

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Evolución jurisprudencial

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal. Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007, amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos de valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho, más no por su positivización o la designación expresa del legislador. De igual forma esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008 determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y PROTECCION ESPECIAL FRENTE A LAS ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Personas con cáncer y portadoras de VIH/SIDA

La jurisprudencia constitucional de manera reiterada y consolidada ha afirmado que existen personas a quienes la Carta Política confiere una protección especial por parte del Estado, ya sea por razón de su edad, por encontrarse en especiales circunstancias de indefensión, para las cuales, el amparo del derecho fundamental a la salud deviene reforzado. En efecto, el hecho de que el tutelante ostente la condición de sujeto de especial protección por parte del Estado, impone al juez constitucional tener en cuenta que entre mayor vulnerabilidad del accionante, mayor debe ser la intensidad de la protección para realizar de esa manera el principio de igualdad real, contemplado en el artículo 13 superior. En ese sentido, es necesario hacer alusión a las enfermedades catastróficas o ruinosas, las cuales cobran una especial relevancia en la medida que al encontrarse estos sujetos en estado de debilidad manifiesta, merecen una singular atención por parte del Estado y de la sociedad.

Tal es el caso de las personas portadoras del VIH/SIDA, y de las que padecen cáncer, quienes se encuentran en una condición de debilidad manifiesta consustancial a su patología y afrontan una serie de necesidades particulares que requieren de una protección reforzada.

DERECHO A LA SALUD Y ESPECIAL PROTECCION DE PERSONAS PORTADORAS DEL VIH/SIDA

Los tratamientos que se deben conceder a las personas afectadas con cáncer y con el VIH, es de interés público y prioritario toda vez que son sujetos de especial protección constitucional. Lo anterior, en atención al inciso 2° del artículo 13 de la Carta, el cual impone la obligación de realizar actuaciones positivas y expeditas por parte del Estado con el fin de garantizar el goce pleno de los derechos de ese grupo poblacional.

DERECHO A LA SALUD DE PACIENTE CON CANCER-Protección constitucional especial

Por la complejidad y el manejo del cáncer esta Corporación ha reiterado el deber de protección especial que deben tener las entidades prestadoras del servicio de salud, y por lo tanto, ha ordenado que se autoricen todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que se requieran para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS, razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente.

CIRUGIA DE MAMOPLASTIA REDUCTORA-Jurisprudencia y regulación vigente/DERECHO A LA SALUD-Diferencias entre mamoplastia reductora de carácter estético y funcional

Se ha indicado que cuando exista la prescripción médica de este procedimiento, el juez de tutela debe verificar previamente que la situación, condición y circunstancias particulares, encuadren dentro de los parámetros jurisprudenciales anteriormente descritos, para descartar que se trate de procedimientos con fines de carácter meramente estético o cosmético, sino que sea necesaria para objetivos funcionales del paciente, lo cual dará lugar a la protección de los derechos mencionados, evento en el cual deberá ordenarse la práctica de la cirugía, a pesar de estar excluida del POS y POS-S. Para concluir, le corresponde a las entidades prestadoras de los servicios de salud establecer de manera responsable la naturaleza de las cirugías prescritas por los médicos tratantes a sus

pacientes, porque como lo ha señalado esta Corporación, “dichas entidades tienen la capacidad científica y técnica para determinar, a través de los conceptos médicos y las historias clínicas de sus usuarios, si las cirugías plásticas son de carácter meramente estético o si por el contrario cumplen fines reconstructivos funcionales.”

USO DE MEDICAMENTOS OFF LABEL-Definición

MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL POS Y QUE NO TIENEN REGISTRO SANITARIO DEL INVIMA-
Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA SALUD Y PREVALENCIA DE LA ORDEN DEL MEDICO TRATANTE-Persona
idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que en el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad. Igualmente ha manifestado, que el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, (ii) cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología.

DERECHO A LA SALUD Y PREVALENCIA DE LA ORDEN DEL MEDICO TRATANTE-Obligación
de las EPS de autorizar de manera inmediata servicios de salud y/o medicamentos excluidos
del POS sin someter su suministro a previa autorización del Comité Técnico Científico,
cuando se requiera de forma urgente para salvaguardar la vida e integridad del paciente

Las entidades prestadoras de salud tienen el deber de autorizar de manera inmediata
servicios de salud y/o medicamentos no incluidos en el plan de beneficios, sin someter su
suministro a previa autorización del Comité Técnico Científico o de la Junta Técnico-
Científica de Pares, cuando conforme a lo dispuesto por el médico tratante, se requieran de

forma urgente para salvaguardar la vida y/o la integridad del paciente afectado, sin perjuicio de la revisión posterior por parte de dichas entidades.

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, EXAMENES O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

DERECHO A LA SALUD-Reglas y subreglas fijadas por la jurisprudencia para suministro de medicamentos excluidos del POS

Toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera, aun cuando no se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud correspondiente. Para lo cual, el juez constitucional deberá analizar si son imprescindibles para la preservación de la salud del paciente, caso en los cuales, la acción de tutela es procedente si se afectan derechos fundamentales y se acreditan los requisitos señalados.

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

JUEZ DE TUTELA-Debe verificar si se cumplen requisitos para ordenar suministro de transporte, alimentación, alojamiento y así garantizar accesibilidad a los servicios de salud

Es obligación del juez de tutela analizar las circunstancias de cada caso en particular y determinar si se cumplen con los requisitos definidos por la jurisprudencia, caso en el cual, deberá ordenar los pagos de transporte que se requiera cuando el accionante demuestre que carece de recursos económicos y no puede sufragar el gasto del transporte para cumplir con las citas médicas, tratamientos o procedimientos necesarios para su recuperación.

CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-No pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios de salud cuando el usuario no está en la capacidad de sufragar su costo

EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Orden a EPS continúe

tratamiento médico, suministre medicamentos y autorice tratamiento integral a enfermo de VIH/SIDA

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS O PROCEDIMIENTOS DEL POSS Y EXCLUIDOS DEL POSS-Reglas de procedencia

Referencia: expedientes T-3.980.128; T-4.008.003; T-4.013.446; T-4.016.687; T-4.023.519 Y T-4.031.605.

Peticionarios: Acciones de tutela presentadas en forma separada por los señores Joel Fernando Ríos Cárdenas contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá; Blanca Cecilia Juzga Cristancho contra Salud Total EPS; Yaneth Patricia Pérez Arellano contra Saludcoop EPS; Fanny Esther Soto Rodríguez contra Coomeva EPS; Jairo Galindo Galindo contra Coomeva EPS; y Remberto Temístocles Duque Mosquera contra Caprecom EPS.

Derechos fundamentales invocados: salud, vida, igualdad, dignidad humana.

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside –, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales y, específicamente, las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos (i) por el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Bogotá, el 8 de mayo de 2013 (Expediente T- 3.980.128); (ii) por el Juzgado Octavo Civil del Circuito, el 24 de junio de 2013 (Expediente T-4.008.003); (iii) por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cartagena, el 4 de abril de 2013 (Expediente T-4.013.446); (iv) por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta, el 25 de junio de 2013 (Expediente T- 4.016.687); (v) por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes

con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, el 20 de junio de 2013 (Expediente T-4.023.519); y (vi) por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de junio de 2013 (Expediente T- 4.031.605).

De manera preliminar debe anotarse que la Sala de Selección Número Ocho, mediante Auto del 29 de agosto de 2013 escogió y acumuló los expedientes T-4.016.687 y T-4.023.519. A su vez, la Sala Séptima de Revisión procedió mediante Auto del 23 de octubre de 2013 acumular los expedientes T-3.980.128; T-4.008.003; T-4.013.446 y T-4.031.605 a los expedientes anteriormente acumulados, a fin de que fueran resueltos en una sola sentencia, en razón a la unidad de materia existente en ellos, de conformidad con el artículo 157 de C.P.C. y el artículo 5º del Decreto 2067 de 1991.

1. ANTECEDENTES

1.1 EXPEDIENTE T- 3.980.128

El señor Joel Fernando Ríos Cárdenas, presentó acción de tutela contra la Secretaría de Salud Distrital de Bogotá, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle en forma inmediata el procedimiento ordenado por su médico especialista para tratar la enfermedad que padece a fin de vivir en condiciones dignas.

1.1.1 Hechos y fundamentos

1.1.1.1 El accionante cuenta con 31 años de edad y pertenece al Régimen Subsidiado en Salud.

1.1.1.2 Indica que fue diagnosticado con la enfermedad llamada Sarcoma de Kaposi asociado al VIH, razón por la cual fue remitido al Instituto de Cancerología donde le están suministrando los medicamentos y demás tratamientos de conformidad con la patología que padece, a fin de mejorar el nivel inmunológico, cuyo retraso pone en un inminente riesgo su vida.

1.1.1.3 Asegura que estos tratamientos fueron suspendidos por cuanto la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá no los autoriza alegando que debe cancelar el 30% de los

mismos, a pesar de que el paciente los requiere con urgencia y que fueran ordenados por su médico tratante.

1.1.1.4 Manifiesta que la patología que presenta es una enfermedad de alto costo y que, ni su familia ni él cuentan con los recursos económicos para sufragarla.

1.1.1.5 Además, dice que su salud se deteriora cada día más por lo que requiere al juez de tutela impartir una medida provisional tendiente a disponer lo necesario para que se le autoricen los tratamientos y procedimientos POS y NO POS, en forma integral para tratar su enfermedad, y sin costo alguno, por el término que sea necesario para mejorar su salud.

1.1.1.6 Por último, manifestó que las enfermedades de alto costo están exentas de copagos o cuotas moderadoras cuando los tratamientos se realicen en forma mensual de manera permanente y continua, y que, aunque quisiera pagarlos no puede, por carecer de los recursos para ello.

1.1.2 Solicitud

El tutelante solicita se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, y se ordene como medida provisional y urgente a la Secretaría de Salud Distrital de Bogotá, que disponga lo necesario para que se le suministren los medicamentos, exámenes, procedimientos y estudios de su patología, cubriendo el 100% del manejo integral y sin cobro por concepto de copagos o cuotas moderadoras, que sean necesarios para su subsistencia en condiciones dignas, con lo cual, tendría la posibilidad de acceder a un tratamiento que contribuya a mejorar su calidad de vida.

1.1.3 Traslado y contestación de la demanda

1.1.3.1 El Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. mediante escrito del 26 de abril de 2013, a través del Asesor de la Dirección, solicitó su desvinculación del trámite de la acción, por las siguientes razones:

1.1.3.1.1 Que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. presta los servicios a las personas aseguradas en a los distintos regímenes ya sea contributivo, subsidiado o afiliado, y es la entidad aseguradora, – EPS, EPS-S o entidad territorial – la responsable de que sus afiliados reciban atención en salud en forma oportuna de acuerdo a la patología que

padecen y pagar estos costos a las IPS que los atienden.

1.1.3.1.2 Que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., por ser una IPS pública no puede autorizar la exoneración del cobro de los copagos o cuotas moderadoras y mucho menos efectuar recobros, por cuanto no es el directo responsable de la atención de los afiliados sino que es el prestador del servicio de salud por intermedio de las EPS, EPS-S o entidad territorial correspondiente a través de un contrato de prestación de servicios.

1.1.3.1.3 Que las entidades aseguradoras, - EPS, EPS-S o Entidad territorial-, tienen el derecho de percibir las cuotas moderadoras de recuperación o copagos, según el caso, de acuerdo a la clase de afiliación y capacidad de pago del paciente. Para ese efecto, las IPS cobran dichas cuotas y las transfieren a las Administradoras de Salud correspondientes.

1.1.3.1.4 Concluyó que ninguna IPS está facultada para atender a los pacientes afiliados a una EPS, EPS-S o entidad territorial, sin su autorización y garantía de pago de los servicios.

1.1.3.2 Mediante escrito del 26 de abril de 2013, la Sub Directora de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, solicitó la exoneración de responsabilidad de los hechos, para lo cual informó lo siguiente:

1.1.3.2.1 Que, de acuerdo con la verificación realizada en la base de datos de esa Secretaría, en el FOSYGA - BDUA y en el DNP, se estableció que el señor Joel Fernando Ríos Cárdenas se encuentra desafiliado del Régimen Contributivo de Saludcoop EPS, tampoco tiene encuesta SISBEN Metodología III, ni cuenta con afiliación al Régimen Subsidiado.

1.1.3.2.2 Que el tutelante ostenta la calidad de “pobre no asegurado”, por lo que se le garantizará la prestación de los servicios de salud con cargo al subsidio a la oferta del Fondo Financiero Distrital de Salud, a través de los hospitales de la red pública o privada con la cual se tiene contratada la atención de la población pobre no asegurada, que constituye la red complementaria de manera temporal y mientras no cuente con una afiliación activa a una EPS del Régimen Subsidiado o del Régimen Contributivo.

1.1.3.2.3 Que en el caso referido, no existe por parte de esa Secretaría una negación en el servicio de salud, pues éste se viene prestando por la IPS sin autorización adicional, tal y

como lo asegura el mismo accionante.

1.1.3.2.4 Que, como quiera que la razón fundamental de la acción de tutela es el cobro que hace dicha IPS de las cuotas de recuperación por concepto de los servicios prestados, el accionante deberá pagar las mismas dado que no tiene encuesta SISBEN Metodología III, razón por la cual, no es procedente acceder a la solicitud de exoneración de dichas cuotas de recuperación.

1.1.3.2.5 Que, como quiera que la calidad de pobre no asegurado del accionante no puede permanecer indefinida en el tiempo, es indispensable que realice los trámites para acceder al Régimen Subsidiado y presentar la encuesta SISBEN Metodología III, para que se determine si es potencial beneficiario del subsidio del Estado, y de esa manera, poder afiliarse a una EPS del Régimen Subsidiado, y por ende, no tener que cancelar las cuotas de recuperación por eventos incluidos en el POS, toda vez que son las EPS, EPS-S y las entidades territoriales las que tienen derecho a percibir las cuotas de recuperación, copagos o cuotas moderadoras, y por ley, son las únicas que pueden exonerar a sus afiliados de esas obligaciones y realizar los recobros respectivos.

1.1.3.3 Mediante escrito del 26 de abril de 2013, el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social informó que a partir del 1 de julio de 2012, toda la población perteneciente al Régimen Subsidiado goza de los planes de beneficios del Régimen Contributivo, para lo cual, en los eventos en que el afiliado requiera de algún servicio NO POS-S, éstos serán suministrados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación cuando no se puedan remplazar por uno similar.

Indicó que si lo anterior no se configura, las personas afiliadas a este régimen tienen derecho a ser atendidos por la entidad territorial competente, ya sea departamental, municipal o distrital, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, quien pagará al prestador de los servicios de salud IPS la atención NO POS-S con los recursos del subsidio a la oferta del fondo correspondiente.

1.1.4 Decisión judicial

1.1.4.1 Mediante fallo único de instancia del 8 de mayo de 2013, el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Bogotá negó el amparo solicitado, al considerar que el accionante no se

encuentra afiliado a una EPS, ni en el Régimen Contributivo ni Subsidiado, de manera que no se puede predicar la obligación de la prestación del servicio de salud de manera integral respecto a un ente inexistente. Razón por la cual, se le advierte que debe realizar las gestiones para solicitar la encuesta de SISBEN Metodología III ante la Secretaría Distrital de Planeación y de esa manera afiliarse a una EPS-S, con el fin de que se le autorice el servicio que requiera y la exoneración de las cuotas de recuperación que debe cancelar por ello.

1.1.5 Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.1.5.1 Copia de la historia clínica del señor Joel Fernando Ríos Cárdenas, donde se registran antecedentes de VIH Positivo desde hace 5 años con lesiones eritomatovioláceas en pies con aumento progresivo, y se ordena, en primera instancia tratamiento para mejorar su nivel inmunológico. Y con el fin de mejorar las lesiones de sarcoma de kaposi se ordena: estudios de extensión (tac de tórax, abdomen y EVDA) y de acuerdo al resultado, ordenar el tratamiento sistémico y en caso negativo, manejarlo por dermatología oncológica. (folios 2 al 7).

1.1.5.2 Copia del resultado de patología realizado por el Centro de Diagnóstico en Patología (folio 8).

1.1.5.3 Copia de la orden clínica del Instituto Nacional de Cancerología (folio 9).

1.1.5.4 Copia de la solicitud de servicios de la Secretaría Distrital de Salud (folios 10 y 11).

1.1.5.5 Copia de la citación en área ambulatoria del Instituto Nacional de Cancerología (folios 12 y 13).

1.1.5.6 Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía del señor Joel Fernando Ríos Cárdenas (folio 14).

1.2 EXPEDIENTE T-4.008.003

La señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho presentó solicitud de amparo constitucional contra la EPS Salud Total invocando la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el suministro del medicamento ordenado por su médico tratante.

1.2.1 Hechos y fundamentos

1.2.1.1 La señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, quien cuenta con 53 años de edad, manifiesta que se encuentra afiliada a la EPS Salud Total como beneficiaria de su hijo.

1.2.1.2 Sostiene que es paciente con diagnóstico de cirrosis biliar primaria desde el año 2006, el cual le provoca náuseas, malestar general, dolor e inflamación abdominal, entre otros síntomas. Razón por la cual, se le han ordenado tratamientos con distintos medicamentos sin que en principio se lograra su mejoría.

1.2.1.3 Indica que desde hace cuatro años su médico tratante le ordenó un tratamiento con Ácido Ursodesoxicólico x 300mg. x 180 sin especificaciones de laboratorio en particular, respondiendo satisfactoriamente a dicho medicamento. Por esa razón, el especialista le ha renovado la fórmula cada tres meses, la que siempre fue autorizada por la EPS Salud Total, sin objeción alguna.

1.2.1.4 Manifiesta que el 11 de diciembre de 2012, presentó a la EPS Salud Total su fórmula para que fuera autorizado dicho medicamento, sin embargo éste fue negado por la demandada al argumentar que el medicamento no está contemplado en el POS, y que además, no tiene indicación del INVIMA.

1.2.1.5 Ante esa situación anómala, dice que se dirigió al INVIMA para que le informaran sobre las indicaciones del medicamento, a lo que le certificaron por escrito que: “Nombre o principio activo Ácido Ursodesoxicólico Marca: Ursacol M 300, fabricante: Zambon – Titular 1- Servicio Técnico Farmacéutico Ltda. Gonher 1) – Casar Laboratorio S.A. Registro Sanitario 2008M-009720-R”. Y agrega, que le indicaron que el registro sanitario lo podía consultar por internet, cuya prueba anexa al expediente.

1.2.1.6 Asegura que la falta del medicamento afecta gravemente su salud, toda vez que es indispensable para controlar la patología que padece permitiendo la ingestión y digestión,

tanto de alimentos como la de otros medicamentos, a fin de evitar consecuencias irreversibles en su salud.

1.2.1.7 Por último dice que es importante y vital para ella continuar con el tratamiento indicado por su especialista, pero que sus ingresos no le permiten asumir el costo del medicamento, toda vez que éste asciende a la suma de \$160.000.00 pesos mensuales, pues se encuentra desempleada y depende exclusivamente de su hijo quien devenga un salario mínimo mensual, con el cual debe satisfacer sus necesidades básicas.

1.2.1.8 Concluye, que la negativa de la EPS Salud Total amenaza sus derechos fundamentales poniendo en riesgo su salud y su vida.

1.2.2 Solicitud

Solicita que se le amparen los derechos fundamentales a la vida y a la salud, y se ordene a la EPS Salud Total que autorice el suministro del medicamento con Ácido Ursodesoxicólico x 300mg. x 180, ordenado por su médico tratante y por el tiempo que sea necesario para su recuperación, teniendo en cuenta la patología que padece.

1.2.3 Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia del 8 de marzo de 2013, admitió la tutela y requirió a la EPS Salud Total y al Fondo de Solidaridad y garantía - FOSYGA, para que respondieran por los hechos narrados.

1.2.3.1 Mediante escrito del 15 de marzo de 2013, la EPS Salud Total manifestó que la accionante se encuentra en manejo médico por el servicio de gastroenterología para el tratamiento de la patología de cirrosis biliar primaria.

En primer lugar, dice que la accionante ha recibido dos valoraciones este año: una el 25 de febrero por el servicio endocrino donde los galenos conceptúan “paciente con antecedentes de cirrosis biliar primaria, síndrome antifosfolípido” y le diagnosticaron adicionalmente “OBESIDAD DEBIDO A EXCESO DE CALORÍAS”, y otra, el 11 de marzo para control anual pos operatorio de resección de tumor.

En segundo lugar, respecto a la autorización del medicamento de Ácido Ursodesoxicólico x

300mg. x 180, informa que el caso fue evaluado por el Comité Técnico Científico de la EPS, como consta en Acta 1041260056 del 12 de diciembre de 2012, quienes rechazaron la autorización con base en las siguientes consideraciones: “El Comité evalúa molécula ACIDO URSODESOXICOLICO EQ. A URSODIOL TABLETA O CAPSULA 300 MG para la patología CIRROSIS BILIAR PRIMARIA. Y se decide rechazar dicha solicitud ya que la molécula no coincide con las alternativas autorizadas por el INVIMA, para la patología que padece la paciente. Resolución 3099/08 art. 6, literal b.”

En esas circunstancias, asegura que el medicamento no cumple con los criterios de inclusión contemplado en el Acuerdo 029 de 2011, el cual en su artículo 29 establece los principios activos y los medicamentos aprobados en el POS, los cuales son entregados a las EPS.

Por otra parte, manifiesta que se consultó al INVIMA cuyo informe arrojó “... nombre Producto ursoflor 300 Mg, Ácido Ursodesoxicólico 300 Mg Cápsulas registro sanitario INVIMA 2011m-0012223 vencimiento 2016/06/13 modalidad importar. Y vender estado Registro vigente observaciones las contraindicaciones y advertencias deben aparecer en las etiquetas y empaques, más la fecha de vencimiento. Datos de interés del medicamento. Forma farmacéutica cd-Cápsula dura franja ninguna indicaciones disolución de cálculos biliares de colesterol en la vesícula biliar cuando la función de la vesícula biliar esta intacta. Contraindicaciones no debe usarse en presencia de inflamación aguda de la vesícula biliar, obstrucción del tracto biliar, desórdenes inflamatorios del intestino grueso y delgado, embarazo. Cuando la vesícula biliar no puede ser visualizada con rayos x, en pacientes con cálculos biliares calcificados, disturbios contráctiles de la vesícula biliar o frecuentes cólicos biliares.”

Indica que como se puede observar, el uso del medicamento Ácido Ursodesoxicólico 300 Mg Cápsulas registro sanitario INVIMA 2011m-0012223, no incluye el manejo de cirrosis biliar primaria.

Por último, aclara que nuevamente se sometió el caso al Comité Técnico Científico de la EPS, quienes después de revisar el caso de la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, ratificaron su negación en la entrega del mismo, porque científicamente no cumple con los requisitos e indicaciones mínimos de seguridad terapéutica avalados por el máximo ente

que regula los medicamentos como lo es el INVIMA.

Por lo anterior, solicita que se niegue por improcedente la acción de tutela impetrada contra la EPS Salud Total y/o en su defecto, se les exonere de toda responsabilidad por los efectos adversos que pueda tener este medicamento en la paciente, teniendo en cuenta que no están indicados para tratar la patología que presenta la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho.

1.2.3.2 Mediante escrito del 15 de marzo de 2013, el Ministerio de Salud y Protección Social -FOSYGA-, a través de su Director Jurídico, manifestó que esa Entidad es un ente rector en materia de salud, que le corresponde adoptar y formular las políticas, planes, programas y proyectos del sector salud y del sistema de seguridad social.

Indicó que la pretensión de la accionante es genérica, por lo que se hace necesario que su médico tratante precisara cuales son los medicamentos y procedimientos requeridos, a fin de que se pudiera determinar si se encuentran o no incluidos en el POS, situación que permitiría ejercer de manera concreta y efectiva el derecho de defensa. Advirtió además, que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración del derecho, por cuanto pretender su protección a futuros eventos, se estaría frente a condiciones médico-clínicas y patologías desconocidas, lo cual desvirtuaría la naturaleza residual de la acción de tutela.

Por último, solicitó que se ordene a la EPS, para que garantice la adecuada prestación de los servicios de salud, brindar a la afiliada los servicios POS o NO POS de acuerdo a la patología que presenta, en los eventos de que sean ordenados por su médico tratante para mejorar su calidad de vida.

1.2.4 Decisiones judiciales

1.2.4.1 Mediante fallo del 20 de marzo de 2013, el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá, amparó los derechos fundamentales de la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, y ordenó a la EPS Salud Total que autorice el suministro del medicamento Ácido Ursodesoxicólico 300 Mg., o uno equivalente, que aparezca debidamente registrado en el INVIMA, y que además, suministre a la paciente el tratamiento integral que requiera para el restablecimiento de su salud.

1.2.4.2 Impugnada la decisión por la EPS Salud Total, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de junio de 2013, ordenó revocar el fallo de primera instancia y negó el amparo solicitado por la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho. Lo anterior, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede autorizar la entrega de un medicamento que no cuenta con el Registro Sanitario para determinado diagnóstico, pues éste es un análisis que se escapa del ámbito jurídico.

1.2.5 Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.2.5.1 Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho (folio 2).

1.2.5.2 Copia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos expedido por la EPS Salud Total (folio 3).

1.2.5.3 Copia del Acta del Comité Técnico Científico de Salud Total EPS (folio 4).

1.2.5.4 Copia de la fórmula médica expedida por la IPS Virrey Solís a la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, donde se le ordena el medicamento Ácido Ursodesoxicólico 300 Mg. (Folios 5 al 7)).

1.2.5.5 Copia de la justificación médica que expide Salud Total EPS en el suministro del medicamento Ácido Ursodesoxicólico 300 Mg. (folio 8).

1.3 EXPEDIENTE T-4.013.446

La señora Yaneth Patricia Pérez Arellano presentó solicitud de amparo constitucional contra Saludcoop EPS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la dignidad humana y a la integridad física, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle una cirugía de mamoplastia bilateral, abdominoplastia mas plicatura muscular más neoformación del ombligo que sostiene que requiere con urgencia atendiendo su actual estado de salud.

1.3.1 Hechos y Fundamentos

1.3.1.1 La señora Yaneth Patricia Pérez Arellano quien cuenta con 44 años de edad, y se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en el Régimen Contributivo a Saludcoop EPS.

1.3.1.2 Aduce que presentó dolor dorsal no irradiado de varios años de evolución con aumento mamario, para lo cual se le diagnosticó dorsalia. En razón a ello, su médico tratante le ordenó 20 sesiones de fisioterapias, que no mejoraron su estado de salud.

1.3.1.3 Asegura que el especialista en ortopedia de Saludcoop EPS le recomendó una cirugía de reducción de senos, necesaria para mejorar la causa de sus dolencias.

1.3.1.4 Indica que el día 17 de octubre de 2012, solicitó a Saludcoop EPS, la autorización para la cirugía de mamoplastia bilateral, abdominoplastia más plicatura muscular más neoformación del ombligo, recomendada por el médico cirujano plástico especialista en estética y reconstrucción.

1.3.1.5 Mediante escrito del 6 de noviembre de 2012, Saludcoop EPS negó la solicitud presentada, al considerar que el servicio no fue debidamente ordenado, como tampoco se agotaron las posibilidades técnicas y científicas, así como también se trata de una actividad o insumo con fines estéticos.

1.3.1.6 Agrega la accionante, que la negativa incide de manera grave en su salud causándole un deterioro en su calidad de vida, por lo que requiere la cirugía de manera urgente para continuar con el tratamiento diagnosticado por su médico tratante en aras de mejorar su estado de salud.

1.3.2 Solicitud

La accionante solicita que le sean amparados los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la dignidad humana y a la integridad física, y se le autorice de manera inmediata la cirugía de mamoplastia bilateral, abdominoplastia más plicatura muscular más neoformación del ombligo que requiere para mejorar su actual estado de salud. Además, requirió como medida provisional la expedición de la orden o autorización de la cirugía antes descrita.

1.3.3 Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías para Adolescentes de Cartagena admitió la tutela el 6 de febrero de 2013, y requirió a Saludcoop EPS, para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por la accionante. De igual forma, negó la medida provisional solicitada por la tutelante.

1.3.3.1 Mediante escrito del 8 de febrero de 2013, el Director Seccional de Saludcoop EPS de Cartagena informó que la tutelante se encuentra afiliada al Régimen Contributivo a esa EPS en calidad de cotizante desde el 29 de marzo de 2012.

Igualmente, indicó que los procedimientos que solicita la afiliada son estéticos que no hacen parte de las inclusiones en el POS, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994 y el Acuerdo 029 de 2011.

Aseguró que Saludcoop EPS no ha violado ni amenazado los derechos fundamentales de la paciente, dado que se le ha brindado el servicio médico requerido para el tratamiento de su enfermedad, como se deduce de las autorizaciones de servicios otorgadas a la accionante, las cuales se anexan.

1.3.4 Decisiones judiciales

1.3.4.1 Mediante fallo del 18 de febrero de 2013, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías para Adolescentes de Cartagena amparó los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la dignidad humana y a la integridad física de la accionante, y ordenó a Saludcoop EPS que le autorizara la cirugía de mamoplastia bilateral, abdominoplastia más plicatura muscular más neoformación del ombligo prescrita por su médico tratante.

El Juzgado fundamentó su decisión en el hecho que dentro del expediente Saludcoop EPS no probó que existirá otro procedimiento que supliera en igualdad de condiciones y efectividad el servicio que se encuentra excluido del POS, ya que las fisioterapias no le han ayudado a mejorar los fuertes dolores que presenta.

1.3.4.2 Ante la impugnación presentada por Saludcoop EPS al fallo de primera instancia, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de conocimiento de

Cartagena, mediante fallo del 4 de abril de 2013, revocó el fallo aludido y denegó el amparo solicitado, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, como consta de las pruebas aportadas, el informe del médico especialista en ortopedia, dice que la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano es una paciente con dolor dorsal que no mejora con tratamiento médico ni fisioterapia, pero que no presenta patología de columna sino aumento del tamaño mamario, por lo que sólo considera la posibilidad de realizar una cirugía reductora de seno.

En segundo lugar, pese a solicitar pruebas dentro del proceso sobre la certificación médica con bases científicas que indicaran la necesidad de los procedimientos quirúrgicos solicitados, así como para determinar la capacidad económica de la accionante, éstas nunca fueron posibles que se aportaran por parte de las partes.

Por último, la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano nunca mencionó carecer de recursos económicos en su demanda, y a pesar de haber sido citada a rendir declaración para que demostrara su falta de capacidad económica, ésta nunca se presentó.

Concluyó, que no se encuentra probado el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para autorizar este tipo de intervenciones o tratamientos médicos estéticos, por cuanto implica un grave detrimento del patrimonio del Estado, dado que puede ocasionar un desequilibrio financiero del sistema de salud.

1.3.5. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.3.5.1. Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano (folio 7).

1.3.5.2. Copia de la historia clínica de la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano expedida por Saludcoop EPS donde aparece en recomendaciones: “paciente con dolor dorsal no mejora con tratamiento médico ni fisioterapia no presenta patología de columna. Debido a que presenta aumento del tamaño mamario se considera la posibilidad de realizar cirugía reductora mamaria” (folio 8).

1.3.5.3. Copia de la formula médica expedida por un médico particular especialista en ortopedia a la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano, donde se “considera la posibilidad de realizar cirugía reductora mamaria” (Folio 9).

1.3.5.4. Copia del formato de solicitud y justificación médica para medicamentos NO POS (folios 10 y 11).

1.3.5.5. Copia de la orden del médico particular especialista en cirugía plástica y estética reconstructiva, en la que se ordena la cirugía de mamoplastia bilateral, abdominoplastia más plicatura muscular más neoformación del ombligo y liposucción de espalda (folios 12 y 13).

1.3.5.6. Copia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos expedido por Saludcoop EPS (folio 14).

1.4. EXPEDIENTE T-4.016.687

La señora Fanny Esther Soto Rodríguez presentó solicitud de amparo constitucional contra Coomeva EPS invocando la protección de los derechos fundamentales a la a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social en salud, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el suministro del medicamento ordenado por su médico tratante.

1.4.1. Hechos y fundamentos

1.4.1.1. La señora Fanny Esther Soto Rodríguez, quien cuenta con 57 años de edad, manifiesta que se encuentra afiliada a Coomeva EPS.

1.4.1.2. Sostiene que es paciente con diagnostico de artritis reumatoidea severa, razón por la cual su médico tratante de la EPS le ordenó el medicamento de Etanar polvo iofolizado 25 mg. x 24 ampollas, el cual considera que es fundamental para el adecuado tratamiento de su enfermedad.

1.4.1.3. Indica que la EPS ha negado la entrega del medicamento Etanar polvo iofolizado 25 mg. x24 ampollas, sin tener en cuenta que desde enero de 2013 se encuentra dentro del plan de beneficios obligatorios de salud - POS -.

1.4.1.5. Asegura que la negativa de Coomeva EPS le está ocasionando un grave perjuicio pues tiene ingresos muy modestos que no le permiten asumir el costo económico que eso le generaría, en tanto, la ausencia del tratamiento le está afectando notoriamente su salud.

1.4.2. Solicitud

Solicitó que se le amparen los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social en salud, y se ordene a Coomeva EPS, que le autorice el suministro del medicamento Etaner polvo iofolizado 25 mg. x24 ampollas, ordenado por su médico tratante y por el tiempo que sea necesario para su recuperación, teniendo en cuenta la patología que padece. Además, requirió medida provisional tendiente a la expedición de la orden o autorización del citado medicamento.

1.4.3. Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta, mediante auto del 14 de junio de 2013, admitió la tutela y requirió a Coomeva EPS, para que respondiera por los hechos narrados en la acción de tutela. De igual forma, negó la medida provisional solicitada por la tutelante.

Mediante escrito del 25 de junio de 2013, el juzgado dejó constancia de la solicitud que hiciera ese Despacho a Coomeva EPS sobre el requerimiento de la accionante de la entrega del medicamento Etanercept polvo iofolizado para reconstruir No. 25 de 25 mg. La EPS accionada se limitó a responder que el código de ese medicamento no existía, y por lo tanto, no lo registraban en sus archivos, por tanto, debían consultar al médico tratante para cambiar la orden por otro similar.

El juzgado de instancia consultó al especialista sobre el medicamento ordenado a la accionante, quien informó en forma afirmativa de su existencia, la cual se encuentra registrada con el nombre Etanar de los laboratorios Lafrancort.

1.4.4. Decisión judicial

1.4.4.1. Mediante fallo del 25 de junio de 2013, el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta negó los derechos fundamentales de la señora Fanny Esther Soto Rodríguez. La decisión se fundamentó en la

inexistencia de pruebas dentro del proceso referentes a: la solicitud que realizara la accionante a Coomeva EPS del medicamento Etanar polvo iofolizado 25 mg. x24 ampollas, y la negación del mismo por la entidad accionada.

No hay constancia de impugnación dentro del proceso de tutela, una vez notificada las partes.

1.4.5. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.4.5.1. Copia de la orden del médico particular especialista en reumatología (folios 6 y 7).

1.4.5.2. Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Fanny Esther Soto Rodríguez (folio 8).

1.5. EXPEDIENTE T-4.023.519

El señor Jairo Galindo Galindo presentó solicitud de amparo constitucional contra Coomeva EPS, invocando la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el suministro del medicamento Fluvoxamina 100 mg. ordenado por su médico tratante.

1.5.1. Hechos y fundamentos

1.5.1.1. El señor Jairo Galindo Galindo, quien cuenta con 40 años de edad, manifiesta que se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud en el Régimen Contributivo a Coomeva EPS.

1.5.1.2. Sostiene que desde el año 2012 se le diagnosticó trastorno obsesivo compulsivo, para lo cual ha sido tratado con los medicamentos Quetiapina 25 mg., Imipramina 25 mg. y Clonacepan 0.5 mg.

1.5.1.3. Asegura, que el consumo del medicamento Imipramina 25 mg. le ha

ocasionado con el tiempo graves problemas en su visión, razón por la cual el día 10 de abril de 2013, su médico tratante le cambió el citado medicamento por Fluvoxamina 100 mg.

1.5.1.4. Indica que el día 11 de abril de 2013, presentó la fórmula médica a Coomeva EPS, para que el Comité Técnico Científico autorizara el suministro del medicamento Fluvoxamina 100 mg.

1.5.1.5. Manifiesta que el 18 de abril del mismo año, el Comité Técnico Científico de Coomeva EPS emitió respuesta negativa para el suministro de dicho medicamento, el cual sustentó en que "... no se cuenta con justificación amplia ni pertinente para su prescripción", basado en: "1. No se agota los recursos ofrecidos por el Manual de Medicamentos y Manual de Actividades ... 2. Al consultar las indicaciones del INVIMA para uso según resolución 3099/2008: solo podrán prescribirse medicamentos, servicios y ejecución o realización por las respectivas normas vigentes en el país como las expedidas por el INVIMA... 3. No existe riesgo eminente para la vida o salud del paciente, demostrable a través de la historia clínica evaluada".

1.5.1.6. Afirma que la falta del medicamento Fluvoxamina 100 mg. afecta gravemente su salud, toda vez que es indispensable para controlar la patología que padece, teniendo en cuenta que la Imipramina 25 mg., no la puede continuar usando debido a las alteraciones y disminución considerable de su visión, con el riesgo de perderla en su totalidad.

1.5.1.7. Concluye que la negativa de la EPS Salud Total amenaza sus derechos fundamentales poniendo en riesgo su salud y su vida.

1.5.2. Solicitud

Solicitó que se le amparen los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, y se ordene a Coomeva EPS que autorice el suministro del medicamento Fluvoxamina 100 mg., ordenado por su médico tratante y por el tiempo que sea necesario para su recuperación, teniendo en cuenta la patología que padece, así como la atención integral al trastorno obsesivo compulsivo que padece y la exoneración de los copagos o cuotas de recuperación por los servicios de salud autorizados. Además, requirió medida provisional tendiente a la expedición inmediata de la orden o autorización del citado

medicamento.

1.5.3. Traslado y contestación

El Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, mediante providencia del 22 de abril de 2013, admitió la tutela, y requirió a Coomeva EPS para que respondieran por los hechos narrados en la acción de tutela. De igual forma vinculó al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, dándole traslado de la demanda. En el mismo auto se abstiene de conceder la medida provisional solicitada por el tutelante.

1.5.3.1. Mediante escrito del 6 de mayo de 2013, Coomeva EPS manifestó que la accionante se encuentra afiliado a esa entidad en calidad de cotizante con 718 semanas de cotización.

En primer lugar, dice que el tutelante ha recibido la atención integral para lo cual se le ha suministrado los procedimientos, intervenciones y medicamentos formulados por sus médicos tratantes, requeridos para la atención de su salud. Que como paciente con diagnóstico de trastorno obsesivo compulsivo ha recibido manejo con el especialista en psiquiatría, quien le ha ordenado tratamiento con Quetiapina 25 mg., Imipramina 25 mg. y Clonacepan 0.5 mg., sugiriendo el cambio de Imipramina 25 mg. por Fluvoxamina 100 mg.

En segundo lugar, la solicitud de este último medicamento fue solicitado al Comité Técnico Científico, quienes revisaron las normas vigentes y tomaron la decisión de no aprobar su suministro, teniendo en cuenta que se trataba de: “Paciente 40 años de edad, antecedentes de TRASTORNO OBSESIVO COMPULSIVO, en manejo con inipramina, quetiapina y clonazepan, con ideas delirantes contra Dios, la religión las cuales han generado estrés emocional, no asociado a síntomas psicóticos, no se describen síntomas depresivos en su historia clínica de psiquiatría, sugieren manejo con FLUVOXAMINA tabletas 100 mg., y tomando en cuenta los documentos radicados para evaluación por el Comité Técnico Científico: solicitud justificación servicios NO POS, copia de fórmula médico tratante, copia de la historia clínica, se evidencia que el ordenamiento FLUVOXAMINA tabletas 100 mg., NO INCLUIDO en el Manual de Medicamentos y manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, como tampoco dentro del acuerdo de la CRES

029 de 2011, y que aunque es formulado por un profesional adscrito a la red de servicios COOMEVA EPS, el ordenamiento NO CUENTA CON JUSTIFICACIÓN amplia ni pertinente para su prescripción, por lo tanto este Comité Técnico Científico define NO APROBAR el ordenamiento anotado.”

Por otra parte, en cuanto a la exoneración de las cuotas moderadoras, afirmó que no existe prueba dentro del expediente que concluya que el cotizante no cuenta con la capacidad económica de pago necesaria que le permita asumir los costos generados por ese concepto. Por último aclara, que es contradictorio que una persona que pertenezca al régimen contributivo sostenga que no tiene los recursos para asumir los gastos de las cuotas moderadoras y de los servicios en salud NO POS.

Por lo anterior, solicita que se niegue por improcedente la acción de tutela impetrada contra Coomeva EPS.

1.5.3.2. Mediante escrito del 24 de abril de 2013, el Ministerio de Salud y Protección Social -FOSYGA-, a través de su Director Jurídico, manifestó que el tratamiento integral que solicita el tutelante es una pretensión genérica, por lo que es necesario que su médico tratante precise los medicamentos y procedimientos que requiere, a fin de que se pudiera determinar si se encuentran o no incluidos en el POS, situación que permitiría ejercer de manera concreta y efectiva el derecho de defensa.

Respecto del medicamento Fluvoxamina 100 mg., advirtió que se encuentra excluido del POS, y por lo tanto la prescripción del profesional en salud deberá someterse a lo dispuesto por el Comité Técnico Científico, y a las normas vigentes sobre el tema.

1.5.4. Decisión judicial

1.5.4.1. Mediante fallo del 3 de mayo de 2013, el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga negó las pretensiones de amparo solicitadas por el señor Jairo Galindo Galindo.

La anterior decisión se fundamentó en que la jurisprudencia constitucional ha establecido que las reglas referentes a las exclusiones de medicamentos y/o procedimientos y servicios NO POS, pueden inaplicarse cuando el paciente requiera de los servicios para preservar su

salud; que el médico tratante los haya ordenados; que no pueda remplazarse por otros que sí estén incluidos; y que el paciente o su familia no puedan sufragar los costos que éste les genere. Indica el a-quo, que esta última condición no se encuentra probada dentro del expediente.

1.5.4.2. El Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bucaramanga, mediante sentencia del 20 de junio de 2013, confirmó el fallo de primera instancia al considerar que el juez constitucional no puede comprometer la salud de una persona ordenado determinado medicamento que no fuera autorizado por el Comité Técnico Científico, cuando la negativa de éste se basó en razones de índole científicas que podrían afectar la vida del tutelante, aunque el medicamento fuera ordenado por su médico tratante.

1.5.5. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.5.5.1. Copia del formato de solicitud y justificación médica para medicamentos NO POS (folios 8 y 9).

1.5.5.2. Copia de la negación de servicio de salud y/o medicamentos expedido por Coomeva EPS (folios 11 y 14).

1.5.5.3. Copia del concepto del Comité Técnico Científico dirigido al médico tratante donde niega la solicitud del medicamento Fluvoxamina 100 mg., realizada por el paciente Jairo Galindo Galindo (folio 12).

1.5.5.4. Copia de la formula médica expedida por el médico tratante de la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo de Bucaramanga al paciente Jairo Galindo Galindo (Folio 9).

1.6. EXPEDIENTE T-4.031.605

El señor Remberto Temístocles Duque Mosquera presentó solicitud de amparo constitucional contra CAPRECOM EPS invocando la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, los cuales considera

vulnerados por la entidad demandada, al no asumir los costos de alimentación, transportes y viáticos para recibir tratamiento integral en salud de acuerdo con la patología que padece.

1.6.1. Hechos y fundamentos

1.6.1.1. El señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, quien cuenta con 62 años de edad, manifiesta que se encuentra afiliado activo a la EPSS CAPRECOM del departamento de San Andrés Islas, Nivel Sisbén 2.

1.6.1.2. Sostiene que el día 8 de enero de 2010, le fue realizada una cirugía en la ciudad de Medellín a consecuencia de un cáncer de colon, después de la cual, presentó complicaciones debido a una peritonitis, la cual fue tratada de inmediato.

1.6.1.4. Asegura que anterior, presentó complicaciones que conllevaron a una peritonitis. Sin embargo, dice que después de la salida de la UCI decidió regresar a San Andrés Islas para recuperarse antes de iniciar el tratamiento de quimioterapia, y para ello, solicitó un préstamo a los vecinos para comprar los pasajes de vuelta a su hogar, dado que la EPSS no le reconoció el albergue ni el transporte.

1.6.1.5. En esas condiciones, dice que tuvo que vender sus bienes así como su atarraya y su canoa, que eran su medio de subsistencia, con el fin de poder regresar a Bogotá y pagar unos días de hospedaje en un hogar de paso e iniciar el tratamiento de quimioterapia.

1.6.1.6. Dice que su enfermedad es catastrófica y requiere constantes valoraciones médicas especializadas y remisiones a hospitales del tercer nivel con los cuales no cuenta la Isla de San Andrés, lo que lo obliga a tener una disponibilidad presupuestal para el cubrimiento de sus necesidades básicas como alojamiento, pasajes y alimentación, para lo cual, manifiesta que no cuenta con los recursos económicos para asumir esos gastos, y que resultan necesarios para poder acceder al tratamiento que su patología requiere y que son indispensables para su recuperación.

1.6.1.7. Indica que a la fecha no sabe como solventar su situación, teniendo en cuenta que es adulto mayor sin empleo ni medio de subsistencia y que debido a su enfermedad catastrófica se encuentra en situación de vulnerabilidad, requiriendo atención especial e

integral para el manejo de su enfermedad.

1.6.2. Solicitud

Solicitó que se le amparen los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, y se ordene a la EPSS CAPRECOM que autorice el pago de los gastos de transporte, albergue y alimentación que requiere para continuar el tratamiento de quimioterapia en la ciudad de Bogotá, así como el tratamiento integral que sea necesario para su recuperación, teniendo en cuenta la patología que padece.

1.6.3. Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante providencia de fecha 4 de junio de 2013, admitió la tutela, y requirió a la EPSS CAPRECOM, para que respondiera por los hechos narrados. De igual forma, vinculó a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, para que se pronunciara sobre el caso. Posteriormente, mediante auto del 11 de junio de 2013 se vinculó a la Secretaría de Salud Departamental de San Andrés Islas, y a la EPSS CAPRECOM del Municipio de San Andrés Islas, por los mismos hechos.

1.6.3.1. Mediante escrito del 7 de junio de 2013, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá a través de su Directora de Gestión judicial, manifestó que de acuerdo a la verificación efectuada en el FOSYGA - BDUA y en el DNP, el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, se encuentra afiliado como activo al Régimen Subsidiado de salud Sisbén Nivel 2 en la EPSS CAPRECOM del Departamento de San Andrés desde el 4 de abril de 2007.

Igualmente, informó que registra diagnóstico: "CARCINOMA DE COLON (ALTO COSTO PARA RADIO O QUIMIO). POR EIGENCIAS DEL TRASTAMIENTO ESPECIALIZADO, LA EPS-S DE SAN ANDRÉS AUTORIZÓ TRASLADO A BOGOTÁ, PERO EL ACCIONANTE SOLICITA SE ASUMAN LOS GASTOS DE ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN EN HOGAR DE PASO. EL TRANSPORTE DEL ENFERMO DEBE SER COSTEADO POR LA EPS-S, PERO NO ASÍ EL HOGAR DE PASO O LOS OTROS COSTOS QUE CON RAZÓN MENCIONA. LA RESOLUCIÓN 1440 DE MAYO 6 DE 2013 REGLAMENTÓ LA COBERTURA DE LOS HOGARES DE PASO POR CUENTA DE LAS EPS-S, PERO SOLAMENTE PARA EL MENOR DE EDAD CON DIAGNOSTICO DE CANCER."

Sobre la atención integral del paciente, dijo que era preciso indicar que como paciente de

cáncer de colon, goza de atención en salud de manera integral según la Ley 1384 del 19 de abril de 2010, o “Ley Sandra Ceballos” “Por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia”, la cual determina que cuando el tratamiento o los exámenes de diagnóstico lo exijan, los beneficiarios tendrán derecho a contar con los servicios de un hogar de paso, pago del costo del desplazamiento, apoyo psicosocial y escolar, de acuerdo con sus necesidades, certificadas por el Trabajador Social o responsable de la atención del paciente.

Por otra parte, indicó que le corresponde a la EPSS CAPRECOM del Departamento de San Andrés y al Municipio de San Andrés, garantizar los servicios en salud que estén contemplados en el POS o fuera de él, teniendo en cuenta el tratamiento médico que requiera el paciente, así mismo, la integralidad y continuidad del mismo. Lo anterior, por cuanto el tutelante se encuentra registrado como activo en ese Departamento.

Por último aseguró, que la competencia de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, tiene una destinación específica dado que los recursos que maneja son destinados al cubrimiento de atenciones en salud brindadas por las Administradoras del Régimen Subsidiado en Salud y atenciones a la población pobre no asegurada sin capacidad de pago residentes en el Distrito de Bogotá.

En esas circunstancias, solicitó que se desvinculara a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, dado que no ha violado los derechos fundamentales en salud del accionante.

1.6.3.2. Mediante escrito del 13 de junio de 2013, el Director de la EPSS CAPRECOM Territorial San Andrés Islas, manifestó que el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, se encuentra afiliado a la EPSS CAPRECOM del Departamento de San Andrés en el Régimen Subsidiado.

Igualmente, señaló que verificada la historia clínica del paciente se constató que se le han brindado los servicios de manera oportuna y diligente según lo ha requerido y de acuerdo con las indicaciones del galeno tratante, y que no solo se le autorizaron todos los servicios para que fuera atendido en Bogotá, sino que se le expidieron y entregaron los tiquetes para el transporte aéreo a esa ciudad.

Sin embargo, sostuvo que los servicios de albergue y alimentación no corresponden a la

salud, los cuales se encuentran expresamente excluidos del POSS, por tanto, solicitó se excluyera a esa entidad de toda pretensión del accionante, que resulta excesiva y podría afectar no solo los intereses financieros del sistema de seguridad social en salud, sino a la comunidad misma, que por la falta de los recursos se privarían a otros usuarios de la prestación de los servicios médicos.

Por último, manifestó que en fallos anteriores en los cuales el accionante presentó acción de tutela por los mismos hechos, y que las mismas han sido negadas por los jueces constitucionales, se puede observar la atención permanente que se le ha brindado al paciente en relación con la patología que lo afecta y las constantes remisiones a las que ha sido llevado por la EPS-S por la que ahora incrimina de vulnerar sus derechos fundamentales[1].

1.6.3.3. Mediante escrito del 13 de junio de 2013, la Secretaría de Salud del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina manifestó que de acuerdo a la verificación efectuada en el FOSYGA, el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, se encuentra afiliado a la EPS-S CAPRECOM del Departamento de San Andrés.

Igualmente, aseguró que la EPSS CAPRECOM es la competente para suministrar al paciente los servicios de salud de manera integral, dado que estas empresas son las que perciben los recursos económicos del Estado para garantizar el acceso a los servicios de salud del régimen subsidiado, y solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela impetrada contra esa Secretaría.

1.6.3.4. Mediante escrito del 17 de junio de 2013, la Fundación Amigos de la Salud Virgen de Manare de Bogotá, atendió la solicitud que le hiciera el juez constitucional sobre la condición del señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, hospedado en ese lugar, y la persona que asume sus gastos.

Al respecto, informó que el tutelante ingresó a la Fundación el día 8 de abril de 2013 de acuerdo con lo reportado por la EPSS CAPRECOM Regional San Andrés para asistir a las citas programadas en el Instituto Cancerológico, con autorización de albergue No. 8123122 por un día.

Aseguró que el paciente asistió a la cita programada para el 9 de abril del mismo año al

citado Instituto a medicina interna-oncología clínica, pero no se devolvió a su lugar de origen por cuanto le fueron programadas otras citas médicas para el 16 de abril y el 10 de mayo de 2013.

Afirmó que el día 11 de abril de 2013, la EPSS CAPRECOM Regional San Andrés le comunicó a la Fundación que no cubría el servicio de albergue para el señor Duque y por ello no le autorizaba más días en ese lugar. Sin embargo, asegura la fundación, que el tutelante hizo caso omiso a la orden aduciendo que no tenía a donde ir. Razón por la cual, la Fundación le suministró el servicio desde el día 8 de abril hasta el 16 de junio de 2013, cuando la EPSS CAPRECOM Regional San Andrés le envió un tiquete de regreso a San Andrés.

1.6.4. Decisión judicial

1.6.4.1. Mediante fallo único de instancia del 17 de junio de 2013, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá negó la solicitud de amparo de los derechos fundamentales del señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, al considerar que si bien, la EPSS CAPRECOM Regional San Andrés no asumió el hospedaje y la alimentación del tutelante, también es cierto que dichos servicios no son considerados de salud, razón por la cual, no podría entenderse que la negativa en la prestación de los mismos, esté vulnerando el derecho fundamental a la salud del tutelante.

Además se evidenció de las pruebas aportadas al proceso, que la demandada cumplió con la prestación del servicio en forma oportuna y diligente, atendiendo los requerimientos ordenados por el profesional especializado, de acuerdo a la patología que presentaba el actor.

Igualmente, dijo que no se probó que el tutelante ni su familia carecían de recursos económicos para que costear los servicios de transporte, alojamiento y alimentación.

1.6.5. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.6.5.1. Copia de la Cédula de Ciudadanía del señor Remberto Temístocles Duque Mosquera (folio 9).

1.6.5.2. Copia del formato de autorización de un paquete de albergue adulto por el día del 8 de abril de 2013 expedida por CAPRECOM EPSS al señor Remberto Temístocles Duque Mosquera (folio 11).

1.6.5.3. Copia del derecho de petición presentado el día 29 de abril de 2013, por el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera a CAPRECOM EPSS solicitando el servicio de albergue, transporte y alimentación en la ciudad de Bogotá (folios 12 al 14).

1.6.5.4. Copia de la orden clínica para los exámenes que debía realizar el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera en el Instituto Nacional de Cancerología de Bogotá (folios 15 al 20).

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Visto lo anterior, la Sala procederá al análisis de los hechos planteados, en los cuales le corresponde establecer si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados por los actores, debido a la negativa en la autorización de tratamientos quirúrgicos; medicamentos NO POS; transporte, albergue, alimentación y manejo integral de la enfermedad; exoneración de copagos o cuotas moderadoras, aduciendo en algunos casos, que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud o que se trata de procedimientos estéticos, y en otros, que la prescripción médica no coincide con las indicaciones terapéuticas aprobadas por el INVIMA para tratar la patología que padecen.

La Sala de revisión deberá examinar en cada caso particular, si la negativa de las entidades accionadas contrarían las obligaciones establecidas por esta Corporación en materia de salud.

Dado que los problemas jurídicos que se plantean ya han sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, esta Sala de Revisión reiterará lo dispues-

to por la jurisprudencia sobre la materia.

Para analizar y resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará los precedentes constitucionales agrupándolos de la siguiente forma: primero, el carácter fundamental del derecho a la salud; segundo, el derecho fundamental a la salud y su especial protección tratándose de personas que padecen enfermedades catastróficas; tercero, las cirugías de mamoplastia reductora; cuarto, el uso de medicamentos sin la aprobación sanitaria del INVIMA; quinto, la prevalencia de la orden del médico tratante para establecer si se requiere el servicio de salud; sexto, la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de procedimientos y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud - POS; séptimo, la prestación del servicio de transporte, alojamiento, viáticos, y la cancelación de los copagos para acceder a los servicios de salud, específicamente, de quienes no tienen la capacidad económica de asumirlos; octavo, se analizarán los casos concretos.

2.2.1. EL CARÁCTER FUNDAMENTAL AUTÓNOMO DEL DERECHO A LA SALUD

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[2]

Así mismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”[3]

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta[4].

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el

artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como “... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”.

En desarrollo de este mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[5].

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[6], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[7]

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En esta línea tenemos, por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993[8] y T-395 de 1998[9].

En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose presa, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

“Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cubija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.”

En la sentencia T-395 de 1998, la Corte aún sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, cuando estudió una solicitud elevada ante el ISS, acerca de un tratamiento en el exterior. Al respecto sostuvo:

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en si mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”, en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de

desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo estableció la sentencia T- 1081 de 2001[10], cuando dispuso:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007[11], amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos de valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho, más no por su positivización o la designación expresa del legislador, de manera tal que:

“la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. [12]

De igual forma esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008[13] determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” [14]

Por último, en la Sentencia T-152 de 2012[15], la Corte Constitucional indicó que:

“La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional, incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos permiten configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del

ser humano. Así, el derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta física o funcionalmente a la persona, sino cuando se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.

Debe precisarse que algunas enfermedades o padecimientos no solamente se originan en una disfunción física o funcional, sino que también se generan por presiones del medio social, que producen baja autoestima, aislamiento, inconformidad con la propia imagen, depresión, etc.. Dichas presiones deben evitarse, para garantizar la faceta preventiva del derecho a la salud e impedir que se llegue a situaciones probablemente irreversibles, que impliquen más altos costos económicos, sociales y emocionales. [16]”

En este contexto, el derecho a la salud es fundamental y susceptible de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.”[17]

De lo anterior se concluye, que cuando las entidades promotoras de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos excluidos en el POS o POS-S, están vulnerando el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo[18].

2.2.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SU ESPECIAL PROTECCIÓN TRATÁNDOSE DE PERSONAS CON CÁNCER Y LAS PORTADORAS DEL VIH. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia constitucional de manera reiterada y consolidada ha afirmado que existen personas a quienes la Carta Política confiere una protección especial por parte del Estado, ya sea por razón de su edad, por encontrarse en especiales circunstancias de indefensión, para las cuales, el amparo del derecho fundamental a la salud deviene reforzado.

En efecto, el hecho de que el tutelante ostente la condición de sujeto de especial protección por parte del Estado, impone al juez constitucional tener en cuenta que entre mayor vulnerabilidad del accionante, mayor debe ser la intensidad de la protección para realizar de esa manera el principio de igualdad real, contemplado en el artículo 13 superior.

En ese sentido, es necesario hacer alusión a las enfermedades catastróficas o ruinosas, las cuales cobran una especial relevancia en la medida que al encontrarse estos sujetos en estado de debilidad manifiesta, merecen una singular atención por parte del Estado y de la sociedad. Tal es el caso de las personas portadoras del VIH/SIDA, y de las que padecen cáncer, quienes se encuentran en una condición de debilidad manifiesta consustancial a su patología y afrontan una serie de necesidades particulares que requieren de una protección reforzada.

En este sentido, la Sentencia T-769 de 2007[19] dijo lo siguiente:

Al respecto, en la observación general número 14 el CDESC llamó la atención a propósito del notable cambio que se ha producido a partir de la aprobación de los pactos de Nueva York en la situación mundial de la salud. Además de las profundas transformaciones que se han suscitado en cuanto al concepto del derecho a la salud, debido a la consideración de elementos determinantes como la distribución de recursos y el enfoque de género, se ha tenido en cuenta la preocupante difusión de enfermedades para las cuales no han sido creadas aún soluciones definitivas en el ámbito médico, como ocurre con el cáncer y el caso emblemático del VIH y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida SIDA. La acuciante necesidad de resolver esta situación de proporciones mundiales ha renovado los esfuerzos de la comunidad científica y ha puesto de presente el impostergable compromiso por parte de los Estados de llevar a cabo las actuaciones necesarias para garantizar en estos casos el máximo nivel posible de atención a sus necesidades.

En la mencionada observación el Comité hizo especial énfasis en la obligación exigible a los Estados que han ratificado el PIDESC de brindar condiciones especiales a las personas que sufren tales enfermedades con el objetivo de poner fin a las prácticas discriminatorias que tradicionalmente los han separado de la posibilidad de gozar de las prestaciones de salud que requieren. En tal sentido, hizo explícito el deber de garantizar la accesibilidad física a estas personas, lo cual supone una obligación acentuada en cabeza del Estado de promover el acceso efectivo a los establecimientos, bienes y servicios de salud[20]. A su vez, llamó la atención sobre la necesidad de ofrecer programas eficaces de prevención y educación para evitar la propagación del virus a través de la promoción de comportamientos saludables relacionados con la salud sexual y genésica[21]. Para terminar, haciendo eco de lo establecido en la observación general número 3[22], recalcó que la atención en salud

y el acceso a los aspectos determinantes de ésta no puede estar condicionada en forma alguna a elementos discriminatorios que consideren, entre otros aspectos, el padecimiento de estos males[23]. (negrilla fuera de texto)

Por su parte, la Resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, define las enfermedades consideradas ruinosas o catastróficas:

“ARTICULO 16. ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTROFICAS. Para efectos del presente decreto se definen como enfermedades ruinosas o catastróficas, aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento.

ARTICULO 17. TRATAMIENTO PARA ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTROFICAS. Para efectos del presente Manual se definen como aquellos tratamientos utilizados en el manejo de enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo- efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo. Se incluyen los siguientes:

- a. Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer.
- c. Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
- d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
- e. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito.
- f. Tratamiento medico quirúrgico para el trauma mayor.
- g. Terapia en unidad de cuidados intensivos.
- h. Reemplazos articulares.

PARAGRAFO. Los tratamientos descritos serán cubiertos por algún mecanismo de aseguramiento y estarán sujetos a períodos mínimos de cotización exceptuando la atención inicial y estabilización del paciente urgente, y su manejo deberá ceñirse a las Guías de

Atención Integral definidas para ello.” (negrilla fuera del texto).

2.2.2.1 Respecto a las personas portadoras del VIH/SIDA, la Organización de las Naciones Unidas, a través de su Programa Conjunto sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), en el Informe sobre la epidemia mundial del SIDA[24] hizo referencia a una serie de hallazgos en relación con esta enfermedad. De esta manera, señaló:

“- El éxito a largo plazo de la respuesta a la epidemia del VIH exigirá que se avance constantemente en atender las cuestiones de violaciones de derechos humanos, desigualdad entre sexos, estigma y discriminación.

- Invertir considerablemente en la educación de las niñas, con el respaldo de políticas que impongan la educación primaria y secundaria universal obligatoria, reduciría en forma significativa el riesgo de contagio del VIH y la vulnerabilidad frente al virus para las mujeres y las niñas.

- Los programas fundamentados en pruebas para establecer normas de igualdad entre sexos deben adecuarse a las situaciones con especial atención a las iniciativas centradas en varones jóvenes y adultos.

- Los gobiernos nacionales y los donantes internacionales deben dar prioridad a las estrategias para aumentar la independencia económica de las mujeres y a las reformas legales que reconozcan los derechos de propiedad y herencia de las mujeres.

- Todos los países deben asegurar el estricto cumplimiento de las medidas contra la discriminación para proteger a las personas que viven con el VIH.

- El tercio de países que carecen de amparos legales contra la discriminación por el VIH deben promulgar esas leyes inmediatamente. Además, los países deben proteger contra la discriminación a las poblaciones en mayor riesgo y garantizar que se les reconozcan los mismos derechos humanos que al resto de la población.

- Los países deben incluir estrategias contra la estigmatización, como elementos integrales de sus planes nacionales sobre sida, invertir en una amplia variedad de actividades que incluyan: campañas desensibilización pública y de difusión de los derechos de cada uno, servicios jurídicos para las personas que viven con el VIH, expansión del acceso a

medicamentos antirretrovíricos y expresiones de solidaridad nacional en la respuesta al VIH.

-Es necesario reunir mucho más apoyo económico y técnico para que las organizaciones y redes de personas que viven con el VIH y los grupos en mayor riesgo de contraer la infección por el VIH puedan fortalecer su capacidad.”

Con fundamento en lo anterior, la sentencia T-700 de 2011[25], destaca que uno de los mecanismos propuestos para combatir la epidemia del VIH es atender las cuestiones de violación de los derechos humanos, invirtiendo recursos económicos para atender la desigualdad entre los sexos, la estigmatización y la discriminación de las personas que la padecen. De esa forma, ha señalado como un referente la dificultad que tienen los afectados por el virus del SIDA de acceder a los servicios de salud o al hecho de que se les someta a llevar a cabo infinidad de procedimientos administrativos para que se los presten.

De conformidad con lo visto, se concluye que los tratamientos que se deben conceder a las personas afectadas con cáncer y con el VIH, es de interés público y prioritario toda vez que son sujetos de especial protección constitucional. Lo anterior, en atención al inciso 2° del artículo 13 de la Carta, el cual impone la obligación de realizar actuaciones positivas y expeditas por parte del Estado con el fin de garantizar el goce pleno de los derechos de ese grupo poblacional.

2.2.2.2 En lo concerniente a las personas que padecen de “Cáncer”, gozan igualmente de una protección especial constitucional que obliga al Estado a brindarles una protección reforzada.

Al respecto, esta Corporación en Sentencia T-090/08[26], estudió el caso de una señora que padecía de cáncer avanzado renal metastásico con progresión pulmonar, quien solicitó el suministro del medicamento Sunitinib Malato, cápsula 50 miligramos, prescrito por su médico tratante, y le fue negado por no encontrarse dentro del POS, en esta ocasión la Corte señaló:

“...en razón a la enfermedad catastrófica que padece y a la incapacidad económica para asumir su tratamiento, esta corte encuentra acreditados los requisitos jurisprudenciales

para la inaplicación de la reglamentación que obstaculiza su acceso efectivo a los servicios de salud que requiere.

En consecuencia, ordena entregar el medicamento Sunitinib Malato a la accionante, hasta que la entidad de salud departamental competente lo suministre por el tiempo y con las indicaciones que le sean prescritos, sin exigir en ninguno de los casos el cobro de las cuotas moderadoras...”

Así mismo, es importante señalar que en la sentencia T-326 del 2010[27] la Corte Constitucional se pronunció acerca del deber de solidaridad y la especial protección que merecen personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como lo es el Cáncer, al respecto dijo:

“Respecto a los pacientes que padecen cáncer la Corte ha señalado que el juez de tutela debe observar las recomendaciones formuladas en el seno de la Organización Mundial de la Salud en relación con los programas de control en los cuales “se ha establecido que, frente a personas que padezcan leucemia o padecimientos cancerológicos similares, las autoridades nacionales de salud deben “proporcionar una atención apropiada con el fin de aumentar la supervivencia, reducir la mortalidad y mejorar la calidad de vida” (se subraya)...”

Por otra parte, atendiendo esa protección especial, el Gobierno Nacional expidió la Ley 1384 del 19 de abril de 2010 o “Ley Sandra Ceballos, por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia”, en la cual se declaró ésta enfermedad como de interés público y prioridad Nacional.

En resumen, por la complejidad y el manejo del cáncer esta Corporación[28] ha reiterado el deber de protección especial que deben tener las entidades prestadoras del servicio de salud, y por lo tanto, ha ordenado que se autoricen todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que se requieran para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS, razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente.

2.2.3. LAS CIRUGÍAS DE MAMOPLASTIA REDUCTORA. JURISPRUDENCIA Y LA REGULACIÓN VIGENTE

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, en algunos casos las cirugías reconstructivas en general podrían considerarse estéticas o de solo embellecimiento, en otros, constituyen claros procedimientos reconstructivos funcionales. Las primeras, no son unas atribuciones permitidas para las empresas prestadoras de salud quienes están obligadas previamente a realizar un análisis de cada caso en particular, en especial de las condiciones físicas, psicológicas y funcionales que rodean a la peticionaria[29].

En situaciones excepcionales, la Corte Constitucional ha proferido y avalado casos donde se ordena practicar la cirugía de mamoplastia reductora, que en principio es considerada como estética y por ello excluida del Plan Obligatorio en Salud. Sobre todo en aquellos eventos en los que se probó que estaban destinadas a poner fin a ciertas afecciones ocasionadas por la hipertrofia mamaria, cuando su objetivo primario fuese el de curar una dolencia en la salud, así el efecto colateral condujera aparentemente a mejorar la apariencia corporal[30].

En esos casos la jurisprudencia constitucional ha diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas, de aquellas que tienen carácter funcional, reconociendo que ante las consecuencias secundarias que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de mamoplastia de reducción deja de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a muchas dolencias en la salud.

La sentencia T-119 de 2000[31], indica esta diferencia la cual ha sido reiterada en fallos subsiguientes:

“En cada caso particular deberá establecerse por las entidades encargadas de prestar los correspondientes servicios y por el juez constitucional si la intervención quirúrgica que requiere el afiliado o beneficiario tiene realmente el carácter estético o cosmético... pues habrá eventos en los que el tratamiento haya sido ordenado por los especialistas, no por razones de belleza o presentación externa, sino con el objetivo primario de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de los aludidos aspectos corporales.”

En un caso similar, en la sentencia T-913 de 2005[32] la Corte concedió la protección solicitada de una mujer a quien su EPS le había negado la cirugía de mamoplastia reductora.

En ella señaló:

“Para la Sala, en el caso en estudio está establecido que en las reglamentaciones del Plan Obligatorio de Salud el procedimiento quirúrgico de mamoplastia de reducción reclamado, se encuentra clasificado como cirugía estética y por ello excluida del mismo. No obstante observa que se dan los elementos indicados por la jurisprudencia, para la inaplicabilidad de las disposiciones del POS que excluyen o limitan la práctica de la cirugía de mamoplastia de reducción bilateral, pues los elementos probatorios del plenario, descartan los fines netamente cosméticos o de embellecimiento de la operación y en su defecto, demuestran la necesidad de realizarla como complemento al tratamiento medicinal que le ayudará a la accionante a sobrellevar o superar en forma mas pronta, y menos traumática los padecimientos colaterales de la hipertrofia mamaria que padece, lo cual revela su carácter de cirugía funcional, además de que contribuye a preservar su vida en condiciones dignas.

Para esta Corporación es claro que el carácter funcional de la cirugía de mamoplastia reductora, esta asociado con la patología de base que le da origen, es decir, por la hipertrofia mamaria o gigantismo de mamas. Esta cirugía disminuye o minimiza los efectos colaterales como la dorsalgia y las alteraciones en la columna vertebral, mejorando la calidad de vida de las pacientes.

En todo caso, se ha indicado que cuando exista la prescripción médica de este procedimiento, el juez de tutela debe verificar previamente que la situación, condición y circunstancias particulares, encuadren dentro de los parámetros jurisprudenciales anteriormente descritos, para descartar que se trate de procedimientos con fines de carácter meramente estético o cosmético, sino que sea necesaria para objetivos funcionales del paciente, lo cual dará lugar a la protección de los derechos mencionados, evento en el cual deberá ordenarse la práctica de la cirugía, a pesar de estar excluida del POS y POS-S[33].

Para concluir, le corresponde a las entidades prestadoras de los servicios de salud establecer de manera responsable la naturaleza de las cirugías prescritas por los médicos tratantes a sus pacientes, porque como lo ha señalado esta Corporación, “dichas entidades tienen la capacidad científica y técnica para determinar, a través de los conceptos médicos

y las historias clínicas de sus usuarios, si las cirugías plásticas son de carácter meramente estético o si por el contrario cumplen fines reconstructivos funcionales.”[34]

2.2.4. EL USO DE MEDICAMENTOS SIN LA APROBACIÓN SANITARIA DEL INVIMA PARA EL TRATAMIENTO DE DETERMINADA ENFERMEDAD

La Corte Constitucional en la sentencia T- 539 de 2013[35], hace referencia a una definición sobre el uso “Off Label” de medicamentos como “el empleo de un fármaco en la práctica médica, sin indicaciones aprobadas para una determinada patología, dosis o población[36].” Y agrega que “El uso Off Label de medicamentos ha sido definido por la comunidad médica internacional, como aquella situación en la cual un medicamento es utilizado para una indicación no autorizada por la autoridad sanitaria o de medicamentos respectiva.”

La citada sentencia indica que en Colombia, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos- INVIMA es el organismo de orden nacional dedicado al control y vigilancia la calidad y seguridad de los productos farmacéuticos y alimenticios.

Igualmente dice que para “ejercer las labores de inspección, vigilancia y control de los productos farmacéuticos y alimenticios, se crearon cuatro segmentos reguladores[37]: (i) Dirección de Medicamentos y Productos Biológicos, (ii) Dirección de Dispositivos Médicos y Otras Tecnologías, (iii) Dirección de Alimentos y Bebidas, (iv) Dirección de Cosméticos, Aseo, Plaguicidas y Productos de Higiene Doméstica.”

Refiere la sentencia que, dentro de la dirección de medicamentos y productos, se creó el Programa Nacional de Farmacovigilancia[38], el cual trabaja en pro del uso seguro de los medicamentos, en el marco de los sistemas institucionales y regionales de farmacovigilancia. Éste tiene como objetivo principal realizar vigilancia a los medicamentos, una vez estos comienzan a comercializarse.

En este sentido, con el fin de fortalecer el segmento regulador de los medicamentos y la farmacovigilancia de éstos, el Ministerio de Salud y Protección Social, en conjunto con la Organización Mundial de la Salud-OMS- instituyeron una Política Farmacéutica Nacional[39], con el propósito de optimizar la utilización de los medicamentos, reducir las inequidades en el acceso y asegurar la calidad de los mismos en el marco del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Dicha política, con base a los lineamientos de la OMS, en cuanto al uso de los medicamentos expresa que “el uso adecuado de medicamentos requiere que el paciente reciba la medicación apropiada a su necesidad clínica, en las dosis correspondientes con sus requerimientos individuales, por un periodo adecuado de tiempo, y al menor costo para él y su comunidad”.

Con base en lo anterior, la sentencia T-1214 de 2008[40] protegió los derechos fundamentales de un ciudadano a quien le fue diagnosticado por su médico tratante PSEUDOTUMOR ORBITARIO, para lo cual le fue ordenado el medicamento denominado RITUXIMAB, cuya aplicación debía realizarse “en una unidad de quimioterapia con experiencia y de manera hospitalaria”. La EPS SANITAS negó de manera verbal el reconocimiento del medicamento por cuanto se encontraba por fuera del POS, no fue solicitado por el médico tratante al Comité Técnico Científico, y el medicamento no tiene registro del INVIMA para el tratamiento de la enfermedad.

La decisión se basó en que la idoneidad del medicamento para el tratamiento de un paciente debe ser determinada por el médico tratante y no por el INVIMA. Estimó que esa entidad expide el registro relativo a los medicamentos cuyo alcance en la práctica es autorizar su producción, envase y comercialización. No obstante, explicó que la idoneidad del medicamento en un caso depende en gran medida de criterios médico-científicos, que conoce no sólo el INVIMA sino principalmente el personal médico. Por esto, adujo que el literal d) del artículo 4° de la Resolución No. 5061 del 23 de diciembre de 1997 circunscribe la posibilidad del Comité Técnico Científico de autorizar medicamentos excluidos del POS. Si no cuentan con la respectiva autorización de comercialización y expendio en el país, el caso debe ser interpretado sistemáticamente con las demás normas que regulan el tema.

Con base en lo anterior, se desprende que el uso adecuado de los medicamentos, depende en gran medida de que exista una prescripción adecuada, lo que constituye responsabilidad del médico tratante.

2.2.5. PREVALENCIA DE LA ORDEN DEL MÉDICO TRATANTE PARA ESTABLECER SI SE REQUIERE UN SERVICIO DE SALUD

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que en el Sistema de Salud, la

persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad.

Igualmente ha manifestado, que el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, (ii) cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología[41].

También ha considerado, que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como “médico tratante” y quien provee las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la contradijo con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité Científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista”[42].

Sobre este punto, es importante anotar que de los conflictos surgidos entre el criterio del médico tratante y el del Comité Científico en torno a si una persona necesita o no un servicio médico o tratamiento excluido del POS, la Corte Constitucional expresó en la sentencia T-344 de 2002, indicando que:

“... mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.[43]”

Lo anterior se traduce en que en el evento en que se encuentren contemplados en el POS tratamientos que puedan sustituir el recomendado por el galeno, pero este último insta a la

EPS que lo autorice por ser el único efectivo para el manejo de la enfermedad del paciente, el concepto del médico tratante no se puede desconocer, a menos que concurran razones medico-científicas que desvirtúen lo prescrito por aquel.

Adicionalmente, esta Corporación ha establecido circunstancias en las que el acceso a los servicios y/o tratamientos de salud, debe ser garantizado de manera inmediata. En este orden de ideas, la sentencia C-936 de 2011 expresó que en el evento en que se estuviera en presencia de una urgencia en el suministro de los servicios de salud y medicamentos excluidos del POS, la EPS debe proveer el medicamento o servicio de forma inmediata, sin perjuicio de la revisión posterior del Comité Técnico Científico[44].

La citada providencia dispuso lo siguiente:

“Vale la pena aclarar que el concepto de urgencia no se agota con las emergencias médicas, las cuales se caracterizan por el riesgo inminente que se cierne sobre la vida. Los casos de urgencia son definidos por el artículo 3 del Decreto 492 de 1990 “Por el cual se reglamenta parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones” de forma amplia así:

“1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.”

A su vez, las urgencias pueden clasificarse de la siguiente forma: (i) urgencias leves, que son aquellas en las que la demora de la asistencia no genera cambios en el pronóstico médico; (ii) urgencias menos graves, en las que la atención puede tardar algunas horas sin que empeore el pronóstico; y (iii) urgencias graves o emergencias médicas, en las que cualquier demora en la prestación de los servicios médicos conlleva un aumento del riesgo de muerte.

En consecuencia, la urgencia no tiene que provenir necesariamente de un caso fortuito, como un accidente, sino que puede ser consecuencia de la evolución de una enfermedad adquirida tiempo atrás, como enfermedades catastróficas tales como el cáncer o la insuficiencia renal.

Con fundamento en estas consideraciones, la Sala considera necesario reiterar la regla que ya había fijado frente al trámite ante los CTC, en el sentido de que cuando el médico tratante disponga que el medicamento, tratamiento, insumo o cualquier servicio excluido del plan obligatorio de salud de cualquier régimen deba prestarse de manera inmediata según criterio del médico tratante, la EPS deberá hacerlo así (...)

Además, cabe recordar que el artículo 130 de la Ley 1438 dispone que es una conducta que vulnera el derecho a la salud y, por tanto, sancionable: “130.4 Poner en riesgo la vida de las personas de especial protección constitucional”, como son los niños, los adultos mayores, la mujeres embarazadas, las personas en situación de discapacidad y las personas gravemente enfermas, entre otras.”

En este orden de ideas, las entidades prestadoras de salud tienen el deber de autorizar de manera inmediata servicios de salud y/o medicamentos no incluidos en el plan de beneficios, sin someter su suministro a previa autorización del Comité Técnico Científico o de la Junta Técnico-Científica de Pares, cuando conforme a lo dispuesto por el médico tratante, se requieran de forma urgente para salvaguardar la vida y/o la integridad del paciente afectado, sin perjuicio de la revisión posterior por parte de dichas entidades.

2.2.6. LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA ORDENAR EL SUMINISTRO DE PROCEDIMIENTOS Y MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS DENTRO DEL POS

La Ley 100 de 1993 contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

El Plan Obligatorio vigente está conformado por los servicios, medicamentos y demás elementos establecidos en la Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, y actualizada mediante el Acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011 de la C.R.E.S.[45]

De otra parte, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece que “las Entidades

Promotoras de Salud -EPS- en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” Esto comprende, entre otros, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y de la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Lo anterior quiere decir, que a partir de esta ley, la responsabilidad de las EPS es la de asegurar la prestación de los servicios de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio[46], (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.[47]

De esa manera, el Plan Obligatorio estable limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, señalando que es constitucionalmente admisible “... toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.”[48]

De esa forma la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, relacionado con la procedencia de los medicamentos y procedimientos no POS, que se encuentren expresamente dentro de las normas y los reglamentos antes citados.

Sin embargo, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha ordenado procedimientos por fuera del POS. Es el ejemplo de la Sentencia SU-480 de 1997[49], que estudió varios casos de enfermos de VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena ante la negativa de suministrarles inhibidores de proteasa en la calidad y cantidad requeridos, con el fin de mejorar su calidad de vida. En ella la Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social eran de carácter prestacional, y sólo fundamentales en conexidad con el derecho a la vida. Añadió que “En el caso en el que dicho medicamento no esté contemplado en el listado oficial, pero esté de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale, aunque no esté en el listado (...) poner la paciente a realizar trámites administrativos y procedimientos judiciales para

acceder al medicamento implica agravarle su estado de salud y por ende, poner en riesgo su vida”[50].

En la sentencia T-069 de 2005[51] esta Corporación estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticada sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, razón por la cual, le fue ordenada la utilización permanente de audífonos, para lo cual, el accionante realizó la respectiva solicitud a la accionada. Sanitas EPS emitió respuesta negativa indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos. En ella, la Corte consideró que se cumplían plenamente los requisitos exigidos para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social del niño, y ordenó a Sanitas EPS para que suministrara los audífonos prescritos por su médico tratante, sin que se pudiera oponer para su negativa, la reglamentación del POS.

Sobre la base de diferentes situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante[52]”.

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero

en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de “necesidad” del paciente.

Posteriormente en la sentencia T-760 de 2008, la Corte[53] aclaró que requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, “requerir con necesidad”. En ella, aclaró el concepto de “requerir”[54] y el de “necesidad”. Respecto al primero señaló que se concretaba en que “a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.[55]”

Este criterio de la necesidad acogido en la citada sentencia, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió cuando precisó que:

“toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”[56]

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[57]

Igualmente ha indicado que “una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad.”[58]

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.[59]

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera, aun cuando no se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud correspondiente. Para lo cual, el juez constitucional deberá analizar si son imprescindibles para la preservación de la salud del paciente, caso en los cuales, la acción de tutela es procedente si se afectan derechos fundamentales y se acreditan los requisitos antes anotados.

2.2.7. EL TRANSPORTE, ALOJAMIENTO, VIÁTICOS Y LOS COPAGOS, NO PUEDEN SER OBSTÁCULOS PARA ACCEDER A LOS SERVICIOS DE SALUD PARA QUIENES NO TIENEN LA CAPACIDAD ECONÓMICA DE ASUMIRLOS

La jurisprudencia de esta Corporación, mediante sentencia T-1158 de 2001[60] trató el tema relacionado con los gastos que demanda el transporte y la manutención para hacer efectivos los tratamientos médicos, y plantea un desarrollo desde la perspectiva del principio de accesibilidad del afiliado al Sistema General de Seguridad Social, entendido como “la posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios o recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención en salud y a la seguridad social”.

En la citada sentencia agregó, que “la accesibilidad y el acceso al servicio público de salud son un todo inescindible, siendo posible el amparo constitucional del derecho en aquellos casos donde se acredite la imposibilidad objetiva del suministro de los medios suficientes y adecuados para hacer uso de la atención asistencial”. [61]

De igual forma, en la sentencia T-760 de 2008 la Corte sostuvo que en ocasiones los usuarios, para acceder a un servicio de salud, requieren que les sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica, y sostuvo que esta obligación se trasladada a las entidades promotoras de salud, únicamente en los eventos concretos donde se acredite que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario. Por lo tanto, concluyó la Corte “(...) toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado.”

Esta Corporación ha indicado en varias oportunidades[62], los casos en que el Sistema de Seguridad Social en Salud debe cubrir el servicio de transporte. No obstante este servicio no esté catalogado como una prestación asistencial de salud, algunas veces suele estar íntimamente relacionado con la recuperación de la salud, la vida y la dignidad humana, sobre todo cuando se trata de sujetos de especial protección, como los niños en circunstancias de discapacidad.

La regulación de este servicio fue establecida en el Acuerdo 08 de 2009, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, el cual se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, en los siguientes casos:

“ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención

en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Si en concepto del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.”

Como se observa, la inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud que garantiza el cubrimiento del transporte para el paciente ambulatorio que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo, en todos los niveles de complejidad, no es absoluta, dado pues, se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional[63].

En los demás casos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuente con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud. En éste evento, le corresponde al juez constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo para financiar el traslado, en los casos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el

estado de salud del usuario.[64]”

En ese sentido, esta Corporación en sentencia T-550 de 2009 ha reconocido que:

“(…)… la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar[65]”.

“A la luz de la jurisprudencia constitucional, el suministro del servicio adicional de traslado de pacientes tiene la finalidad de asegurar que el esfuerzo prestacional realizado procure el acceso de las personas que, de manera efectiva, requieren la asistencia de estas entidades, pues de otra forma su aplicación irrestricta conduciría a una desconcentrada inversión de los recursos que, en últimas perjudicaría a los sectores de la población menos favorecida que reclaman atención prevalente.

(…)

Por consiguiente, el traslado de pacientes de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud que requiera corresponde en primer término al usuario o en virtud del principio constitucional de solidaridad a sus familiares. No obstante, en casos especiales, dadas las circunstancias del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional. Lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de accesibilidad a los servicios de salud.

(…)

La Corte ha reconocido que los gastos de transporte de pacientes deben ser sufragados en los casos previstos por la legislación vigente tanto para el régimen subsidiado como para el contributivo, a saber: el Acuerdo 72 de 1997 ‘Por medio del cual se define el plan de

beneficios del régimen subsidiado”, literal d, artículo 71[67] y la Resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud’ [68].”

En cuanto al cubrimiento de gastos de traslado para el acompañante, esta Corporación señala que la protección procede cuando, atendiendo el concepto médico, el paciente requiere de un tercero para hacer posible su desplazamiento o para garantizar su integridad física y la atención de sus necesidades más apremiantes[69]. Al respecto señaló: “la autorización del pago del transporte del acompañante resulta procedente cuando (i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”

Posteriormente, el Acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011, define, aclara y actualiza el Plan Obligatorio de Salud, en cuyos artículos 42 y 43 se establece:

ARTÍCULO 42. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

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

ARTÍCULO 43. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Captación respectiva, en la zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.”

En esos términos, se encuentra establecido que por vía de tutela se puede impartir la orden

para que la empresa prestadora del servicio de salud cubra el transporte, ya sea urbano o de una ciudad a otra, del afiliado y de un acompañante, cuando el paciente lo requiera y sea ordenado por su médico tratante, de forma que pueda recibir oportunamente los servicios médicos asistenciales.

Para concluir, es obligación del juez de tutela analizar las circunstancias de cada caso en particular y determinar si se cumplen con los requisitos definidos por la jurisprudencia, caso en el cual, deberá ordenar los pagos de transporte que se requiera cuando el accionante demuestre que carece de recursos económicos y no puede sufragar el gasto del transporte para cumplir con las citas médicas, tratamientos o procedimientos necesarios para su recuperación.

Por último, respecto de las cuotas moderadoras, el artículo 49 de la Constitución Política determina que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, mediante el cual se debe garantizar “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

Esta disposición constitucional fue desarrollada por el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, al establecer que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetas a pagos moderadores entendiendo por tales, pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles.

Los pagos moderadores pueden ser de dos tipos: (i) de los afiliados cotizantes, los pagos moderadores sólo pueden ser aplicados con el objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema; (ii) y de los beneficiarios, tales son pagos que se le aplicarán para complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS.[70]

La Corte Constitucional ya había tratado el concepto de pagos moderadores como concepto genérico que incluye las distintas categorías de pagos que se realizan en el sistema. Así en sentencia T-973 de 2006[71] señaló:

“la normatividad prevé cuotas económicas adicionales a las cotizaciones que deben ser cubiertas por las personas usuarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS – para acceder a los servicios de salud. Dentro de dicha legislación el artículo 187 de

la Ley 100 de 1993 establece los pagos que deben efectuar los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo o subsidiado de salud dentro de los cuales se encuentran pagos moderadores que comprenden a su vez i) pagos compartidos-copagos-, ii) cuotas moderadoras y iii) deducibles”[72]

Uno de los principales motivos por el que las personas afiliadas o beneficiarias del régimen contributivo se ven obligadas a realizar pagos en el contexto del servicio de salud, es por requerir el tratamiento de enfermedades de alto costo que estén sujetas a un período mínimo de cotización.[73] La ley 100 de 1993, luego de aclarar que en el Sistema de Seguridad Social en Salud las EPS no pueden aplicar preexistencias, establece que el acceso a la prestación de algunos servicios de salud de alto costo para quienes se afilien al sistema, podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización.[74] Cuando una persona no cumpla con los períodos mínimos de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con la capacidad socioeconómica de la persona.[75] Esta regla se reproduce en los mismos términos en la reglamentación,[76] aunque en ella se añade un criterio de justicia adicional para determinar el monto del pago por no haber cotizado el período mínimo, a saber, el porcentaje de tiempo que falte cotizar.[77]

La Corte Constitucional mediante sentencia C-542 de 1998 declaró exequible el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, salvo la expresión “y la antigüedad de afiliación en el Sistema”. Sin embargo, la constitucionalidad fue condicionada, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar los pagos moderadores o controvierte la validez de su exigencia, “el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes”.

El Acuerdo 260 de 2004, desarrolló la disposición contemplada en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, estableciendo definiciones más precisas de los tipos de ‘pagos moderadores’ que pueden existir. En primer lugar, el Acuerdo establece que el objeto de las ‘cuotas moderadoras’ es ‘regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso’, de tal suerte que se esté ‘promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS.’[78] En segundo lugar, señala que los ‘copagos’ son

‘aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado’ cuya finalidad es ‘ayudar a financiar el sistema’.[79] La norma también aclara que el primer tipo de pagos moderadores –cuotas moderadoras– son para afiliados y beneficiarios, mientras que el segundo tipo –copagos–, son exclusivamente para los beneficiarios.[80]

La regulación indica que los montos de los pagos moderadores deberán definirse con base en ‘el ingreso base de cotización del afiliado cotizante’, advirtiendo que si existe más de un cotizante por núcleo familiar, el cálculo se hará con base en ‘el menor ingreso declarado’.[81] Adicionalmente, establece que los pagos moderadores (tanto las cuotas moderadoras como los copagos) deben ‘aplicarse’ de acuerdo con los principios de (i) equidad,[82] (ii) información al usuario,[83] (iii) aplicación general (de no discriminación),[84] y (iv) de no simultaneidad.[85]

De forma específica, el Acuerdo fija dos límites a las cuotas moderadoras en mención; establece categóricamente que:

“en ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias, y si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios”.[86]

No podrán someterse a copagos (1) “servicios de promoción y prevención” (2) “programas de control en atención materno infantil” (3) “programas de control en atención de las enfermedades transmisibles” (4) “enfermedades catastróficas o de alto costo”; (5) “la atención inicial de urgencias” (6) “los servicios enunciados en el artículo precedente”[87]

En el momento de la prestación de los servicios de salud,[88] las instituciones encargadas deben tener en cuenta, que en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.[89] Para la Corte, la falta de capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a “acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación”.[90]

La Corte Constitucional en la sentencia SU-225 de 1998[91], decidió confirmar un fallo de instancia en el que se había tutelado el derecho a la salud de un menor de edad, y se había

ordenado al Ministerio de Salud, y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C. que, en el término de 48 horas, 'se apersonen de la situación que se ha planteado respecto de la población infantil de la zona de Puente Aranda de esta ciudad, disponiendo lo necesario para que de inmediato se procese el estudio pertinente que conlleve a que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis'. En esta oportunidad, se consideró que de acuerdo con la jurisprudencia, que el juez constitucional "puede conceder la tutela de un derecho prestacional, siempre que se compruebe un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales."

De esta forma, la jurisprudencia ha considerado que está constitucionalmente prohibido aplicar pagos moderadores a los servicios que requieran los niños y niñas cuyos acudientes no cuenten con los recursos para cubrir esos gastos.

En la sentencia T-811 de 2006[92], la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que "las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación." En este caso la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada de prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.

En ese sentido, todas las personas tienen el derecho constitucional a no ser excluidas del servicio de salud que requieran, cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o cuando requieran el servicio con necesidad, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir.

De esa manera, cuando una persona tiene que asumir un pago moderador (copago, cuota moderadora) o cuando el servicio requerido no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio y la persona, o de quien ella depende, carece de la capacidad económica – parcial o total, temporal o definitiva – para asumir el costo que le corresponde, en estas circunstancias, no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, se analizarán los casos concretos para solucionar el problema jurídico planteado.

3. SOLUCIÓN DE LOS CASOS CONCRETOS

Los casos acumulados previamente expuestos, hacen referencia a situaciones en las que se alega la posible vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, ya sea por negación en la autorización o por las demoras injustificadas que obstaculizan el acceso a los servicios requeridos. Por estos hechos, la Sala aplicará la jurisprudencia constitucional pertinente, e indicará las medidas que se adoptarán de acuerdo con las circunstancias de cada uno de ellos.

Respecto a la procedencia de la acción constitucional, observa la Sala que se trata de personas, quienes ante su delicado estado de salud, y la precaria situación económica por la que atraviesan, hace que tengan que incurrir en gastos, los cuales no pueden asumir, poniendo en riesgo la integridad física, la salud y la posibilidad de su recuperación; sumado al hecho que en dos de los casos los pacientes se encuentran en situación de especial protección constitucional.

En estos casos, la acción de tutela es el medio idóneo y preferente dado que se trata de personas de especial protección constitucional, que requieren la protección a la salud y a la vida digna que consagra explícitamente el texto constitucional a favor de las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta[93].

3.1. EXPEDIENTE T- 3.980.128

3.1.1. Problema jurídico

Establecida la situación fáctica que dio origen a la presente acción de tutela, la Sala

procede a establecer si la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana del señor Joel Fernando Ríos Cárdenas, al no brindarle el tratamiento integral tendiente a su recuperación, y al no autorizarle en forma inmediata el procedimiento ordenado por su médico tratante a fin de mejorar su nivel inmunológico, debido a la enfermedad de Sarcoma de Kaposi asociado a VIH, cuyo retraso pone en riesgo su vida.

3.1.2. Resumen de los hechos

De los elementos probatorios que conforman el expediente, se encuentra acreditado que el señor Joel Fernando Ríos Cárdenas, cuenta con 31 años de edad y pertenece al Régimen Subsidiado en Salud, con antecedentes de VIH Positivo desde hace 5 años, quien presenta lesiones en pies con aumento progresivo, para lo cual es tratado por oncología en el Instituto Nacional de Cancerología, diagnosticándole la enfermedad de Sarcoma de Kaposi asociado al VIH.

Igualmente se observa de la Historia Clínica del paciente, expedida por el Instituto Nacional de Cancerología de Bogotá, que se le ordenó en primera instancia un tratamiento para mejorar el nivel inmunológico para controlar las lesiones ocasionadas por el Sarcoma de Kaposi, además de los estudios de extensión (tac de tórax, abdomen y EVDA).

También se anexaron las órdenes para la realización de los exámenes clínicos, y la solicitud del servicio a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, quien las aprobó e indicó que debía cancelar el 30% de la cuota de recuperación.

El señor Joel Fernando Ríos Cárdenas, manifiesta que ante su enfermedad se encuentra en una situación precaria para asumir los costos de la cuota de recuperación que se le exige para que le realicen los exámenes correspondientes ordenados por su médico tratante. En especial teniendo en cuenta que la patología que padece es de alto costo, que ni él ni su familia pueden costearla.

Ante la solicitud del juez de instancia, el Instituto Nacional de Cancerología de Bogotá manifestó que por ser una IPS pública no puede autorizar la exoneración del cobro de los copagos o cuotas moderadoras y mucho menos efectuar recobros, teniendo en cuenta que no es el directo responsable de la atención de los afiliados sino que es el prestador del

servicio de salud por intermedio de las EPS, EPS-S o entidad territorial correspondiente, a través de un contrato de prestación de servicios. Razón por la cual, indica que ninguna IPS está facultada para atender a los pacientes afiliados a una EPS, EPS-S o entidad territorial, sin su autorización y garantía de pago de los servicios.

Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social, informó que a partir del 1 de julio de 2012, la población perteneciente al Régimen Subsidiado goza de los planes de beneficios del Régimen Contributivo, para lo cual, en los eventos en que el afiliado requiera de algún servicio NO POS-S, éstos serán suministrado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación cuando no se puedan remplazar por uno similar; y si lo anterior no se configura, las personas afiliadas a este régimen tienen derecho a ser atendidos por la Entidad Territorial competente, ya sea departamental, municipal o distrital, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, quien pagará al prestador de los servicios de salud IPS, la atención NO POS-S con los recursos del subsidio a la oferta del fondo correspondiente.

Por último, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, manifestó que el tutelante ostenta la calidad de “pobre no asegurado”, a quien se le ha garantizado la prestación de los servicios de salud con cargo al subsidio a la oferta del Fondo Financiero Distrital de Salud a través de los hospitales de la red pública o privada con la cual se tiene contratada la atención de la población pobre no asegurada, que constituye la red complementaria de manera temporal, pero, como quiera que la razón fundamental de la acción de tutela es el cobro que hace dicha IPS de las cuotas de recuperación por concepto de los servicios prestados, el accionante deberá pagar las mismas dado que no tiene encuesta SISBEN Metodología III, razón por la cual, no es procedente acceder a la solicitud de exoneración de dichas cuotas de recuperación.

Aclaró, que como quiera que la calidad de pobre no asegurado del accionante no puede permanecer indefinida en el tiempo, es indispensable que realice los trámites para acceder al Régimen Subsidiado y presentar la encuesta SISBEN Metodología III para que se determine si es potencial beneficiario del subsidio del Estado, y de esa manera poder afiliarse a una EPS del Régimen Subsidiado, y por ende, no tener que cancelar las cuotas de recuperación por eventos incluidos en el POS, toda vez que son las EPS, EPS-S y las entidades territoriales las que tienen derecho a percibir las cuotas de reparación, copagos o cuotas moderadoras, y por ley, son las únicas que pueden exonerar a sus afiliados de esas

obligaciones y realizar los cobros respectivos.

3.1.3. Examen de procedencia y vulneración del derecho

En el presente caso, la Sala observa que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción de tutela y se protejan los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas del tutelante, por las siguientes razones:

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es un bien jurídico amparado por la Constitución y por los tratados internacionales, que lo configura como un derecho fundamental autónomo, y como tal, una garantía que protege la vida humana.

También ha precisado, que su efectiva realización depende de la existencia de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias específicas del caso concreto, sin que esto implique, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de una debida protección por vía de tutela.

En efecto, el hecho de que el tutelante ostente la condición de sujeto de especial protección por parte del Estado, impone al juez constitucional tener en cuenta que entre mayor vulnerabilidad del accionante, mayor debe ser la intensidad de la protección para realizar de esa manera el principio de igualdad real, contemplado en el artículo 13 superior.

Tal es el caso del tutelante, quien es una persona que padece de VIH Positivo, el cual se encuentra en una condición de debilidad manifiesta y debido a su patología, afronta una serie de necesidades particulares que le impiden asumir el alto costo que esa enfermedad le genera. Sumado al hecho de la estigmatización y discriminación, referente a la dificultad que tiene de acceder a los servicios de salud, toda vez que debe realizar los trámites para acceder al Régimen Subsidiado y presentar la encuesta SISBEN Metodología III para que se determine si es potencial beneficiario del subsidio del Estado, y de esa manera poder afiliarse a una EPS del Régimen Subsidiado, y por ende, no tener que cancelar las cuotas de recuperación.

Ahora bien, con relación a los trámites y procedimientos administrativos, esta Corporación ha entendido que los mismos son necesarios y razonables, siempre y cuando no se constituyan en un obstáculo para el acceso al servicio y no impongan al interesado una

carga excesiva que no le corresponde asumir.

Como se advierte en el caso presente, de los estudios de los exámenes de extensión (tac de tórax, abdomen y EVDA) que requiere el paciente con urgencia, y que fueran ordenados por su médico tratante, depende el tratamiento para mejorar el nivel inmunológico para controlar las lesiones ocasionadas por el Sarcoma de Kaposi asociado a VIH.

Advierte la Sala que esta situación, que es a todas luces de tipo administrativo, no puede prevalecer ante el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de una persona que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, por padecer una enfermedad catalogada como catastrófica o ruinosa, que requiere urgentemente de unos exámenes, los cuales no puede realizarse debido a que tiene que cancelar una cuotas de recuperación que le es imposible asumir por carecer de los recursos económicos para ello.

Para la Sala en esta oportunidad, no puede ser un argumento de recibo puesto que, por una parte, desdibuja uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, el cual es la efectividad de los derechos constitucionales y, por otra parte, los argumentos administrativos no sirven de excusa para negar o dilatar un tratamiento, pues este tipo de problemas son de la esfera interna de las EPS, EPS-S y la entidades territoriales, quienes tienen el deber de brindar todo tipo de asesorías en materia administrativa y facilitar a los pacientes la prestación del servicio que requieran.

Así las cosas, le correspondía a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, ante el precario estado de salud del accionante, garantizar la prestación del servicio de salud del paciente y, en este orden propender para que se obviara o agilizara el requisito administrativo como es la realización de la encuesta del SISBEN Metodología III, y de esa manera proceder a la afiliación del peticionario a una EPS del Régimen Subsidiado, y por ende, no tener que cancelar las cuotas de recuperación, toda vez que como consecuencia de su patología no le es posible contar con un empleo que le genere algún ingreso económico.

De esta manera, se colige que la actuación de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, fue abiertamente discriminatoria y contraria al derecho a la salud, al despojar a un sujeto de especial protección constitucional de una serie de garantías que han debido ser prestadas de manera eficiente.

3.1.4. Conclusión

Al tenor de estas consideraciones, la Sala revocará el fallo único de instancia proferido por el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Bogotá el 8 de mayo de 2013, y, en su lugar, concederá el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor Joel Fernando Ríos Cárdenas. En consecuencia, ordenará a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, disponga lo necesario para que el tutelante pueda realizar la encuesta del SISBEN Metodología III, y de esa manera sea afiliado a una EPS del Régimen Subsidiado, y por ende, se le suministren los medicamentos, exámenes, procedimientos y estudios de su patología, cubriendo el 100% del manejo integral y sin cobro por concepto de copagos o cuotas moderadoras.

3.2. EXPEDIENTE T- 4.008.003

3.2.1. Problema jurídico

En el presente caso, la EPS Salud Total negó el suministro del medicamento Ácido Ursodesoxicólico x 300 mg. x 180, ordenado por el médico tratante a la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, quien padece de cirrosis biliar primaria desde el año 2006, aduciendo que el medicamento requerido “no tiene indicación del INVIMA” para el tratamiento de su enfermedad.

Es necesario examinar si con la negativa de la entidad accionada en la entrega del medicamento no contemplado en el POS y sin indicación del INVIMA para el tratamiento del padecimiento de la tutelante, la EPS vulneró sus derechos fundamentales a la vida y a la salud.

3.2.2. Resumen de los hechos

De los elementos probatorios que conforman el expediente, se encuentra acreditado que la accionante cuenta con 53 años de edad, y se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud a través de la EPS Salud Total en calidad de beneficiaria de su hijo.

Se acredita igualmente, que a la actora le fue diagnosticado cirrosis biliar primaria desde el

año 2006, fecha desde la cual viene siendo tratada a través de médicos especialistas en gastroenterología adscritos a Salud Total EPS, quienes le venían suministrando otros medicamentos sin arrojar mejoría alguna.

Se encuentra probado, que el médico tratante de la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, adscrito a la IPS Virrey Solis, le ordenó desde hace 4 años un tratamiento con Ácido Ursodesoxicólico x 300 mg. x 180, como consta a folios 5 al 7 en el expediente, al cual, según manifiesta la paciente, ha respondiendo satisfactoriamente mejorando los síntomas que le causan su enfermedad, como son las náuseas, malestar general, dolor e inflamación abdominal, entre otros, razón por la cual, ha sido renovado periódicamente por el galeno especialista.

Reposa en el plenario de pruebas, copia del formato de solicitud y justificación médica para medicamentos NO POS, diligenciado por el médico tratante para el tratamiento con Ácido Ursodesoxicólico x 300 mg. x 180. Asimismo, obra en el expediente a folios 3 y 4, la decisión del Comité Técnico Científico de la EPS Salud Total, donde negó la solicitud de entrega de dicho fármaco para tratar el padecimiento de la accionante, en razón a que la prescripción no coincide con las indicaciones terapéuticas aprobadas por el INVIMA en el registro sanitario otorgado al producto.

En respuesta a la solicitud del juez constitucional, la accionada manifestó que la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, padece de cirrosis biliar primaria, síndrome antifosfolípido, con obesidad debido a exceso de calorías. Manifestó que el Comité Técnico Científico decidió rechazar la solicitud del medicamento con Ácido Ursodesoxicólico x 300 mg. x 180, “ya que la molécula no coincide con las alternativas autorizadas por el INVIMA, para la patología que padece la paciente.”

Teniendo en cuenta lo anterior, el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá, en primera instancia, amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la EPS Salud Total, que suministre el medicamento Ácido Ursodesoxicólico x 300 mg. x 180 o uno equivalente debidamente registrado por el INVIMA, y además, ofrezca un tratamiento integral a la paciente para el restablecimiento de su salud.

La anterior decisión, fue revocada por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, en segunda instancia por impugnación que hiciera la EPS Salud Total, y negó el amparo

invocado.

3.2.3. Examen de procedencia y vulneración del derecho

Del análisis del resumen anterior, para la Sala es claro que la acción de tutela procede en este caso, debido a que es el mecanismo idóneo para amparar los derechos de la aquí interesada, pues a través de ésta se protegen de manera oportuna las garantías invocadas. Además, el caso versa sobre los derechos de una persona que padece de una enfermedad denominada cirrosis biliar primaria desde el año 2006, situación que pone en evidencia la necesidad de la intervención del juez constitucional.

De acuerdo con lo expresado en las consideraciones, se infringen los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, cuando la entidad encargada de garantizar su prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, o cualquier servicio de salud no contemplado en el POS, siempre y cuando la provisión de los mismos se torne indispensable para garantizar a quien los solicita el cumplimiento de las exigencias mínimas de la dignidad humana, en razón a la patología que padece.

La Sala observa que se han transgredido los derechos fundamentales de la peticionaria, en razón a que la EPS Salud Total se niega a brindarle el medicamento no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud ordenado por el médico tratante.

Los fundamentos de esta conclusión son los siguientes:

En primer lugar, la peticionaria fue tratada inicialmente con los medicamentos contemplados en el POS, pero que no le ofrecieron una mejoría en su estado de salud.

En segundo lugar, el medicamento materia de controversia fue autorizado por el especialista en medicina interna y gastroenterología adscrito a la IPS Virrey Solís, para el manejo de la enfermedad de la accionante, especialmente para reducir progresión de fibrosis hepática en paciente con cirrosis biliar primaria y recomienda su uso permanente debido a la excelente respuesta a tratamiento con Ácido Ursodesoxicólico.

En tercer lugar, en virtud de las pruebas allegadas en sede de Revisión, se observa a folio 40 y 41 en el expediente, la consulta de datos de productos de INVIMA, “Sistema de Trámites en Línea” que dice: “Nombre del Producto: USOFLOL 300 MG, ACIDO

URSODESOXICOLICO 300 MG CAPSULAS Indicaciones: DISOLUCIÓN DE CÁLCULOS BILIARES DE COLESTEROL EN LA VESÍCULA BILIAR CUANDO LA FUNCIÓN DE LA VESÍCULA BILIAR ESTA INTACTA. Contraindicaciones: NO DEBE USARSE EN PRESENCIA DE INFLAMACIÓN AGUDA DE LA VESÍCULA BILIAR, OBSTRUCCIÓN DEL TRACTO BILIAR, DESORDENES INFLAMATORIOS DEL INTESTINO GRUESO Y DELGADO, EMBARAZO, CUANDO LA VESÍCULA BILIAR NO PUEDE SER VISUALIZADA CON RAYOS X, EN PACIENTES CON CÁLCULOS BILIARES CALSIFICADOS, DISTURBIOS CONTRÁCTILES DE LA VESÍCULA BILIAR O FRECUENTES CÓLICOS BILIARES.”

Se concluye que existe una evidencia científica avalada por el INVIMA que respalda el uso del medicamento con Ácido Ursodesoxicólico x 300 mg. x 180 especialmente para reducir la progresión de fibrosis hepática en paciente con cirrosis biliar primaria con óptimos resultados.

Se evidencia en el plenario de pruebas, que existe un riesgo inminente para la vida y la salud de la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, por cuanto considera el médico tratante, que el suministro del medicamento es indispensable para la estabilización de su enfermedad, y para evitar la progresión de fibrosis hepática con cirrosis biliar primaria, por lo que la no autorización de éste, pone en situación de riesgo o amenaza a la salud, la vida e integridad de la accionante.

Por último, la actora no tiene capacidad económica para sufragar el costo del medicamento, el cual asciende a la suma de \$160.000.00 mensual, valor que le es imposible asumir teniendo en cuenta su precaria situación económica, debido a que por su edad no consigue empleo, ni recibe remuneración económica por ningún motivo, y depende exclusivamente de su hijo quien gana un ingreso mínimo mensual, el cual constituye el único ingreso para el sostenimiento de su familia.

3.2.4. Conclusión

La Sala concluye que el Ácido Ursodesoxicólico x 300 mg. x 180 es el único medicamento efectivo para el tratamiento del padecimiento de la accionante, debido a que ninguno de los aplicados con anterioridad, le proporcionaron resultados satisfactorios en su estado de salud. Del mismo modo, se evidencia que el citado medicamento no está aprobado por el INVIMA para el tratamiento de cirrosis biliar primaria, no obstante cumple con los criterios para que sea procedente su autorización y suministro por parte de la EPS para reducir la

progresión de fibrosis hepática en paciente con cirrosis biliar primaria con óptimos resultados, en los términos de la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia, se revocará el fallo de tutela proferido el 24 de junio de 2013 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, que negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, y se confirmará el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá, el 20 de marzo de 2013, quien amparó los derechos de la actora. En consecuencia, ordenará a la EPS Salud Total, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, disponga lo necesario para que autorice el suministro del medicamento Ácido Ursodesoxicólico 300 Mg., y suministre a la paciente el tratamiento integral que requiera para el total restablecimiento de su salud.

3.3. EXPEDIENTE T- 4.013.446

3.3.1. Problema jurídico

A partir de los elementos constitucionales y jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia en los puntos anteriores, debe analizarse si Saludcoop EPS ha vulnerado los derechos a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la dignidad humana y a la integridad física de la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano, al no autorizar el procedimiento de mamoplastia de reducción, abdominoplastia con plicatura muscular más neoformación del ombligo.

3.3.2. Resumen de los hechos

A folio 7 se anexa fotocopia de la identidad de la accionante, lo que indica que cuenta con 44 años de edad. También se encuentra probado que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en el régimen contributivo a Saludcoop EPS.

De igual forma, a folio 8 del expediente se presenta copia de la historia clínica de la señora Yaneth Patricia Arellano expedida por Saludcoop EPS donde aparece en recomendaciones: “paciente con dolor dorsal no mejora con tratamiento médico ni fisioterapia no presenta patología de columna. Debido a que presenta aumento del tamaño mamario se considera la posibilidad de realizar cirugía reductora mamaria”.

De acuerdo con las pruebas que se encuentran en el expediente, tenemos que a folio 9 aparece copia de la fórmula médica expedida por el médico particular especialista en ortopedia a la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, donde se “considera la posibilidad de realizar cirugía reductora mamaria”, así como la constancia del formato de solicitud y justificación médica para medicamentos NO POS (folios 10 y 11).

De otra parte, la accionante indica que el día 17 de octubre de 2012, solicitó a Saludcoop EPS, la autorización para la cirugía de mamoplastia bilateral, abdominoplastia mas plicatura muscular más neoformación del ombligo, recomendada por el médico cirujano plástico especialista en estética y reconstrucción, la cual aparece en el expediente a folios 12 y 13.

Se encuentra probado, que mediante escrito del 6 de noviembre de 2012, Saludcoop EPS niega la solicitud presentada por la accionante considerando que el servicio no fue debidamente ordenado, y tampoco se agotaron las posibilidades técnicas y científicas, por lo que se trata de una actividad o insumo con fines estéticos (folio 14).

El Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías para Adolescentes de Cartagena admitió la tutela el 6 de febrero de 2013, y requirió a Saludcoop EPS, para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por la accionante. La accionada manifestó en escrito del 8 de febrero de 2013, que la tutelante se encuentra afiliada al Régimen Contributivo a esa EPS en calidad de cotizante desde el 29 de marzo de 2012, y que los procedimientos que solicita son estéticos, por lo que no hacen parte de las inclusiones en el POS. También dijo que la falta de realización de las citadas cirugías no pone en peligro la vida de la usuaria.

Mediante fallo del 18 de febrero de 2013, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías para Adolescentes de Cartagena amparó los derechos fundamentales de la accionante, y ordenó a Saludcoop EPS para que autorizara las cirugías de mamoplastia bilateral, abdominoplastia más plicatura muscular más neoformación del ombligo ordenadas por su médico tratante.

Ante la impugnación presentada por Saludcoop EPS al fallo de primera instancia, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de conocimiento de Cartagena, mediante fallo del 4 de abril de 2013, revocó el fallo aludido y denegó el amparo solicitado.

3.3.3. Examen de procedencia y vulneración del derecho

Conforme a las consideraciones expuestas acerca de la protección del derecho a la salud, debe determinarse si los procedimientos ordenados constituyen, en el caso concreto, cirugías de carácter meramente estético, y por lo tanto excluidos del POS-S, o si por el contrario tienen fines funcionales, y como tal, estar incluidos dentro del mismo.

En el caso examinado, tanto la entidad accionada como el juez de tutela de segunda instancia, señalaron que la accionante no cumple los requisitos establecidos para la autorización de servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, entre ellos, que del diagnóstico realizado por el médico que lo prescribe se desprenda que la vida de la tutelante se encuentre amenazada, considerando que se trata de procedimientos que buscan mejorar su apariencia estética.

Para resolver el presente caso, la Sala debe analizar previamente si se cumplen los requisitos trazados por la jurisprudencia constitucional para el acceso al procedimiento NO POS-S de mamoplastia reductora, así como también abdominoplastia con plicatura muscular más neoformación del ombligo.

Para la Corte Constitucional[94] es importante que las EPS no califiquen en prima facie que una cirugía plástica es “estética” o “cosmética” sin analizar las circunstancias físicas, psicológicas y funcionales del peticionario[95], por cuanto si bien en algunos casos las cirugías reconstructivas podrían considerarse de mera cosmética, en otros constituyen intervenciones funcionales que mejoran las condiciones de vida digna de las personas. En estos casos, la jurisprudencia constitucional indica que si está en riesgo el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas y a la salud, eventos en los cuales, procede el amparo constitucional y la inaplicación de las disposiciones legales que obstaculizan el acceso.

Es pertinente subrayar que el concepto de salud del modo como ha sido interpretado por la Corte Constitucional abarca no solo aspectos funcionales sino también matices psíquicos, emocionales y sociales. En ese orden, ha afirmado la Corporación que la salud ha de definirse desde una perspectiva integral, sin dejar de lado ninguna de las facetas

mencionadas. En la sentencia T-659 de 2003[96], por ejemplo, la Corte sostuvo que la salud no se identificaba sólo con “un estado de bienestar físico o funcional, sino que incluía también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no solo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud”.

En el caso de la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano, se allegó el resumen clínico en donde consta que la paciente sufre de dolor dorsal que no mejora con el tratamiento médico ni con las fisioterapias que se han sido ordenadas por su médico tratante especialista en ortopedia, haciendo la salvedad que no se encuentra afectada la columna, y que, debido al tamaño mamario, considera la posibilidad de realizar una cirugía reductora mamaria.

De acuerdo a lo estudiado por la jurisprudencia de esta Corporación, la hipertrofia mamaria en las mujeres puede no solo resultar un defecto estético, sino además funcional con proyección de afectar la salud y la vida digna, dado que en muchas ocasiones supone la aparición de dolores dorso-cervicales y otros trastornos, y según se lee en el informe médico allegado al proceso revisado, le genera a la accionante dolor de espalda debido al aumento desproporcionado de senos, que le ocasiona situaciones molestas que pueden afectar incluso la autoestima y su seguridad.

Advierte la Sala que los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de la accionante se encuentra directamente amenazado por la entidad accionada, debido a que, como consta en el concepto médico allegado al expediente, padece de dolor dorsal que no mejora con el tratamiento médico ni con las fisioterapias, lo cual revela el carácter funcional de la cirugía, comprobado como está que su realización previene, disminuye o cura las secuelas lesivas de dicha enfermedad, como la cervicalgia, la dorsalgia y las alteraciones en la columna vertebral.

Por otra parte, para la Sala de Revisión no es dable conceder el amparo solicitado por los procedimientos quirúrgicos solicitados de abdominoplastia con plicatura muscular más neoformación del ombligo, toda vez que los mismos no tienen una relación directa con el

padecimiento de dorsalia que padece la accionante, y su realización no se encuentra justificada científicamente por los médicos especialistas adscritos a la EPS.

Ahora bien, respecto a la ausencia de capacidad económica de la accionante, la jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación civil, referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica contemplada en la norma aplicable al caso, excepto ante hechos notorios y afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, como desarrollo del principio de la buena fe (art. 83 Const.), esta Corporación ha entendido que no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser demostrada e invierte la carga de la prueba, pasándola al demandado, quien deberá probar en contrario.

En el caso analizado, es evidente que ante la ausencia de pronunciamiento sobre este tópico por parte la entidad accionada, se tendrán como ciertas las manifestaciones realizadas por la accionante de no contar con recursos económicos para sufragar el costo de las intervenciones requeridas.

Así, conforme a lo analizado, en el caso objeto de revisión se cumplen los presupuestos para proteger a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la dignidad humana y a la integridad física de la demandante, de manera que pueda ordenarse la mamoplastia reductora resultando imprescindible la intervención por vía de tutela para el restablecimiento y protección de tales derechos a favor de la accionada.

3.3.4. Conclusión

En este escenario, negarle a la actora la práctica de la cirugía de reducción de mamas bajo la consideración de que sus implicaciones son meramente estéticas, sugiere que la afectada mantenga sin solución cercana el problema médico reseñado y se obligue a soportar de forma permanente dicha situación, lo que de manera alguna responde al mandato constitucional establecido en el artículo 1 de la Carta, según el cual el Estado se funda en el respeto de la dignidad humana. Adicionalmente, ello desconoce que lo que realmente se pretende con la práctica de estas intervenciones es contribuir con el tratamiento, prevención o rehabilitación de la hipertrofia mamaria y del gigantismo en los senos, corregir las alteraciones físicas, anatómicas y funcionales que se han generado en su

cuerpo y lograr el restablecimiento de su estado de salud.

Teniendo en cuenta que la cirugía solicitada es requerida de manera importante para la interesada dado el compromiso con su estado de salud, la Sala de Revisión revocará el fallo de instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Cartagena el 4 de abril de 2013, y confirmará parcialmente el fallo proferido en primera instancia por el juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cartagena el 4 de abril de 2013.

Por lo tanto, se ordenará a Saludcoop EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, en caso de no haber sido realizada la cirugía de mamoplastia reducción, gestione la evaluación médica de la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano por un equipo interdisciplinario que realice los estudios correspondientes que verifiquen si la situación clínica de la paciente sigue siendo la que se ha hecho constar en la tutela, y proceda a realizar a la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano, la cirugía de reducción mamaria, previo su consentimiento informado, en cumplimiento de lo determinado por los médicos tratantes.

Respecto a los procedimientos de abdominoplastia con plicatura muscular más neoformación del ombligo, será negada la tutela por cuanto no existe prueba dentro del proceso que éstos tienen relación directa con el padecimiento de la accionante, ni que el mismo fuera ordenado por el médico especialista de la EPS.

3.4. EXPEDIENTE T-4.016.687

3.4.1. Problema jurídico

Coomeva EPS negó el suministro del medicamento Etanercet polvo iofolizado 25 mg. x 24 ampollas, a la señora Fanny Esther Soto Rodríguez, quien padece de artritis reumatoide severa, aduciendo que el código del medicamento requerido no existía.

Es necesario examinar si con la negativa de la entidad accionada a la entrega del medicamento no contemplado en el POS que requiere la accionante para el tratamiento de su enfermedad, se vulneraron sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social.

3.4.2. Resumen de los hechos

Se procederá a abordar el análisis y estudio de cada uno de los hechos que se encuentran debidamente probados en el presente caso y que a continuación se resumen:

La accionante Fanny Esther Soto Rodríguez cuenta con 57 años de edad y se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de Coomeva EPS.

Se encuentra acreditado que la demandante, el 10 de mayo de 2013, acudió a consulta con el médico especialista en reumatología, quien le diagnosticó artritis reumatoide severa, en razón al dolor e hinchazón en manos y pies y rotación del hombro muy restringida, por lo que le prescribió el medicamento de Etanercet polvo liofilizado 25 mg. para reconstruir x 24 ampollas (folios 6 y 7).

Reposa en el plenario de pruebas, copia del formato de solicitud y justificación médica para medicamentos NO POS, el cual fue diligenciado por el médico tratante, sin el cual existe riesgo de que progrese la enfermedad con implicaciones en la salud de la paciente.

No hay constancia de la respuesta de la accionada a pesar de que recibió el requerimiento por parte del juez de instancia, razón por la cual esta Sala de Revisión aplicará lo estipulado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que establece la presunción de veracidad: “Cuando el informe no fuere atendido en el plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

De igual modo se observa de las consideraciones del fallo único de instancia, que el juez de tutela señala que la accionante en forma verbal manifestó a ese despacho, que la EPS negó el medicamento alegando la inexistencia del código del mismo. Por esa razón y ante la duda, decidió no tutelar los derechos fundamentales de la actora.

3.4.3. Examen de procedencia y vulneración del derecho

En el caso que se analiza, la Sala observa que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción de tutela y se protejan los derechos a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social de la tutelante, por las siguientes razones:

Como ya lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, la salud es un bien jurídico amparado constitucionalmente y por los tratados internacionales, que, como un derecho fundamental, constituye una garantía que protege la vida de las personas, y su efectiva realización depende de la existencia de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias específicas del caso concreto. Por ello, no deja de ser un derecho fundamental protegido por vía de tutela.

En efecto, la tutelante es una persona que padece de artritis reumatoide severa, a quien su médico tratante especialista en reumatología le prescribió el medicamento de Etanercet polvo iofolizado 25 mg. para reconstruir x 24 ampollas, y a quien según lo afirma, la EPS le negó su entrega alegando la inexistencia del código del medicamento.

Indagado por el medicamento de Etanercet polvo iofolizado 25 mg. para reconstruir x 24 ampollas, en www.medicamentosplm.com.co se encontró lo siguiente:

“Composición: Cada vial de ETANAR contiene 25 mg de POLVO liofilizado para inyección. Cada caja de ETANAR contiene 4 viales con 4 ampollas de agua destilada para preparar la solución (...)

Descripción: ETANAR es etanercept, un inhibidor del factor de necrosis tumoral (TNF), producto de biotecnología, indicado en el tratamiento de casos severos de enfermedades reumáticas como artritis reumatoidea del adulto, artritis reumatoidea juvenil y artritis psoriásica. (...) La secuencia de aminoácidos de ETANAR es idéntica a la que se reporta en el WHO Drugs Information, Volumen 13, No. 2 publicado por la Organización Mundial de la Salud en 1999 para etanercept.”

Igualmente, revisado el listado de medicamentos incluidos en el POS, según Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, aparece el medicamento de Etanercept indicado como “polvo estéril para inyección o solución inyectable – Cubierto para tratamiento de la artritis reumatoidea moderada a severa – Código LO4ABO1.”

Advierte la Sala que esta situación, que es a todas luces negligente no puede prevalecer ante el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de una persona que requiere de un medicamento para mejorar su estado de salud, cuyo costo supera los \$350.000 la dosis mensual indicada por su médico tratante, el cual como ya se comprobó, se encuentra

dentro de los medicamentos POS, el cual, la tutelante ha manifestado que no puede cancelar su costo toda vez que debe asumir otros medicamentos y procedimientos que no se encuentran incluidos en el POS.

Así las cosas, le correspondía a Coomeva EPS garantizar la prestación del servicio de salud de la paciente y propender para que se realice la entrega del medicamento ordenado por su médico tratante, y de esa manera asegurar la recuperación de la paciente.

3.4.4. Conclusión

Ahora bien, la Sala considera que los derechos fundamentales de la señora Fanny Esther Soto Rodríguez están siendo transgredidos por la entidad accionada, debido a que requiere el medicamento Etanercet polvo iofolizado 25 mg. para mejorar su estado de salud, ya que no presenta mejoría con otros medicamentos.

En consecuencia, se revocará el fallo de tutela único de instancia proferido el día 25 de junio de 2013 por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta, que negó el amparo de los derechos fundamentales de la señora Fanny Esther Soto Rodríguez, y se ordenará a Coomeva EPS para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, suministre el medicamento Etanercet polvo iofolizado 25 mg. para reconstruir x 24 ampollas, en las especificaciones prescritas por su médico tratante.

3.5. EXPEDIENTE T-4.023.519

3.5.1. Problema jurídico

Coomeva EPS negó el suministro del medicamento Fluvoxamina 100 mg., al señor Jairo Galindo Galindo, quien padece de trastorno obsesivo compulsivo, aduciendo que el medicamento requerido “no tiene indicación del INVIMA” para el tratamiento de su enfermedad.

Es necesario examinar si con la negativa de la entidad accionada a la entrega del medicamento no contemplado en el POS y sin indicación del INVIMA para el tratamiento de la enfermedad que padece el accionante, se vulneraron sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna en condiciones dignas.

3.5.2. Resumen de los hechos

Se procederá a abordar el análisis y estudio de cada uno de los hechos que se encuentran debidamente probados en el presente caso y que a continuación se resumen:

Se encuentra acreditado, que el demandante desde el año 2012, fue diagnosticado con trastorno obsesivo compulsivo, como consta en su historia clínica que se anexa al expediente. De igual forma, consta que fue tratado inicialmente con los medicamentos de Quetiapina 25 mg., Imipramina 25 mg., ocasionándole éste último problemas severos en su visión, por lo que su médico tratante lo remplazó por Fluvoxamina 100 mg.

Reposa en el plenario de pruebas que el día 11 de abril de 2013, presentó la orden médica a Coomeva EPS, y copia del formato de solicitud y justificación médica para autorización de medicamento NO POS. Consta además, que la accionada mediante oficio del 18 de abril de 2013, le informó al accionante que la respuesta fue negativa por parte del Comité Técnico Científico debido a que no se contaba con la justificación pertinente para su prescripción.

Los jueces de instancia, negaron las pretensiones del demandante al sostener que no se probó en el proceso que el paciente o su familia no contaran con los recursos suficientes para asumir el costo del medicamento NO POS.

3.5.3. Examen de procedencia y vulneración del derecho

En caso que se analiza, la Sala observa que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción de tutela y se protejan los derechos a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social del tutelante, por las siguientes razones:

En efecto, el tutelante es una persona que padece de trastorno obsesivo compulsivo, a quien su médico tratante especialista en psiquiatría adscrito a Coomeva EPS, le prescribió el medicamento de Fluvoxamina 100 mg. en remplazo de Imipramina 25 mg., el cual le ocasionaba problemas severos en su visión que podrían conllevar a la pérdida progresiva de la misma.

Encuentra la Sala que el medicamento de Fluvoxamina 100 mg. no está aprobado por el INVIMA para el tratamiento de la enfermedad que padece el accionante, no obstante, cumple con los criterios señalados en la parte motiva de ésta providencia, para que sea

procedente su autorización, es decir, que la idoneidad del medicamento para el tratamiento de un paciente debe ser determinada por el médico tratante y no por el INVIMA.

También ha dicho, que el concepto del médico tratante es vinculante para la EPS cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, (ii) cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología[97].

En resumen, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que en el sistema de salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad.

En el caso presente, para la Sala es evidente que se observaron los requisitos anteriores, como consta de las pruebas que se anexan en el expediente, razón por la cual no son válidos los razonamientos de la accionada para negar el suministro del medicamento ordenado por el médico tratante especialista en psiquiatría, como tampoco el criterio de los jueces constitucionales para negar la acción de tutela, si se tiene en cuenta que el actor padece de trastorno obsesivo compulsivo, que requiere de la continuación del tratamiento para mejorar su salud.

3.5.4. Conclusión

Ahora bien, la Sala considera que los derechos fundamentales del señor Jairo Galindo Galindo están siendo transgredidos por la entidad accionada, debido a que requiere el medicamento Fluvoxamina 100 mg. para continuar con el tratamiento ordenado por su médico tratante especialista en psiquiatría, a fin de controlar la patología que padece, teniendo en cuenta que otros medicamentos le afectan gravemente la visión.

Así las cosas, le correspondía a Coomeva EPS garantizar la prestación del servicio de salud del accionante y propender para que se realice la entrega del medicamento solicitado, y de esa manera asegurar la recuperación del paciente.

En consecuencia, se revocarán los fallos de tutela proferidos el día 3 de mayo de 2013, por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, y por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bucaramanga, el 20 de junio de 2013. Por tanto se ordenará a Coomeva EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, suministre el medicamento Fluvoxamina 100 mg, en las especificaciones prescritas por el médico tratante.

3.6. EXPEDIENTE T-4.031.605

3.6.1. Problema jurídico

CAPRECOM EPS negó al señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, la prestación de los servicios de alimentación, transportes y viáticos que requería para asistir a otra ciudad fuera de su residencia al tratamiento integral en salud de acuerdo con la patología de cáncer de colon, argumentando que éstos no se encuentran incluidos en el POS.

Es necesario examinar si con la negativa de la entidad accionada en la prestación de los servicios al señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, de alimentación, transportes y viáticos para recibir tratamiento integral en salud, se vulneraron sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

3.6.2. Resumen de los hechos

De las pruebas aportadas se observa que el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, cuenta actualmente con 62 años de edad (folio 9), y está afiliado al Régimen Subsidiado en salud a la EPSS CAPRECOM del departamento de San Andrés Islas, nivel Sisbén 2.

Se desprende de los documentos anexados, que el tutelante fue intervenido quirúrgicamente el día 8 de enero de 2010, en la ciudad de Medellín a consecuencia de un cáncer de colon. Su médico tratante especialista en oncología, lo remitió al Instituto Nacional de Cancerología en la ciudad de Bogotá (folios 15 al 20), para que continuara el tratamiento debido a su delicado estado de salud.

Igualmente, se tiene que después de un episodio de peritonitis, regresó a San Andrés Islas para recuperarse antes de iniciar el tratamiento de quimioterapia prescrito por su médico

tratante, y, de acuerdo a lo dicho por el accionante, para ello tuvo que recurrir a los prestamos que le hicieran sus vecinos en la Isla, para regresar a su hogar, dado que la EPSS no le reconoció el albergue ni el transporte.

De la misma forma asegura, que tuvo que vender sus bienes así como su atarraya y su canoa, que eran su medio de subsistencia, con el fin de trasladarse a la ciudad de Bogotá y pagar los días de hospedaje en un hogar de paso para iniciar el tratamiento de quimioterapia.

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fecha de 4 de junio de 2013, vinculó a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y a la Secretaría de Salud Departamental de San Andrés Islas, y a la EPSS CAPRECOM del Municipio de San Andrés Islas, por los mismos hechos.

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá manifestó que el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, se encuentra afiliado como activo al Régimen Subsidiado de salud SISBEM Nivel 2 en la EPSS CAPRECOM del Departamento de San Andrés desde el 4 de abril de 2007, y confirmó el diagnóstico de cáncer de colon (alto costo para radio y quimio), y manifestó que la EPS-S de San Andrés autorizó el traslado a Bogotá, pero no así los gastos de alojamiento y alimentación en el Hogar de Paso.

Por su parte la EPSS CAPRECOM Territorial San Andrés Islas, manifestó que el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, se encuentra afiliado a la EPSS CAPRECOM del Departamento de San Andrés en el régimen subsidiado, y que se le ha brindado los servicios de manera oportuna y diligente según lo ha requerido y de acuerdo con las indicaciones del galeno tratante, y que, no solo se le autorizaron todos los servicios para que fuera atendido en Bogotá, sino que se le expidieron y entregaron los tiquetes para el transporte aéreo a esa ciudad, pero, que los servicios de albergue y alimentación no corresponden a la salud, los cuales se encuentran expresamente excluidos del POSS.

También manifestó, que el accionante presentó dos tutelas anteriores por los mismos hechos, las cuales fueron negadas por los jueces de instancias, las cuales se anexan a folios 39 al 59.

De otro lado, la Secretaría de Salud del Departamento Archipiélago de San Andrés,

Providencia y Santa Catalina, manifestó que la EPSS CAPRECOM es la competente para suministrar al paciente los servicios de salud de manera integral, dado que estas empresas son las que perciben los recursos económicos del Estado para garantizar el acceso a los servicios de salud del régimen subsidiado.

Por último, la Fundación Amigos de la Salud Virgen de Manare de Bogotá, informó que el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, ingresó a la Fundación el día 8 de abril de 2013 para asistir a una cita programada para el 9 de abril del mismo año de acuerdo con lo reportado por la EPSS CAPRECOM Regional San Andrés, para asistir a las citas programadas en el Instituto Nacional de Cancerología, con autorización de albergue No. 8123122 por un día (folio 11). Pero como le fueron programadas otras citas médicas para el 16 de abril y el 10 de mayo de 2013, no se pudo devolver a su lugar de origen.

Por esa Razón, el accionante solicitó el día 29 de abril de 2013 a EPSS CAPRECOM el servicio de albergue, transporte y alimentación en la ciudad de Bogotá (folios 12 al 14). Como quiera que la EPSS CAPRECOM Regional San Andrés, negó el servicio y le comunicara a la Fundación que no cubría el servicio de albergue para el señor Duque, ésta le suministró el servicio desde el día 8 de abril hasta el 16 de junio de 2013, cuando la EPSS CAPRECOM Regional San Andrés le envió un tiquete de regreso a San Andrés.

Mediante fallo único de instancia del 17 de junio de 2013, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá negó la solicitud de amparo de los derechos fundamentales del señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, al considerar que si bien, la EPSS CAPRECOM Regional San Andrés no asumió el hospedaje y la alimentación del tutelante, también es cierto que dichos servicios no son considerados de salud.

3.6.3. No se configuró conducta temeraria por parte del accionante.

Se verifica la procedencia de las acciones de tutela interpuesta por el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, en virtud de lo erigido por la jurisprudencia constitucional[98], la cual ha determinado que para que se configure la temeridad y se puedan aplicar las consecuencias jurídicas como lo son rechazo, decisión desfavorable y sanciones, se debe encontrar probado, (i) que exista identidad de partes, hechos y pretensiones entre las acciones de tutela interpuestas, y (ii) que no existe una justificación razonable y objetiva que explique la ocurrencia de ese fenómeno y descarte, en

consecuencia, la mala fe del actor. Si alguno de estos dos elementos no está presente, se configura temeridad.

En el presente caso, las dos acciones de tutela impetradas por el accionante presentan las siguientes características:

(i) Identidad de partes: el accionante es el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera y la accionada es la EPSS CAPRECOM.

(ii) No hay identidad de hechos: La primera tutela presentada por el accionante fue fallada el día 12 de abril de 2010 por el Juzgado Treinta Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, donde se negaron las pretensiones del actor que solicitaba la cancelación de los viáticos y tiquetes a la ciudad de Medellín. En la segunda tutela, la primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, el día 18 de junio de 2010, se negaron las pretensiones del actor, quien solicitaba viáticos, de transporte, alojamiento y alimentación para su acompañante. Éste fue confirmado en segunda instancia por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá, el día 27 de agosto de 2010. En la actual tutela impetrada por el accionante, solicitó a la EPSS CAPRECOM el servicio de albergue, transporte y alimentación en la ciudad de Bogotá para poder asistir a otras citas médicas programadas para el 16 de abril y el 10 de mayo de 2013, en el Instituto Nacional de Cancerología.

(iii) No hay identidad de pretensiones: De lo anterior se observa claramente que las anteriores tutelas presentadas por el señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, no corresponden a las mismas pretensiones, ya que, si bien se refieren a los mismos servicios de transporte, alimentación y hospedaje, la primera hace alusión a una fecha y lugar solo para la ciudad de Medellín; y en otra, requiere el servicio para su acompañante en la ciudad de Bogotá. Y la última, se refiere al requerimiento de los citados servicios pero en razón a las nuevas citas médicas programadas en Bogotá, que requerían su estadía en esa ciudad.

En razón a lo expuesto se evidencia que procede la acción de tutela ya que no operó el fenómeno de conducta temeraria por parte del accionante, tal y como lo argumentó la EPSS CAPRECOM Territorial San Andrés Islas, ya que no se verificaron las condiciones propias de disimilitud de pretensiones.

3.6.4. Examen de vulneración

Advierte la Sala que el tutelante se encuentra vinculado a la EPS-S CAPRECOM Territorial San Andrés Islas, donde, desde la fecha en la que le diagnosticaron cáncer de colon, ha sido atendido sin contratiempo alguno. No obstante, la accionada, si bien cumplió con el servicio de transporte, no autorizó las solicitudes de gastos de albergue y alimentación en la ciudad de Bogotá, las cuales fueron asumidas por la Fundación Amigos de la Salud Virgen de Manare, desde el 9 de mayo hasta el 16 de junio de 2013, cuando la EPSS le envió un tiquete de regreso a San Andrés.

Esta situación, que es a todas luces de tipo administrativo, no puede prevalecer ante el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de una persona que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, por padecer una enfermedad catalogada como catastrófica y que requiere de las constantes valoraciones por parte de los médicos especialistas en oncología para su seguimiento y control, así como las constantes remisiones a hospitales del tercer nivel, que obligan de una disponibilidad presupuestal para el cubrimiento de sus necesidades básicas como alojamiento, pasajes y alimentación.

Igualmente, es preciso indicar que como paciente de cáncer de colon, el accionante goza de atención en salud de manera integral según la Ley 1384 del 19 de abril de 2010, o “Ley Sandra Ceballos” “Por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia”.

Sin embargo, como quiera que el artículo 14 de la citada normatividad establece que: “Una vez el Gobierno reglamente la presente ley, los beneficiarios de la misma tendrán derecho, cuando así lo exija el tratamiento o los exámenes de diagnóstico, a contar con los servicios de un Hogar de Paso, pago del costo de desplazamiento, apoyo psicosocial y escolar, de acuerdo con sus necesidades, certificadas por el Trabajador Social o responsable del Centro de Atención a cargo del paciente”, y éste no se encuentra reglamentado aún, considera esta Sala oportuno trasladar los mandatos allí contenidos al caso concreto, toda vez que se está en presencia de una enfermedad catastrófica que requiere de una protección especial por parte de las Entidades Promotoras de Salud para su diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

En el caso sub examine observa la Sala, que la EPS-S CAPRECOM Territorial San Andrés

Islas sólo realizó los trámites de traslado, pero no de alojamiento en un hogar de paso como tampoco el apoyo que requería el tutelante, conducta que pudo haber desplegado desde un comienzo, pues hace parte de sus deberes constitucionales.

De esta manera, se colige que la actuación de la EPS-S CAPRECOM Territorial San Andrés Islas, fue abiertamente discriminatoria y contraria al derecho a la salud, al despojar a un sujeto de especial protección constitucional de una serie de garantías que han debido ser prestadas de manera eficiente. Así las cosas, se reitera, le correspondía a la accionada garantizar la prestación del servicio de un hogar de paso, pago del costo del desplazamiento y alimentación, de acuerdo con sus necesidades.

Por último, según lo viene sosteniendo esta Corporación, tratándose de personas afiliadas o beneficiarias del régimen subsidiado de seguridad social en salud, es viable presumir la falta de capacidad económica del señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, ya que uno de los requisitos para acceder a tal régimen es precisamente la escasez de recursos que se determina a través de una encuesta en la que tienen relevancia aspectos como los ingresos, egresos, situación de vivienda, nivel de educación y otros que permiten colegir el nivel social de quienes la presentan.

Aunado a la manifestación del accionante de haber tenido que vender sus instrumentos de trabajo como fueron su canoa y atarraya, lo cual indica que se encuentra sin un empleo y sin medio que le permita su subsistencia.

3.6.5. Conclusión

Las razones expuestas son suficientes para que la Sala revoque el fallo de tutela proferido el día 17 de junio de 2013, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, y en consecuencia amparará los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de señor Remberto Temístocles Duque Mosquera. Por tanto, se ordenará a la EPS-S CAPRECOM Territorial San Andrés Islas, que en adelante garantice efectivamente la prestación integral del servicio de salud al paciente, donde se incluya los gastos de un hogar de paso, pago del costo del desplazamiento y alimentación, las veces que lo requiera para asistir a las terapias, procedimientos y citas médicas especializadas, que se realicen fuera del lugar de su residencia, de acuerdo con sus necesidades y especificaciones prescritas por su médico tratante.

4. CONCLUSIONES

4.1. Esta Corporación ha indicado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo[99]. Igualmente ha señalado en reiterados pronunciamientos que las entidades prestadoras de salud deben dar continuidad a los tratamientos que fueran ordenados por los médicos tratantes a los pacientes, con el fin de garantizarles su efectiva recuperación, para lo cual, deben facilitar los medios adecuados para acceder a las instituciones que presten los servicios en salud que requieran.

4.2. Esta Corporación también ha establecido que la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por los planes de beneficios en materia de salud, pueden infringir los derechos fundamentales de las personas afectadas, y por eso, cuando sucedan estos casos se deberá inaplicar la reglamentación que excluye el tratamiento, procedimiento, medicamento o servicio solicitado, con el fin de ordenar que éste sea suministrado.

4.3. Por lo tanto, esta Sala considera que las entidades accionadas están incumpliendo sus deberes legales y constitucionales, evidenciando la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los accionantes, a quienes se ponen en riesgo no sólo la salud sino su afectación en el desarrollo de su vida en condiciones dignas, por lo tanto, es indispensable garantizar la continuidad en el suministro del tratamiento, procedimiento, medicamento y controles médicos o servicio solicitado, cuyos trámites administrativos no pueden convertirse en obstáculos para el goce de sus derechos fundamentales.

4.4. En ese orden de ideas, se puede concluir que no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva y que se excluya la práctica del suministro del tratamiento, procedimiento, medicamento y controles médicos o servicio solicitado, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales, cuando éstos sean vitales para preservar la salud y la vida en condiciones dignas de las personas.

5. DECISIÓN

RESUELVE

PRIMERO: En el Expediente T-3.980.128, REVOCAR el fallo único de instancia proferido por el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Bogotá, el 8 de mayo de 2013, que negó las pretensiones del señor Joel Fernando Ríos Cárdenas, y en consecuencia CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana del accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, disponga lo necesario para que el tutelante pueda realizar la encuesta del SISBEN Metodología III, y de esa manera sea afiliado a una EPS del Régimen Subsidiado, y por ende, se le suministren los medicamentos, exámenes, procedimientos y estudios de su patología, cubriendo el 100% del manejo integral y sin cobro por concepto de copagos o cuotas moderadoras, que sean necesarios para su subsistencia en condiciones dignas.

TERCERO: En el Expediente T-4.008.003, REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, proferido el 24 de junio de 2013, que negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la señora Blanca Cecilia Juzga Cristancho, y CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá, el 20 de marzo de 2013, que amparó los derechos de la actora, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: En consecuencia, ORDENAR a la EPS Salud Total, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, disponga lo necesario para que autorice el suministro del medicamento Ácido Ursodesoxicólico 300 Mg., y suministre a la paciente el tratamiento integral que requiera para el total restablecimiento de su salud.

QUINTO: En el Expediente T-4.013.446, REVOCAR el fallo de instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Cartagena el 4 de abril de 2013, que negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la dignidad humana y a la integridad humana de la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano, y CONFIRMAR parcialmente el fallo proferido en primera instancia por el juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones

de Control de Garantías de Cartagena el 18 de febrero de 2013, que amparó los derechos de la actora, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: En consecuencia, ORDENAR a Saludcoop EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, en caso de no haber sido realizada la cirugía de mamoplastia reducción, gestione la evaluación médica de la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano por un equipo interdisciplinario que realice los estudios correspondientes que verifiquen si la situación clínica de la paciente sigue siendo la que se ha hecho constar en la tutela, y proceda a realizar a la señora Yaneth Patricia Pérez Arellano, la cirugía de reducción mamaria, previo su consentimiento informado, en cumplimiento de lo determinado por los médicos tratantes.

SÉPTIMO: En el Expediente T-4.016.687, REVOCAR el fallo de tutela único de instancia proferido el día 25 de junio de 2013 por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta, que negó las pretensiones de la señora Fanny Esther Soto Rodríguez, y en consecuencia CONCEDER el amparo del derecho a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social de la accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: En consecuencia, ORDENAR a Coomeva EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, suministre a la señora Fanny Esther Soto Rodríguez, el medicamento Etanercet polvo iofolizado 25 mg. para reconstruir x 24 ampollas, en las especificaciones prescritas por su médico tratante.

NOVENO: En el Expediente T-4.023.519, REVOCAR los fallos de tutela proferidos el día 3 de mayo de 2013 por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, y por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bucaramanga, el 20 de junio de 2013, que negaron las pretensiones del señor Jairo Galindo Galindo, y en consecuencia CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO: En consecuencia, ORDENAR a Coomeva EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, suministre al señor

Jairo Galindo Galindo, el medicamento Fluvoxamina 100 mg, en las especificaciones prescritas por su médico tratante.

DÉCIMO PRIMERO: En el Expediente T-4.031.605, REVOCAR el fallo de tutela único de instancia proferido el día 17 de junio de 2013, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones del señor Remberto Temístocles Duque Mosquera, y en consecuencia CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la Seguridad Social, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a la EPS-S CAPRECOM Territorial San Andrés Islas, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, garantice la prestación integral del servicio de salud al paciente, donde se incluya los gastos de un hogar de paso, pago del costo del desplazamiento y alimentación, las veces que lo requiera para asistir a las terapias, procedimientos y citas médicas especializadas, que se realicen fuera del lugar de su residencia, de acuerdo con sus necesidades y especificaciones prescritas por su médico tratante.

DÉCIMO TERCERO: Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Anexa: Fallo de tutela del 12 de abril de 2010; del 18 de junio de 2010; y 27 de agosto de 2010.

[2] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[3] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[4] Constitución Política, art. 13.

[5] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

[6] Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[8] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[9] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

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

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

[12] Esta propuesta teórica fue inicialmente expuesta en sentencia T-573 de 2005 y posteriormente desarrollada en sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[13] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

[15] MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[16] Sentencia T-548 de 2011 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[17] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[18] Sentencia T-1185 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[19] Sentencia T-769 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[20] Observación general número 14 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)” Párrafo 12.

[21] Párrafo 16.

[22] Observación general número 3 sobre “La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”.

[23] Textualmente, el Comité señaló lo siguiente: “18. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud”.

[24] El texto del informe en español se puede obtener en la siguiente dirección electrónica: http://www.unaids.org/es/KnowledgeCentre/HIVData/GlobalReport/2008/2008_Global_report.asp

[25] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[26] MP, Dr. Mauricio González Cuervo

[27] MP, Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

[28] Sentencia T-066 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[29] Sentencia T-119 de 2000 MP. José Gregorio Hernández.

[30] Sentencia T-285 de 2011MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[31] MP. José Gregorio Hernández.

[32] MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[33] Sentencia T-285-2011 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[34] Sentencia T-017-de 2008MP. Jaime Córdoba Tribiño.

[35] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[36] Neubert A, Wong IC, Bonifazi A, Catapano M, Felisi M, Baiardi P, et al. Defining off-label and unlicensed use of medicines for children: Results of a delphi survey. Pharmacol Res, 2008.

[37] Resolución Numero 1403 de 2007- Ministerio de la Protección Social.

[38] Artículo 1 Resolución N° 2004009455 del 28 de mayo de 2004.

[39] “La Política Farmacéutica, en el marco de los principios constitucionales asociados al derecho a la salud y al desarrollo del sector industrial farmacéutico. La Política se encuentra articulada y responde a los objetivos planteados en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos”.

[40] MP Humberto Sierra Porto.

[41] Ver sentencias T-378 de 2000 MP Alejandro Martínez Caballero; T-741 de 2001 MP Marco Gerardo Monroy Cabra y T-476 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[42] Sentencia T-760/2008 MP Manuel José Cepeda Espinosa

[43] Sentencia T-344 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa. Esta sentencia ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas, en las Sentencias T-053 de 2004 MP Alfredo Beltrán Sierra; T-616 de 2004 MP Jaime Araujo Rentería; T-007 de 2005 MP Manuel José Cepeda Espinosa; T-171 de 2005 MP Jaime Córdoba Triviño; T-1126 de 2005MP Alfredo Beltrán Sierra; T-1016 de 2006 MP Álvaro Tafur Galvis; T-130 de 2007 MP Humberto Antonio

Sierra Porto; T-461 de 2007 MP Marco Gerardo Monroy Cabra; T-489 de 2007 MP Nilson Pinilla Pinilla; T-523 de 2007 MP Clara Inés Vargas Hernández; T-939 de 2007 MP Jaime Araujo Rentería; T-159 de 2008 MP Mauricio González Cuervo y T-418 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.

[44] Auto 066 de 2012, por medio del cual se estableció una regulación del trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la EPS autorice directamente servicios de salud o medicamentos no incluidos en el POS que se requieran con urgencia.

[45] “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011, que define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud”.

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

[47] Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

[48] Sentencia T-775 de 2002 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[49] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[51] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[52] Sentencias SU-480 y T-640 de 1997; T-236 de 1998; SU-819 de 1999; T-1204 de 2000; T-683 de 2003; T-1331 de 2005; T-1083 de 2006 y T-760 de 2008, entre otras.

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

[54] Sentencia T-1204 de 2000, se ordenó a Colmena Salud EPS realizar el servicio requerido, el cual era un examen de carga viral. “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.”

[55] Sentencias T-760 de 2008, T-875 de 2008 y T-1024 de 2010.

[56] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[57] Sentencia 1024 de 2010 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[58] Sentencia T-1204 de 2000, reiterada en las sentencias T-1022 de 2005; T-557 y T-829 de 2006; T-148 de 2007; T-565 de 2007; T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

[59] Sentencia T-1024 de 2010 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[60] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[61] Ibídem.

[62] Sentencias T-350 de 2003 M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-745 de 2004 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-962 de 2005 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-200 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-201 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T- 1019 de 2007 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-212 de 2008 M. P. Jaime Araujo Rentarías; T-642 de 2008 M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-391 de 2009 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-716 de 2009 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y, T-834 de 2009 M. P. María Victoria Calle Correa.

[63] El Acuerdo 09 de 2009 de la CRES.

[64] Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

[65] MP. Mauricio González Cuervo.

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

[67] “El Acuerdo 72, art. 1, literal d señala: ARTICULO 1.- Contenidos del Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Subsidiado. El Plan Obligatorio de Salud Subsidiado comprende los servicios, procedimientos y suministros que el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a las personas aseguradas con el propósito de mantener y recuperar su salud.

La cobertura de riesgos y servicios a que tienen derecho los afiliados al Régimen Subsidiado

es la siguiente:

“(…) “D. Transporte de pacientes:

“1. Pacientes de alto costo: cubre traslado de los pacientes hospitalizados por enfermedades de alto costo que por sus condiciones de salud y limitaciones de la oferta de servicios del lugar donde están siendo atendidos, requieran de un traslado a un nivel superior de atención.”

“2. Urgencias. Se cubre el costo del traslado interinstitucional de los pacientes a otros niveles de atención cuando medie la remisión de un profesional de la salud.”

[68] En relación con el régimen contributivo la Resolución 5261 dispone: “ARTICULO 2o. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD. En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.”

[69] Sentencia T-197 de 2003 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[70] Artículo 187 de la Ley 100 de 1993.

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

[72] Ver sentencias T-617 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería; T-734 de 2004 Manuel José Cepeda Espinosa.

[73] Decreto 1938 de 1994.

[74] Artículo 164 de la Ley 100 de 1993.

[75] Artículo 164 de la Ley 100 de 1993.

[76] Artículo 61 del Decreto 806 de 1998.

[77] Decreto 806 de 1998.

[78] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 1°.

[79] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 2°.

[81] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 4°.

[82] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (1) 'Equidad. Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.'

[83] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (2) 'Información al usuario. Las Entidades Promotoras de Salud deberán informar ampliamente al usuario sobre la existencia, el monto y los mecanismos de aplicación y cobro de cuotas moderadoras y copagos, a que estará sujeto en la respectiva entidad.

[84] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (3) 'Aplicación general. Las Entidades Promotoras de Salud, aplicarán sin discriminación alguna a todos los usuarios tanto los copagos como las cuotas moderadoras establecidos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo.'

[85] Acuerdo 260 de 2004, CNSS.

[86] Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 6°, párrafos 1° y 2°.

[87] Acuerdo 260 de 2004, CNSSS, artículo 7°.

[88] El artículo 185 de la Ley 100 de 1993, se establece que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, tienen por función 'prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.'

[89] Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con esta norma, los recaudos por estos conceptos 'serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud', no obstante, advierte que 'el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía', Fosyga.

[90] Ley 100 de 1993 artículos 187 y 188 ‘Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios’

[91] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[92] MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

[93] Artículo 13 de la Constitución Política.

[94] Sentencia T-467 de 2012 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[95] Sentencia T-119 de 2000.

[96] MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[97] Ver sentencias T-378 de 2000 MP Alejandro Martínez Caballero; T-741 de 2001 MP Marco Gerardo Monroy Cabra y T-476 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[98] Sentencia T-084/12 M.P Humberto Sierra Porto.

[99] Sentencia T-096 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.