ella se dedica exclusivamente al cuidado de su hijo, razón por la cual, los ingresos del padre del niño no son suficientes para cubrir el tratamiento integral en salud que requiere el menor.

19 Folios 7 a 9.

21 En el folio 14 del expediente reposa solicitud de la médica Nury Aguirre Pacheco, en la cual manifiesta la necesidad de evaluar la posibilidad de ordenar la enfermera domiciliaria solicitada.

22 Folio 7 a 23.

23 Folio 6.

24 Folio 34 y 35.

25 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

26 Numeral 4.4.3.2.2. del apartado 4.4.3.- Acceso a los servicios que se requieran, incluidos y no incluidos dentro de los planes obligatorios- de la sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

27 Corte Constitucional, sentencia T-359 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

28 Ver en el mismo sentido las sentencia T-593 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-274

de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-050 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza martelo), T-566 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-736 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-854 de 2010 (M.P. Huberto Antonio Sierra Porto), T-893 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-934 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

29 Corte Constitucional, sentencia T-047 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

30 Corte Constitucional, sentencia T-139 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa).

31 Por ejemplo, la Corte ha sostenido que cuando dos acciones comparten los mismos hechos y las mismas partes, no por eso se debe declarar que hay temeridad. Es deber del juez de instancia verificar que el peticionario actuó con dolo, a sabiendas de que entre las acciones presentadas no hay ninguna diferencia fáctica. Ver por ejemplo las sentencias T-433 de 2006 (MP Humberto Sierra Porto), T-568 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-362 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentarías), T-390 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T644 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), entre otras.

32 Corte Constitucional, sentencia T-390 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

33 Corte Constitucional, sentencia T-919 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

34 En esta providencia, además, se llama la atención sobre el desgaste de la administración de justicia cuando los usuarios y usuarias del Sistema de Salud deben acudir respetivamente a la acción de tutela, para evitar la vulneración de su derecho a la salud. En el momento preciso de esa sentencia, el derecho a la salud era justiciable por conexidad con el derecho a la vida, situación que cambió a partir de la sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) cuando la Corte recogió toda la jurisprudencia constitucional en la materia, y determinó que el derecho a la salud era justiciable de forma autónoma. Sin embargo, es pertinente a la finalidad de esta providencia retomar lo citado allí, con respecto a la naturaleza de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud en casos de personas que sufren enfermedades tan graves como resulta ser el VIH/SIDA: “Por lo demás, esta actitud, lejos de preservar las finalidades que corresponden a la naturaleza de la acción de tutela, implica desconocimiento relativo a la obligación que tienen las empresas promotoras de salud de suministrar los medicamentos y ejecutar los procedimientos que requieren los enfermos y portadores del VIH/SIDA, aún en el caso de que los mismos se encuentren

excluidos del Plan Obligatorio de Salud, cuando el derecho a la salud en conexidad con el de la vida se encuentre amenazado o vulnerado. En estas circunstancias es evidente que el amparo ha de prosperar. En tal sentido debe advertirse que la reticencia de las E.P.S a suministrar los tratamientos requeridos, conlleva un desgaste injustificado de la administración de justicia, además del sin sentido que se presenta cuando quienes padecen esa mortal enfermedad se ven obligados a hacer un uso reiterado de la tutela para hacer valer sus derechos cada vez que un médico tratante les formula un determinado medicamento u ordena un específico procedimiento para conservar la salud y neutralizar el riesgo que pueda correr su vida.”

35 Corte Constitucional, sentencia T-1185 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

36 Corte Constitucional, sentencia T-125 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Martínez).

37 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

38 Artículo 4 de la Ley 169 de 1896: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”

39 Artículos 2 y 230 de la Constitución. Artículo 2: (...) las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Artículo 230: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

40 A propósito de la seguridad jurídica, explicó la Sala en la sentencia C-836 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil): “La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite

inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.”

41 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

42 M.P. Jorge Arango Mejía.

43 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

44 Ver los apartados 4.4.5.4. La falta de capacidad económica puede ser temporal o permanente y 4.4.5.5. Reglas probatorias para establecer la capacidad económica de la sentencia T-760 de 2008.