

Sentencia T-920/14

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Si del escrito de tutela se desprende la imposibilidad del titular del derecho de acudir en su propio nombre para su defensa, el juez puede hacer la interpretación que se acude como agente oficioso

La acción de tutela puede ser presentada mediante agente oficioso cuando este afirme actuar en tal calidad y el titular de los derechos fundamentales no se encuentra en condiciones de promover la defensa de sus intereses. No obstante la Jurisprudencia de esta Corte, ha decantado el análisis de estos presupuestos para evitar que por el celo excesivo de la forma se afecten intereses iusfundamentales que requieran inminente protección. Así, se ha expuesto que el juez constitucional puede interpretar, atendiendo las circunstancias particulares de cada caso, que a pesar de que no se exprese taxativamente que se obra en calidad de agente oficioso, quien acude en su defensa lo hace en dicha calidad

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela

Todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la protección del derecho fundamental a la salud, pues no solamente es un derecho autónomo sino que también comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad, derechos que deben ser garantizados por el Estado colombiano de acuerdo a los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales. Sin dejar a un lado que, el derecho a la salud no es absoluto, pues se puede limitar conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia de este Tribunal.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reforzado para sujetos

de especial protección constitucional

En virtud del principio de igualdad, las acciones encaminadas a asegurar este estado de bienestar atado al concepto de salud, se dirige en condiciones reforzadas a los sujetos de especial protección constitucional por parte del Estado. Así, quienes se encuentran en particulares condiciones económicas, físicas o mentales, como los niños, discapacitados y adultos mayores, entre otros, son objeto de especial protección por parte del Estado y de garantía en materia de salud.

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

En el caso de las personas de la tercera edad, en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran, la Corte ha reconocido una especial protección reforzada en salud y ha indicado que el Estado y las entidades prestadoras de servicios de salud tienen la obligación de prestar la atención médica integral necesaria. Así la jurisprudencia constitucional ha entendido que las especiales circunstancias de los grupos vulnerables potencian la desigualdad material en la que se puedan encontrar. De esta forma, el acceso a prestaciones en salud deben ser especialmente valoradas en sede de tutela cuando sea evidente la situación de indefensión, lo que implica no detenerse en los límites formales en los casos concretos, sino que debe primar la protección de los derechos fundamentales.

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

La jurisprudencia constitucional, partiendo del respeto por la dignidad de las personas y la afectación directa o indirecta de derechos del paciente, ha decantado una serie de requisitos para establecer los casos en los que una persona puede acceder a un servicio no POS: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Suministro de pañales para persona en situación de discapacidad

Resulta viable por vía de tutela ordenar el suministro de los elementos solicitados cuando sea evidente la necesidad de los mismos para poder llevar una vida en condiciones dignas en virtud de que su carencia afecta los derechos fundamentales de la persona, particularmente su salud o su integridad.

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reglas jurisprudenciales

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-Disposición legal

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales sobre la prueba

Este Tribunal ha indicado de manera reiterativa que la simple manifestación de incapacidad económica, no requiere que se aporte prueba alguna por parte de peticionario, pues no solo se presume la buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución Política, sino que también se en virtud de una faceta de la carga dinámica de la prueba, se le atribuye a la entidad demandada una diligencia mayor para desvirtuar la alegación del paciente. Al respecto la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha establecido reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de quienes aducen no tenerla en los casos donde está de por medio el acceso a servicios de salud. Dichas reglas se fundamentan en la negación indefinida que implica la alegación por parte de los pacientes de no tener la capacidad económica para sufragar los costos asociados a medicinas, exámenes o procedimientos excluidos del POS o de cuotas moderadoras. Por lo tanto, siendo imposible de probar a quien la alega, le corresponde a la demandada controvertir tal circunstancia. Adicionalmente, se considera que la EPS siempre cuenta con la información acerca de la condición económica de la persona, particularmente del tipo de

cotización y el monto.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

La carencia actual de objeto por hecho superado se configura cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna. La carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro, y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento de la persona en nombre de quien se interpuso la tutela

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Orden a EPS suministrar pañales desechables y practicar valoración médica con el fin de determinar la necesidad de suministrar cualquier suplemento vitamínico o alimenticio

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Orden a EPS practicar valoración médica con el fin de determinar la necesidad y periodicidad de suministrar pañales y en caso de encontrarse pertinentes, autorizarlos sin generar ningún cobro

Referencia: expedientes T-4443598, T-4447851, T-4449208, T-4452706, T-4458535, T-4460953 y T-4464705 (Acumulados)

Acciones de tutela instauradas por:

- María Stella Arias Ruiz, agente oficiosa de Juan Bautista Arias López contra Saludcoop EPS
- Alba Martiza Gómez Posada, agente oficiosa de Luis Antonio Gómez contra La Nueva

EPS

- Carmen Teresa Delgado de González, agente oficiosa de Feliciano Forero Viuda de Delgado contra Famisanar EPS
- Fabiola de Jesús Castañeda López, agente oficiosa de Horacio de Jesús López contra AsmetSalud EPS
- Melida Genoy Armero, agente oficiosa de Georgina Armero Obando contra AsmetSalud EPS.
- Sonia Fénix Herrera, agente oficiosa de Saúl Herrera Donoso contra AlianSalud EPS
- Beatriz Restrepo, agente oficiosa de Norberto Bustos contra Servicio Occidental de Salud S.O.S EPS

Magistrada (e) Ponente:

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil catorce (2014)

SENTENCIA

Mediante la cual se pone fin al trámite de revisión de los siguientes fallos de tutela dictados dentro de los procesos de la referencia:

Expediente

Fallos de tutela

T-4443598

Única Instancia: Sentencia del Juzgado Segundo Civil Municipal de Rionegro, del 27 de marzo de 2014.

T-4447851

Única Instancia: Sentencia del Juzgado Cuarto de Familia de Bucaramanga, del 4 de marzo de 2014.

T-4449208

Única Instancia: Sentencia del Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá, del 29 de mayo de 2014.

T-4452706

Única Instancia: Sentencia del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, del 12 de marzo de 2014.

T-4458535

Única Instancia: Sentencia del Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo Valle, del 24 de abril de 2014.

T-4460953

Única Instancia: Sentencia del Juzgado Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, del 13 de junio de 2014.

T-4464705

Única Instancia: Sentencia del Juzgado Quince Penal Municipal de Cali, del 21 de febrero de 2014.

I. ANTECEDENTES

Mediante auto del 06 de agosto de 2014 la Sala de Selección Número Ocho dispuso acumular entre sí los expedientes T-4443598, T-4447851, T-449208, T-4452706 y T-4458535. Posteriormente, por auto del 22 de agosto de 2014 la misma Sala de Selección tomó idéntica medida, acumulando a los anteriores, los expedientes T-4460953 y T-4464705, para que fuesen fallados en una sola sentencia, tras considerar que presentan unidad de materia.

1. Expediente T-4443598

1.1. Hechos y demanda

El 17 de marzo de 2014, la señora Estela Arias Ruiz, actuando como agente oficiosa de su padre Juan Bautista Arias López, instauró acción de tutela contra SALUDCOOP EPS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, la salud, a la dignidad humana, y a la seguridad social, atendiendo a los siguientes hechos:

1.1.1. Señala que actúa en calidad de agente oficiosa de su padre de 81 años de edad, quien se encuentra afiliado, a través del régimen contributivo, a SALUDCOOP EPS.

1.1.2. Sostiene que el agenciado padece de carcinoma escamocelular de pulmón estado IV por metástasis ósea con compromiso de columna dorsal y síndrome compresión medular. Al encontrarse en estado crítico y dependiente debe usar pañales diariamente, así como crema antiescaras, a fin de evitar un problema de salud adicional.

1.1.3. Manifiesta que aunque el médico tratante conoce la precaria situación de su papa se niega a emitir orden para la entrega de los insumos requeridos, aunque en la historia clínica se sugieren, pues la EPS no autoriza tal proceder. Lo anterior, a pesar de que el núcleo familiar no cuenta con capacidad económica suficiente para sufragar de manera particular estos elementos.

1.1.4. Adicionalmente advierte que su padre padece de serios problemas de desnutrición, complicación que preocupa incluso al médico domiciliario que lo atiende, por lo que recomendó el suministro de ENSURE, cuyo costo al ser elevado tampoco puede ser asumido. Respecto a este insumo la EPS, que ha aprobado sin dificultad alguna los procedimientos y medicamentos prescritos, mantiene su postura de no autorizar los insumos reclamados, incluso a la fecha de presentación de la acción de tutela, 17 de marzo de 2014.

1.1.5. Por lo anterior, solicita sean amparados los derechos fundamentales de su padre Juan Bautista Arias, ordenando a SALUDCOOP EPS autorizar y entregar los elementos solicitados.

1.2. Respuesta de la entidad accionada

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Rionegro mediante auto del 18 de marzo de 2014, resolvió admitir la solicitud de amparo y notificar el inicio del trámite de la acción de tutela a SALUDCOOP EPS.

A pesar de haberse notificado a la accionada en debida forma mediante auto admisorio de 18 de marzo de 2014 y oficio N° 328 de la misma fecha, dicha entidad no se pronunció en el término establecido. Sin embargo a través de escrito de 9 de abril de 2014 el apoderado judicial indicó que el médico tratante debía diligenciar el formato de prescripción de elementos NO POS, bajo pertinente sustento científico, a fin de que fuese estudiada su viabilidad, autorización y entrega. Además señaló que no se cumplían los requisitos exigidos por la jurisprudencia para inaplicar las normas del POS.

Por ello solicitó denegar por improcedente la acción instaurada, más aun si la conducta desplegada por la entidad ha sido legítima.

El 27 de marzo de 2014, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Rionegro, resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por la agente oficiosa del señor Juan Bautista Arias.

Señaló que aunque está probado que el afectado sufre de un carcinoma metastásico no figura en el expediente orden del especialista adscrito a la EPS SALUDCOOP (accionada) respecto del suministro de pañales y del suplemento vitamínico; de ahí que el juez de tutela no puede ordenar de entrega de los insumos si ello no está previamente dispuesto por un profesional de la EPS.

Por lo anterior se recomendó a la señora Arias Ruiz que se acerque a la EPS y realice los trámites pertinentes para que su padre sea valorado una vez más por un galeno adscrito a la entidad.

Este fallo no fue objeto de impugnación.

1.4. Pruebas relevantes

1.4.1. Copia informe de enfermería domiciliaria del 3 de noviembre de 2014 avalado por la enfermera Stella Arias. De manera puntual se indica que el paciente requiere cambio de pañales diario (fl. 9).

1.4.2. Copia notas médicas por hospitalización en la Institución Médica Pablo Tobón Uribe. De ella se confirma la presencia de tumores de comportamiento incierto en bronquios, pulmón y columna vertebral. Además aclaró el tratamiento a seguir de origen paliativo con radioterapia (fls. 10-12).

1.4.3. Copia cédula de ciudadanía de María Stella Arias Ruiz (fl. 13).

1.4.4. Copia cédula de ciudadanía de Juan Bautista Arias López (fl. 14).

2. Expediente T-4447851

2.1. Hechos y demanda

El 19 de febrero de 2014, la señora Alba Maritza Gómez, actuando como agente oficiosa de su padre Luis Antonio Gómez, instauró acción de tutela contra NUEVA EPS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales de petición, a la vida y a la salud, conforme a los siguientes hechos:

2.1.1. Manifiesta que actúa en calidad de agente oficiosa del señor Luis Antonio Gómez de 81 años de edad, y quien sufrió de trombosis cerebral el 2 de enero del presente año. En razón al postramiento que sufre el afectado elevó el 22 del mismo mes derecho de petición a la accionada a fin de que autorizara el servicio de enfermería domiciliaria, así como la entrega de pañales, pañitos húmedos, suplemento alimentario y crema antiescaras. A la fecha de presentación de la acción la EPS no se había pronunciado.

2.1.2. Por lo anterior, solicita sean amparados los derechos fundamentales de su padre, ordenando a LA NUEVA EPS responder de manera inmediata el derecho de petición presentado.

2.2. Respuesta de la entidad accionada y vinculada

El Juzgado Cuarto de Familia de Bucaramanga mediante auto de 20 de febrero de 2014, resolvió admitir la solicitud de amparo, exigir pronunciamiento sobre los hechos a la NUEVA EPS y vincular al Ministerio de la Protección Social-FOSYGA.

2.2.1. La NUEVA EPS se pronunció el 26 de febrero de 2014 mediante escrito presentado por

la Gerente Regional Nororiental.

Advirtió que en el presente caso no se cumple con los criterios jurisprudenciales para definir la prestación del servicio médico requerido; de manera especial, no se evidencia orden de galeno tratante que determine la pertinencia y necesidad de lo solicitado.

De ahí que no sea válido para efectos de obligar a la EPS el solo requerimiento de la accionante sin soporte médico, más cuando lo solicitado corresponde a elementos de aseo, cuya negación no representa riesgo inminente para la vida del afectado.

Por consiguiente solicitó no conceder la acción de tutela presentada.

2.2.2. El Ministerio de Salud y Protección Social-FOSYGA mediante escrito de 26 de febrero de 2014 presentado por el Director Jurídico solicitó al juez abstenerse de hacer pronunciamiento en cuanto a la facultad de recobro ante el FOSYGA, bajo el fin de que la accionada recurra a los mecanismos legales y administrativos existentes, lo anterior teniendo en cuenta que podrían afectarse recursos públicos.

En relación a los insumos insistió en que están excluidos del POS, por lo que deben ser prescritos por el médico tratante, cuya orden debe ser sometida al CTC, órgano que decidirá sobre su autorización y suministro.

2.3. Del fallo de única instancia

Este fallo no fue objeto de impugnación.

2.4. Pruebas relevantes

2.4.1. Derecho de petición de 23 de enero de 2014 elevado por la señora Alba Maritza Gómez Posada, hija del afectado. Exigió la autorización y entrega de pañales, pañitos húmedos, crema antiescaras, suplemento alimentario y colchón especial, en consideración a la trombosis cerebral que padece (fls. 4-6).

2.4.2. Copia cédula de ciudadanía del señor Luis Antonio Gómez (fl. 7).

2.4.3. Copia cédula de ciudadanía de la señora Alba Maritza Gómez Posada (fl. 8).

3. Expediente T-4449208

3.1. Hechos y demanda

El 14 de mayo de 2014, la señora Carmen Teresa Delgado de González, actuando como agente oficiosa de su madre Feliciano Forero Viuda de Delgado, instauró acción de tutela contra Famisanar EPS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad, atendiendo a los siguientes hechos:

3.1.1. Señala que su madre tiene 95 años de edad y se encuentra afiliada como beneficiaria a Famisanar EPS.

3.1.2. Sostiene que desde hace 5 años no puede valerse por sí misma, pues producto de un aneurisma perdió la movilidad en sus piernas.

3.1.3. En vista de tal condición, radicó petición el 9 de abril del presente año ante la accionada, a fin de que se autorizara el suministro de pañales y el suplemento vitamínico, así como la atención domiciliar que requiere con urgencia para el manejo del dolor terminal que padece. La EPS negó lo solicitado y recordó que el segundo requerimiento iba a ser provisto de manera mensual, sin considerar el delicado estado de la afectada.

3.1.4. Por lo anterior, solicita el amparo constitucional de los derechos fundamentales de su progenitora. En consecuencia, pide que se ordene a la Famisanar EPS la entrega inmediata de los pañales desechables y el suplemento vitamínico.

3.2. Respuesta de la entidad accionada y vinculada

El Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá mediante auto del 16 de mayo de 2014, resolvió admitir la solicitud de amparo, exigir pronunciamiento sobre los hechos a Famisanar EPS y vincular al Ministerio de Salud y Protección Social. En consecuencia, ordenó notificar el inicio del trámite de la acción de tutela a dichas entidades.

3.2.1 El Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante escrito del 19 de mayo de 2014, solicitó al juez que en caso de que la tutela prospere, abstenerse de hacer pronunciamiento en cuanto a la facultad de recobro ante el FOSYGA, con el fin de que la accionada recurra a los mecanismos legales y administrativos existentes, lo anterior

teniendo en cuenta que podrían afectarse recursos públicos.

De manera puntual señalo que no hay certeza respecto al servicio de atención domiciliaria, pues no se define si lo que se requiere es efectivamente atención medica domiciliaria o acompañamiento en el domicilio como una necesidad de carácter social, lo cual es suplido por los municipios o departamentos en tanto cuentan con programas de asistencia a personas de la tercera edad o en discapacidad.

Finalmente, en relación a los insumos solicitados insistió en que están excluidos del POS, por lo que deben ser prescritos por el médico tratante, cuya orden debe ser sometida al Comité Técnico Científico, órgano que decidirá sobre su autorización y suministro.

3.2.2 El Representante Legal Suplente de la E.P.S FAMISANAR LTDA, mediante escrito del 23 de mayo de 2014, solicitó declarar improcedente la acción incoada pues la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno, toda vez que se resolvió en forma clara el requerimiento de atención domiciliaria (según valoración por el DR. Andrés Gallego de IPS Home Medical Service se definió plan de manejo, el cual se autorizara de manera oportuna) y se advirtió que respecto a los insumos no era posible el suministro toda vez que no existe orden medica que certifica su pertinencia y necesidad. De ahí que no se haya configurado una negación, más aun cuando no se sometió a Comité Técnico Científico prescripción alguna. Lo anterior se refuerza con lo afirmado por la señora Carmen Teresa, quien en llamada telefónica indico que no cuenta con orden médica que avale los insumos requeridos.

Finalmente señaló que lo reclamado son elementos de aseo, por lo tanto, su costo debe ser asumido principalmente por el cuidador y si ello no es posible, la no entrega por parte de la EPS no pone en riesgo inminente la vida del paciente.

3.3. Del fallo de instancia

El Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia del 29 de mayo de 2014, negó por improcedente la acción de tutela incoada. A tal conclusión llegó luego de advertir que no se evidencia orden del médico tratante en la que se prescriban los servicios de salud e insumos reclamados. En el acervo probatorio solo figura la negativa de la EPS al suministro de pañales y suplemento vitamínico por estar excluidos del POS.

Aunque jurisprudencialmente se admitió que la EPS debe entregar los elementos solicitados si se cumplen ciertas condiciones, en este caso, dos de ellas no se dan, en primer lugar porque la urgencia de los servicios no resulta tan evidente, y en segundo porque ni siquiera se sugiere la necesidad inminente del uso de pañales y de permanente atención domiciliaria (los cuidados que exige pueden y deben ser asumidos por la familia) en la historia clínica.

Por tanto el juez no puede invadir la órbita del profesional calificado para prescribir los servicios de salud de la paciente.

Este fallo no fue objeto de impugnación.

3.4. Pruebas relevantes

3.4.1. Copia respuesta emitida por FAMISANAR del 10 de abril de 2014 a solicitud de servicios para la señora Feliciano Forero, elevada el día anterior por su hija Carmen Teresa Delgado. Advierten que de la valoración realizada por la IPS Home Medical Service 5 días antes es claro que la afectada se beneficiara con un control médico mensual. Respecto a los insumos requeridos, al no evidenciarse orden que los avale, ser elementos de aseo y no estar incluido en el POS no serán entregados.

3.4.2. Copia informe de autorizaciones activas por afiliado, emitido el 23 de mayo de 2014 por FAMISANAR EPS (fls. 32-37)

3.4.3. Copia historia clínica del 11 de febrero de 2014 emitida por el doctor Andrés Felipe Gallego Salazar, adscrito a la IPS Home Medical Service. En ella se define el plan de manejo, el cual no incluye el servicio médico domiciliario reclamado (fls. 41-42)

4. Expediente T-4452706

4.1. Hechos y demanda

El 27 de febrero de 2014, Fabiola de Jesús Castañeda López, actuando como agente oficiosa de su padre Horacio de Jesús Castañeda Cano, instauró acción de tutela contra ASMET SALUD EPS-RS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud, conforme a los siguientes hechos:

4.1.1. Manifiesta que su padre tiene 82 años de edad y pertenece al régimen subsidiado en salud al estar adscrito a ASMET SALUD EPS-RS en el nivel 1 del Sisben.

4.1.2. Señala que su progenitor padece de Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica - EPOC Terminal, por lo que es un paciente que no puede valerse por sí mismo y no controla esfínteres, condición que lo obliga a utilizar pañales desechables de manera permanente, insumos que han sido solicitados de manera detallada por su médico tratante Jhon Mauricio Díaz Quintero; prescribió 120 unidades mensuales, sin que a la fecha de presentación de esta acción hayan sido autorizados, pese a recurrir a la acción en forma reiterada. La última petición elevada, con anterioridad a la interposición de la tutela fue el 23 de enero de 2014.

4.1.3. Advierte que el estado de salud del señor Castañeda Cano requiere de constante acompañamiento, por lo que es ella quien lo atiende. Por ello no le es posible trabajar, lo cual le permitiría contar con un ingreso que atienda los requerimientos de su padre.

4.1.4. Por lo anterior, solicita el amparo de los derechos fundamentales de su progenitor, ordenando a la entidad accionada la entrega inmediata de los pañales y, en virtud de la precaria situación económica alegada, que se exonere al señor Horacio de Jesús Castañeda Cano de cancelar copagos o cuotas moderadoras.

4.2. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 28 de febrero de 2014, resolvió admitir la solicitud de amparo y notificar el inicio del trámite de la acción de tutela a ASMET SALUD- EPSS y a la Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, como vinculada, para que se sirvieran contestar la acción.

4.2.1. La Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, mediante escrito del 3 de marzo de 2014, solicitó exonerar de responsabilidad a la entidad, pues le corresponde garantizar las atenciones en salud que requiera el paciente a la EPS a la cual se encuentre afiliado, estén incluidas o no en el POS.

Recordó que es la EPS-S la obligada a garantizar, con su propia red contratada, la prestación de los servicios de salud. Si los anteriores no están incluidos en el POS, deberá

gestionar ante el Comité Técnico Científico la autorización de los mismos y luego adelantar el proceso de recobro, es decir, es la primera y no el ente territorial la que debe asegurar la prestación requerida.

Además destacó que si la solicitud abarca servicios que no corresponden a atenciones en salud, no podrán ser objeto de autorización ni financiación con recursos públicos, pues de hacerlo se incurriría en indebida destinación de recursos con inversión específica.

4.2.2. ASMET SALUD EPS-S, a pesar de ser debida y oportunamente notificada no se pronunció en tiempo.

4.3. Del fallo de instancia

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo del 12 de marzo de 2014, resolvió negar el amparo pues adicional a las ordenes medicas emitidas por el doctor Jhon Mauricio Díaz Quintero, no obra ninguna otra constancia que permita esclarecer gravedad de los padecimientos de salud del afectado y la necesidad del insumo reclamado, por lo que no es posible determinar su urgencia y menos si su negación implica amenaza o vulneración de los derechos invocados. Respecto a la carencia de recursos económicos no se allego prueba alguna de ello, de manera que no es posible corroborar su veracidad.

Este fallo no fue objeto de impugnación.

4.4. Pruebas relevantes

4.4.1. Copia fórmula médica de enero 23 de 2014, avalada por el Dr. John M. Díaz Quintero, quien ordenó pañales desechables para el señor Horacio de Jesús Castañeda (fl 6).

4.4.2. Copia solicitud de autorización de pañales de enero 20 de 2014, presentada por la señora Fabiola de Jesús Castañeda ante ASMET SALUD EPS (fl 7).

4.4.3. Copia anexo técnico número 3 de enero 13 de 2014, en el que el Dr. John M. Díaz Quintero recomienda se autorice y entregue los pañales desechables requeridos por el señor Horacio de Jesús Castañeda, cuyo diagnóstico es de EPOC en estado terminal, esta postrado en cama y no controla esfínteres (fl 8).

4.4.4. Copia cédula de ciudadanía del señor Horacio de Jesús Castañeda Cano (fl 9).

4.4.5. Copia cédula de ciudadanía de la señora Fabiola de Jesús Castañeda López (fl 10).

5. Expediente T-4458535

5.1. Hechos y demanda

El 3 de abril de 2014, la señora Melida Genoy Armero, actuando como agente oficiosa de su madre Georgina Armero Obando, instauró acción de tutela contra ASMET SALUD EPS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, la salud y a la dignidad humana, atendiendo a los siguientes hechos:

5.1.1. Señala que actúa en calidad de agente oficiosa de su madre de 85 años de edad, quien se encuentra afiliada a ASMET SALUD EPS.

5.1.2. Sostiene que el estado de salud de la agenciada es delicado y esta postrada en cama, al punto de no poder asistir a las citas médicas, no solo por su dificultad de traslado, sino también por la carencia de recursos económicos.

5.1.3. Al ser una persona que no se vale por sí misma requiere de cama hospitalaria, pañales, crema antiescaras, suplemento alimentario y acompañamiento permanente por enfermería, servicios negados por la EPS al no existir orden médica que los avale.

5.1.4. Por lo anterior, solicita sean amparados los derechos fundamentales de su madre, ordenando a ASMET SALUD EPS autorizar y entregar los servicios solicitados.

5.2. Respuesta de la entidad accionada:

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo mediante auto del 4 de abril de 2014, resolvió admitir la solicitud de amparo y notificar el inicio del trámite de la acción de tutela a ASMET SALUD EPS, al Hospital La Buena Esperanza de Yumbo-Valle y a la Secretaría de Salud Departamental, como vinculados.

5.2.1 El Hospital La Buena Esperanza mediante escrito de 8 de abril de 2014 presentado por su representante legal, solicitó al juez de tutela abstenerse de efectuar pronunciamiento en contra del Centro de Salud por no ser la institución que ha vulnerado los derechos

fundamentales reclamados, toda vez que no es la obligada a asegurar los servicios médicos requeridos por la afectada, debido a su nivel de atención, el cual no es suficiente para la complejidad de los padecimientos en cuestión.

5.2.2. La Secretaria Local de Salud de Yumbo mediante escrito de 8 de abril de 2014 presentado por la Secretaria General advirtió que el Decreto 2591 de 1991 prohíbe el amparo tutelar cuando con este se pretenden actos de carácter general, como sucede en el presente caso, pues la accionante refiere múltiples necesidades sin concretar la fuente de la presunta violación.

Resalta que la entidad ha cumplido en debida forma sus funciones de diseño y promoción de programas de asistencia médico-social, por lo que no es la llamada a realizar o autorizar procedimientos médicos, entrega de medicamentos y demás requerimientos de salud, en tanto tal responsabilidad recae sobre la EPS a la cual se encuentra afiliada la paciente.

Por ello solicitó al juez de tutela abstenerse de efectuar pronunciamiento en su contra por no haber vulnerado los derechos fundamentales reclamados.

5.2.3. La Secretaria Departamental de Salud mediante escrito de 8 de abril de 2014 presentado por el Jefe de la Oficina Jurídica solicitó exonerar a su representada, toda vez que es la EPS a la que se encuentra afiliada la agenciada la que debe responder de manera integral por los servicios solicitados.

5.2.4. ASMET SALUD EPS mediante escrito de 22 de abril de 2014 representada por su Gerente Departamental señaló que le garantiza de manera integral toda clase de procedimientos, medicamentos y tratamientos incluidos en el POS y debidamente formulados por los médicos tratantes adscritos a la entidad, pero dado que los pañales desechables son insumos no incluidos en el POS, es el Ente Territorial por medio de la Secretaria de Salud, el que debe asumir su entrega, pues así está legamente establecido (Resolución 5334 de 2008-Ley 715 de 2001)

5.3. Del fallo de única instancia

El 24 de abril de 2014, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo, resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por la agente oficiosa de la señora Georgina Armero

Obando.

Señaló que los insumos reclamados no han sido prescritos por los médicos tratantes, tal como afirmó la agente, por lo que mal haría este despacho ordenar a la EPS accionada entregarlos. De hecho es claro que la petición se fundamenta en hechos futuros e inciertos que no sirven de soporte para la decisión.

5.4. Pruebas relevantes

5.4.1. Copia cédula de ciudadanía de la señora Georgina Armero Obando (fl 1).

5.4.2. Copia carnet de salud de ASMET SALUD EPS a nombre de la señora Georgina Armero Obando (fl 1).

5.4.3. Copia cédula de ciudadanía de la señora Melida Genoy Armero (fl 1).

5.4.4. Copia de consulta por especialista de abril 11 de 2013, elaborada por Caterina de Los Ángeles Delgado (fls 3-4).

5.4.5. Copia fotografías del estado de la señora Georgina Armero Obando. De abril 2 de 2014.

6. Expediente T-4460953

6.1. Hechos y demanda

El 30 de mayo de 2014, la señora Sonia Fénix Herrera Velásquez, actuando como agente oficiosa de su padre Saúl Herrera Donoso, instauró acción de tutela contra ALIANSALUD EPS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la salud, conforme a los siguientes hechos:

6.1.1. Manifiesta que actúa en calidad de agente oficiosa del señor Saúl Herrera Donoso, quien tiene 71 años de edad, quien sufrió el 2 de marzo del presente año de un paro cardio-respiratorio que le produjo un trauma cerebral severo, que le dio calificación de paciente crónico con acompañamiento permanente de enfermera.

6.1.2. La EPS a la que se encuentra afiliado como cotizante niega el suministro de los

pañales, la silla de ruedas y el caminador requeridos, así como la autorización de los servicios de enfermería y consulta por gastroenterología, neurología y terapia de rehabilitación física. Lo anterior a pesar de las condiciones actuales del señor Herrera Donoso, depende completamente de otra persona, no controla esfínteres y sufre de incontinencia intestinal.

6.1.3. Sostiene que la familia subsiste de la pensión de su padre, la cual también se invierte en las necesidades médicas que él exija.

6.1.4. Por lo anterior, solicita sean amparados los derechos fundamentales de su progenitor, ordenando a Aliansalud EPS autorizar y suministrar de manera inmediata los pañales, la silla de ruedas, el caminador, los servicios de enfermería permanente y rehabilitación física, al igual que los controles por gastroenterología y neurología

Así mismo garantizar el servicio de transporte, requerido con ocasión de la atención médica y asistencial que le otorguen.

Finalmente asegurar un tratamiento integral.

6.2. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas:

El Juzgado Setenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá mediante auto del 3 de junio de 2014, resolvió admitir la solicitud de amparo, exigir pronunciamiento sobre los hechos a ALIANSALUD EPS y vincular a la Secretaria Distrital de Salud, Secretaria Distrital de Integración Social, Fondo Financiero del Distrito, Fondo de Seguridad y Garantías en Salud, Clínica de Occidente y Superintendencia Nacional de Salud. En consecuencia, ordenó notificar el inicio del trámite de la acción de tutela a los mencionados entes.

6.2.1 La EPS accionada se pronunció el 10 de junio de 2014 por intermedio de su representante legal.

Advirtió que el servicio de enfermería domiciliar se le viene autorizando de acuerdo a las órdenes médicas presentadas.

Respecto a los insumos requeridos, pañales desechables, silla de ruedas y caminador, señaló que desconoce orden médica que indique su necesidad, lo cual es relevante más si

los elementos no están incluidos en el POS. Lo mismo sucede con el servicio de transporte, que será asumido por la EPS siempre que se cumplan los requisitos jurisprudenciales, destacándose el de la incapacidad económica, que en este caso no se verifica.

Finalmente en relación al tratamiento integral requerido, la Jurisprudencia Constitucional ha sido clara en señalar que no es posible amparar por esta vía derechos inciertos y futuros que no se sabe si van a ser demandados o no, debiendo por tanto desestimarse esta pretensión, o en su defecto hacer determinable la orden.

6.2.2 La Secretaría Distrital de Integración Social mediante escrito del 9 de junio de 2014 presentado por la Subdirectora para la Vejez, solicitó se desestimaran las pretensiones por cuanto los servicios de seguridad social en salud son asumidos por otro sector.

Además, dentro de los proyectos sociales que brinda no se contempla el suministro de los elementos reclamados, en la medida en la que son insumos médicos que deben ser proporcionados de manera exclusiva por la EPS-S a la cual se encuentra afiliada la persona en cuestión.

6.2.3 La Clínica de Occidente mediante escrito del 9 de junio de 2014 presentado por su departamento jurídico destacó que en consideración al sistema interno el afectado fue valorado, diagnosticado y tratado conforme los estándares médico-científicos y la práctica profesional.

6.2.4 La Secretaría Distrital de Salud mediante escrito del 10 de junio de 2014 presentado por su Subdirectora de Gestión Judicial manifestó que no se evidencia órdenes médicas que sustenten la necesidad y pertinencia tanto de los insumos como de los servicios reclamados. Por ello recomendó que la entidad accionada sometiera a evaluación médica especializada al afectado a fin de que se determinen las prestaciones que su condición de salud exija. De manera puntual se refieren a los pañales como elementos de aseo excluidos del POS por lo que no podrán destinarse los recursos de la atención de salud para ellos.

Por ultimo destaca que en lo que tiene que ver con la pretensión de la accionante, la responsabilidad debe asumirla la EPS a la que se encuentra afiliado el paciente.

Es así como solicitó ser desvinculada del proceso de tutela en trámite.

6.2.5 La Superintendencia Nacional de salud mediante escrito del 13 de junio de 2014 presentado por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica dio respuesta bajo los siguientes términos.

En primer lugar advirtió estar en presencia de una falta de legitimación por pasiva, pues al ser un organismo de control y vigilancia no le compete autorizar o suministrar los insumos y procedimientos reclamados.

Insistió que la EPS debe asumir lo solicitado, siempre que se encuentre contemplado en el POS. De hecho, para acceder a los servicios especializados de salud es indispensable la remisión por medicina general.

Resaltó que el retiro de la gastronomía es consecuencia de un procedimiento quirúrgico incluido en el POS, en virtud del principio de integralidad; por tanto la EPS estaría en la obligación de asumir su cobertura, sin lugar a recobro ante el FOSYGA.

Finalmente, respecto a los servicios e insumos requeridos debe existir orden médica que los avale, bajo el propósito de que los primeros sean considerados por el Comité Técnico Científico y los segundos autorizados si se fundamenta su necesidad y urgencia.

Como petición solicito declarar la falta de legitimación antes citada con el objetivo de ser eximida de toda responsabilidad.

6.2.6 El Ministerio de Salud y Protección Social mediante escrito del 12 de junio de 2014 presentado por su Director Jurídico contesto bajo los siguientes argumentos.

Subrayó que si los servicios solicitados, como la consulta por especialista y las terapias de rehabilitación física, están contemplados en el POS, deben ser garantizados por la EPS a la que se encuentra afiliado.

6.3. Del fallo de única instancia

El Juzgado Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, mediante fallo del 13 de junio de 2014, negó el amparo por no quedar demostrado que los suministros requeridos por el actor hubieran sido ordenados por el médico tratante, y solicitados ante la entidad accionada.

Este fallo no fue objeto de impugnación.

6.4. Pruebas relevantes

6.4.1. Copia cédula de ciudadanía de Saúl Herrera Donoso (fl 9).

6.4.2. Copia carné de salud de Saúl Herrera Donoso (fl 9).

6.4.3. Copia evolución UCI de 3 de marzo de 2014 elaborada por Jorge Ramírez Pereira. Se advirtió complicación por paro cardiorrespiratorio secundario (fl 10).

6.4.4. Copia foto del estado actual (fl 11).

6.4.5. Copia cédula de ciudadanía de Sonia Félix Herrera Velásquez (fl. 12).

6.4.6. Copia Epicrisis N° 93754 de 25 de marzo de 2014 avalada por el medico Luis Carlos Bray Tovar. En el que se constata que el paciente ingresó a sala de reanimación (fls 33-46).

7. Expediente T-4464705

7.1. Hechos y demanda

7.1.1. Manifiesta que actúa en calidad de agente oficiosa del señor Norberto Bustos de 77 años de edad, y quien sufrió de amputación de pierna izquierda por problemas de circulación, así como operación de próstata, condiciones que le impiden valerse por sí mismo y controlar esfínteres. Por ello se elevó petición a la EPS el 16 de mayo de 2012 a fin de que se autorizara y entregara pañales desechables y crema antiescaras. La anterior fue negada de manera injustificada

7.1.2. Sostiene que se encuentra en una difícil situación económica, pues debe asumir gran parte de las necesidades médicas de su esposo, en especial, el transporte. Añade que viven solos y que cuidar de manera permanente al afectado pues este ha sufrido tres trombosis que lo han dejado invalido.

7.1.3. Por lo anterior, solicita sean amparados los derechos fundamentales de su esposo, ordenando a COMFANDI EPS autorizar y suministrar de manera inmediata los pañales y la

crema antiescaras.

7.2. Respuesta de la entidad accionada:

El Juzgado Quince Penal Municipal de Cali mediante auto de 7 de febrero de 2013, resolvió admitir la solicitud de amparo y exigir pronunciamiento sobre los hechos al SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS EPS. En consecuencia, ordenó notificar el inicio del trámite de la acción de tutela a la anterior.

La entidad se pronunció, de manera extemporánea, el 21 de febrero de 2013 por intermedio de su apoderada judicial.

Advirtió que en el presente caso no se cumple con los criterios jurisprudenciales para definir la prestación del servicio médico requerido; de manera especial no se evidencia orden de galeno tratante que determine la pertinencia y necesidad de lo solicitado.

De ahí que sea válido para efectos de obligar a la EPS el solo requerimiento de la accionante sin soporte médico.

Por consiguiente solicitó no conceder la acción de tutela presentada.

7.3. Del fallo de única instancia:

El Juzgado Quince Penal Municipal de Cali, mediante fallo del 21 de febrero de 2013, negó el amparo por no evidenciarse en el acervo probatorio orden médica que avale la necesidad de los insumos requeridos. Además no se confirmó que se haya surtido el trámite administrativo ante el Comité Técnico Científico, por lo que no se han agotado los recursos disponibles. Finalmente no se demostró la insolvencia económica de la agente.

Este fallo no fue objeto de impugnación.

7.4. Pruebas relevantes

7.4.1. Copia valoración por cirugía vascular periférica y angiología del 14 de junio de 2012. El Dr. Fernando Monroy advirtió la existencia de un aneurisma en la aorta torácica y la necesidad de una cirugía (fl 4).

7.4.2. Copia historia clínica del 4 de junio de 2012 avalada por el médico internista Aníbal Badel Rodríguez, profesional de la Clínica Neurocardiovascular DIME. Recomendó intervención del aneurisma existente, siempre que se haya recuperado a plenitud del infarto padecido (fls 5-6).

7.4.3. Copia historia clínica del 7 de julio de 2013 avalada por el Dr. Francisco Javier Usubillaga Moscoso. Se destacó que hacía 20 días no tenía movilidad por lo que sufría de edema miembros inferiores (fl 7).

7.4.4. Copia de informe de escanografía de mayo 3 de 2012 y avalada por la Dra. Inés Castro Payan. Ella confirmó la presencia del aneurisma (fls 8-9).

7.4.5. Solicitud de pañales del 16 de mayo de 2013 elevada por el señor Norberto Bustos Rojas. Como motivación advirtió incontinencia urinaria (fl 10).

7.4.6. Respuesta a la anterior petición del 22 de mayo de 2012, emitida por Carlos Hernán Arango, Jefe del Departamento de Servicios de Salud. Se negó lo requerido por no hacer parte tal insumo del POS.

7.4.7. Valoración por cirugía vascular y angiología de 28 de agosto de 2012. De ella se confirma la amputación sufrida por isquemia crítica no revascularizable (fl 12-13).

8. Actuaciones en sede de revisión

1. Mediante Auto del 30 de septiembre de 2014[1], la Magistrada (e) sustanciadora decretó pruebas con el fin de conocer el estado vital actual de los accionantes, particularmente se solicitó a la Registraduría Nacional del Estado Civil informar sobre el estado de las respectivas cédulas de cada uno de los tutelantes.

2. Mediante Auto del 9 de octubre de 2014[4], la Magistrada (e) sustanciadora decretó poner en conocimiento de la Caja de Compensación Familiar de Antioquia COMFAMA el contenido de la acción de tutela T-4452706 para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones expuestos en la misma, comoquiera que en el trámite de revisión de tutela, el actor se había cambiado de esta EPSS.

En respuesta al señalado auto, el apoderado especial de ALIANZA MEDELLIN - ANTIOQUIA

E.P.S. S.A.S señaló que si bien es cierto el afectado se encuentra afiliado a esa EPS, no hay soportes médicos que den fe de la situación de salud que alega y que en todo caso, el suministro de pañales no hacen parte del Plan Obligatorio de Salud. Ante esto solicita que se declare improcedente la tutela[5].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico y esquema de resolución

2.1. Corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar si las Entidades Promotoras de Salud accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, mínimo vital, seguridad social y a la vida en condiciones de dignidad de personas que padecen enfermedades que les generan una limitación importante en su movilidad y control de esfínteres, por negarse a suministrarles insumos como silla de ruedas, guantes desechables, pañitos húmedos, crema antiescaras y pañales desechables, Bajo el argumento de que no fueron ordenados por un médico tratante y se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

2.2. Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de reiterar la jurisprudencia de la Corte en los siguientes temas: (i) la legitimación para actuar como agente oficioso o representante en la acción de tutela; (ii) el derecho fundamental a la salud; (iii) la salud en el caso de sujetos de especial protección constitucional; (iv) presupuestos jurisprudenciales para el suministro de insumos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud; (v) los casos en los que procede la exoneración de los copagos y de las cuotas moderadoras; (vi) la carencia actual de objeto. Luego, (vii) se analizarán y resolverán los casos en concreto.

3. La agencia oficiosa en la acción de tutela

El artículo 86 constitucional, contempla el derecho a presentar la tutela por sí o por alguien

que actúe en su nombre mediante un procedimiento preferente, informal y sumario, cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, al desarrollar la reglamentación de la acción de tutela, estableció las condiciones de la legitimidad para actuar de la siguiente forma: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”. [6]

En síntesis, la acción de tutela puede ser presentada mediante agente oficioso cuando este afirme actuar en tal calidad y el titular de los derechos fundamentales no se encuentra en condiciones de promover la defensa de sus intereses. No obstante la Jurisprudencia de esta Corte, ha decantado el análisis de estos presupuestos para evitar que por el celo excesivo de la forma se afecten intereses iusfundamentales que requieran inminente protección. Así, se ha expuesto que el juez constitucional puede interpretar, atendiendo las circunstancias particulares de cada caso, que a pesar de que no se exprese taxativamente que se obra en calidad de agente oficioso, quien acude en su defensa lo hace en dicha calidad [7].

En igual sentido, esta Corporación, en casos como los que acá se analizan, ha señalado que tampoco se debe exigir de forma perentoria la demostración de la incapacidad física o mental del titular de los derechos que se solicitan proteger, cuando esto implica una carga desproporcionada o en virtud de que dentro del acervo probatorio que obra en el expediente se desprende claramente la situación que le impide la asistencia personal para elevar el mecanismo de tutela [8]. En estas circunstancias, el juez no puede descartar sin más la solicitud, sino que en aras de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas debe realizar una interpretación que garantice el estudio de fondo del amparo.

4. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de la jurisprudencia [9]

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, indica que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, estableciendo políticas

para la prestación del servicio y ejerciendo una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho fundamental y por otro, en un servicio público de carácter esencial.

El carácter fundamental de los derechos constitucionales, actualmente ya no se estructura a partir de la distinción de los derechos de primera o segunda generación, ni tampoco porque tenga alguna relación directa con otros derechos fundamentales -tesis de conexidad-, pues la Corte entiende que son fundamentales todos aquellos derechos constitucionales que funcionalmente estén dirigidos a lograr la “dignidad humana” de las personas, y además que sea entendido como subjetivo[10]. Bajo estos supuestos es que la Corte Constitucional, entendió que el derecho a la salud era fundamental. En ese sentido la Corte Constitucional en Sentencia T-736 de 2004 precisó que:

“(…) la jurisprudencia Constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud”. Igualmente indica que “(…) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”

Ahora bien, la génesis del estatus fundamental del derecho a la salud, coincidió con la evolución de la protección de este derecho en el ámbito internacional, específicamente en la Observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la cual se señaló:

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”.
(Negrillas fuera del texto original)

De igual manera, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho

a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.’”

Acorde con esta evolución, el Congreso de la República aprobó el proyecto de Ley Estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones”, cuya constitucionalidad fue revisada por la Corte mediante sentencia C-313 de 2014, que viene a reafirmar la naturaleza de este derecho.

Con todo, la garantía del derecho fundamental a la salud, está funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. Debido a esto, la jurisprudencia de esta Corporación manifestó, que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. Verbigratia, los casos en donde las EPS niegan el suministro de pañales a las personas que no pueden controlar sus esfínteres, bajo el argumento que no se encuentran incluidos en el POS. Al respecto este Tribunal indicó:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema[11].”

En síntesis, todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la protección del derecho fundamental a la salud, pues no solamente es un derecho autónomo sino que también comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la

dignidad, derechos que deben ser garantizados por el Estado colombiano de acuerdo a los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales. Sin dejar a un lado que, el derecho a la salud no es absoluto, pues se puede limitar conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia de este Tribunal.

5. El derecho a la salud en el caso de sujetos de especial protección constitucional

El principio de igualdad como fundamento de un Estado Social de Derecho debe ser garantizado en términos efectivos. En Colombia su consagración en el artículo 13 constitucional establece no solo que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley” sino que añade la dimensión negativa del derecho al señalar que “todas las personas recibirán la misma protección y trato y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”. Igualmente en el marco constitucional de este derecho, se le endilga al Estado la obligación de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” lo que necesariamente conlleva la puesta en marcha de medidas positivas que pongan en igualdad de condiciones a los grupos marginados o discriminados.

La materialización de este mandato de optimización se estructura, en materia de salud, a partir de la búsqueda del mas alto nivel de disfrute de bienestar físico, mental y social para cada persona que permita una vida digna según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante Ley 74 de 1968[12] y la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[13], conforme al denominado bloque de constitucionalidad[14].

En consecuencia, en virtud del principio de igualdad, las acciones encaminadas a asegurar este estado de bienestar atado al concepto de salud, se dirige en condiciones reforzadas a los sujetos de especial protección constitucional por parte del Estado. Así, quienes se encuentran en particulares condiciones económicas, físicas o mentales, como los niños, discapacitados y adultos mayores, entre otros, son objeto de especial protección por parte del Estado y de garantía en materia de salud.

Particularmente en el caso de las personas de la tercera edad, en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran, la Corte ha reconocido una especial protección reforzada en salud y ha indicado que el Estado y las entidades

prestadoras de servicios de salud tienen la obligación de prestar la atención médica integral necesaria[15]. Así la jurisprudencia constitucional ha entendido que las especiales circunstancias de los grupos vulnerables potencian la desigualdad material en la que se puedan encontrar. De esta forma, el acceso a prestaciones en salud deben ser especialmente valoradas en sede de tutela cuando sea evidente la situación de indefensión, lo que implica no detenerse en los límites formales en los casos concretos, sino que debe primar la protección de los derechos fundamentales.

En consecuencia, a partir de la necesaria garantía de la prestación del servicio de salud mediante acciones afirmativas, esta Corporación ha considerado que se debe brindar la atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios de salud[16].

6. Los presupuestos jurisprudenciales para el suministro de insumos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud

En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución[17], el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece el Plan Obligatorio de Salud (POS) para el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Dicho plan tiene como objetivo la “protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”[18].

Por su parte, la Resolución 5521 de 2013 a través de la cual el Ministerio de Salud y Protección Social definió, aclaró y actualizó integralmente el Plan Obligatorio de Salud define el conjunto de tecnologías en salud que tienen derecho a recibir los afiliados de parte de sus Entidades Promotoras de Salud (EPS) en caso de ser necesario. Para tal fin, los Acuerdos 027 de 2011 y 032 de 2012[19], señalan que dichos servicios deben ser suministrados sin importar que la afiliación de las personas al SGSSS sea a través del régimen subsidiado o contributivo.

Ahora bien, en virtud del sistema, el cual, a pesar de estar edificado sobre la base de la solidaridad, cuenta con recursos finitos para cubrir las contingencias propias de las enfermedades o de las políticas para su prevención, se ha excluido del POS ciertos procedimientos, tratamientos servicios y medicamentos, particularmente por su alto costo.

No obstante esta circunstancia, la Corte, ha señalado que “toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido”[20].

De esta forma, si a una persona que requiere un servicio de salud se le niega por cuestiones administrativas, se estará menoscabando su derecho fundamental a la salud[21].

Ante esta premisa, la jurisprudencia constitucional, partiendo del respeto por la dignidad de las personas y la afectación directa o indirecta de derechos del paciente, ha decantado una serie de requisitos para establecer los casos en los que una persona puede acceder a un servicio no POS: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”[22].

En los casos de insumos que generalmente se necesitan para el tratamiento de pacientes que no tienen control de esfínteres o con problemas de movilidad, como lo son los pañales, paños húmedos, cremas, etc., que se encuentran excluidos del plan obligatorio de salud, la Corte ha señalado que se deben verificar los requisitos anteriormente expuestos pero que “en aquellos asuntos en los que no existe orden del médico tratante que prescriba su uso, esta Corporación ha sostenido que habrá lugar a ordenar su entrega cuando quiera que sea posible concluir que existe una relación directa entre la dolencia y los elementos solicitados, bien por lo que consta en la historia clínica sobre este particular o bien por las propias condiciones del afectado”[23]. De esta forma resulta viable por vía de tutela ordenar el suministro de los elementos solicitados cuando sea evidente la necesidad de los mismos para poder llevar una vida en condiciones dignas en virtud de que su carencia afecta la derechos fundamentales de la persona, particularmente su salud o su integridad[24].

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sido clara al establecer que corresponde al juez constitucional reconocer este tipo de insumos, particularmente los pañales desechables, a pesar de no contar con una orden médica que los sugiera, siempre que se evidencie su necesidad en el paciente[25].

Igualmente, en cuanto al requisito de la orden médica esta Corporación ha indicado que en el trámite de las autorizaciones, el médico tratante debía solicitar al Comité Técnico Científico, la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud. De modo que una E.P.S. desconoce el derecho a la salud, cuando niega un tratamiento, procedimiento, medicamento o prestación, argumentando que, quien necesita del mismo, no ha presentado la solicitud al referido Comité[26]. En efecto, los trámites administrativos que se deban surtir para acceder al servicio médico, no deber constituirse en talanqueras que hagan nugatorio o afecten el derecho a la salud. Si bien es cierto que por razones organizativas se hace necesaria la existencia de determinados trámites, estos no pueden ser desproporcionados o excesivos, mucho menos cuando implican un tiempo de espera que dilata la efectiva concreción de derechos fundamentales como el de la salud con consecuencias vitales. Por esto, tal como esta Corporación lo ha señalado, el suministro del servicio deberá hacerse sin someterse a estudio alguno cuando sea urgente para la protección de la vida[27].

Por su parte, en situaciones en las que la certeza de la necesidad de un determinado insumo o medicamento no se desprende de los elementos que obran en el expediente, pero que si queda patente una actuación carente de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de la empresa prestadora de salud, la Corte ha determinado que se desconoce el derecho al diagnóstico[28]. Esta garantía, conlleva la exigencia, por parte del paciente, de la “realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado.”[29].

Así, ante la vulneración del mencionado derecho al diagnóstico, si bien el juez no tiene la obligación de ordenar la entrega del medicamento o insumo, si debe exigir a la empresa

prestadora de salud la asistencia necesaria al paciente para establecer la enfermedad o dolencia que padezca y el tratamiento más adecuado para sobrellevarla[30].

En conclusión, y tal como ha sido reiterado por este Tribunal, la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos del Plan Obligatorio de Salud debe ser examinado por el juez constitucional con base en el caso concreto y no solo desde la perspectiva restringida de la normatividad. De esta forma, a partir de una visión amplia se podrá dilucidar si la actividad o inactividad de la entidad prestadora de servicios vulnera derechos del paciente, particularmente a la salud y la vida[31].

7. Los casos en los que procede la exoneración de los copagos y de las cuotas moderadoras.[32]

Con el fin de prestar el servicio de salud a todos los habitantes del país, independientemente de su capacidad económica, la Ley 100 de 1993 estableció el Sistema General de Seguridad Social en salud y los regímenes contributivo y subsidiado, como se indicó anteriormente.

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993, dispone que los afiliados y beneficiarios del SGSSS están sujetos a pagos moderadores, entendidos como pagos compartidos o copagos, cuotas moderadoras y deducibles. Para el caso de los afiliados, dichos valores tienen el objeto de racionalizar el uso de servicios del sistema. Para el de los beneficiarios, el de complementar la financiación del POS.

Sobre la regulación de las cuotas moderadores y copagos, tanto en el régimen contributivo y subsidiado, el Acuerdo 260 de 2004 dispone que, dichos pagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante, de acuerdo con los principios de (i) equidad, (ii) información al usuario, (iii) aplicación general “sin discriminación alguna” y (iv) no simultaneidad.

En este sentido, en Sentencia C-542 de 1998 esta Corporación determinó que el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 debía interpretarse bajo el entendido de que “si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras 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 (...)”.

Asimismo, la Corte Constitucional en Sentencia T-1081 de 2006 recordó que:

“(...) [e]l cobro de las cuotas de recuperación se hace conforme a una graduación proporcional al nivel socioeconómico en el que se encuentra cada persona, por lo tanto resulta determinante que la clasificación responda a la real situación de las personas dado que de ello depende los beneficios y subsidios que el sistema les reconocerá. Sin embargo “[e]n múltiples oportunidades esta Corporación se ha referido a las deficiencias que presenta la aplicación del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales - SISBEN- y ha expresado que los defectos del Sistema se traducen en ocasiones en la vulneración de derechos constitucionales fundamentales como la vida, la igualdad, la salud y el habeas data administrativo de los beneficiarios del mismo “, de tal manera que el beneficiado puede solicitar ante la entidad administrativa la corrección de la información que considere errada y “(...)el juez está obligado a analizar la situación en particular, con el fin de determinar si en realidad se presentan circunstancias especiales, que permitan concluir que el nivel socioeconómico atribuido por el sistema a una persona, no es el reflejo de su situación socioeconómica actual”

Siguiendo esta línea, la Corte Constitucional en distintas oportunidades ha señalado que las cuotas moderadoras y los pagos compartidos “no pueden convertirse en una barrera para que las personas que no cuentan con los recursos económicos para cubrir las puedan recibir un tratamiento médico, de tal manera que de existir una controversia alrededor de este asunto, ésta debe dirimirse a favor de la protección de los derechos fundamentales”[33].

En este sentido este Tribunal ha considerado que “será el juez constitucional el encargado de verificar, en cada caso, si el pago de las cuotas de recuperación exigidas por la ley, obstaculiza el acceso al servicio de salud y si, como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales”[34].

7.1. Exenciones de Copagos y de Cuotas moderadoras por mandamiento legal

Al respecto también debe tenerse en cuenta que con el propósito de asegurar que la

población más pobre y vulnerable tenga acceso efectivo a los servicios de salud, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 que en el literal g) establece que “no habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel 1 del Sisben o el instrumento que lo reemplace.”.

En este mismo sentido, se encuentran exentas de pago de cuotas moderadoras y copagos los siguientes grupos de población[35]:

1. Las personas con discapacidad mental que tienen derecho a los servicios de salud de manera gratuita, a menos que su patrimonio directo o derivado de la prestación alimentaria, le permita asumir tales gastos (Ley 1306 de 2009, artículo 12).

2. Los beneficiarios de la Ley 1388 de 2010, (Artículo 4, párrafo 2) que de conformidad con lo previsto en su artículo 2, corresponden a:

a. La población menor de 18 años a quien se le haya confirmado, a través de los estudios pertinentes, el diagnóstico de cáncer en cualquiera de sus etapas, tipos o modalidades, certificado por el Onco-hematólogo Pediátrico, debidamente acreditado para el ejercicio de su profesión, de acuerdo con la normatividad vigente.

b. La población menor de 18 años con diagnóstico confirmado y certificado por el Onco-hematólogo Pediátrico de Aplasias Medulares y Síndromes de Falla Medular, Desórdenes Hemorrágicos Hereditarios, Enfermedades Hematológicas Congénitas, Histiocitosis y Desórdenes Histiocitarios.

c. La población menor de 18 años, cuando el médico general o cualquier especialista de la medicina, tenga sospecha de cáncer o de las enfermedades enunciadas en el literal anterior y se requieran exámenes y procedimientos especializados, hasta tanto el diagnóstico no se descarte.

3. Las personas mayores de edad, en relación con la práctica de la vasectomía o ligadura de trompas (Ley 1412 de 2010, artículos 2 y 3).

4. Los niños, niñas y adolescentes de SISBÉN 1 y 2, con discapacidades físicas, sensoriales y cognitivas, enfermedades catastróficas y ruinosas que sean certificadas por el médico tratante, respecto a los servicios y medicamentos de la parte especial y diferenciada del

Plan de Beneficios (Ley 1438 de 2011, artículo 18).

5. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia física o sexual y todas las formas de maltrato, que estén certificados por la autoridad competente, respecto de los servicios para su rehabilitación física, mental y atención integral hasta que se certifique médicamente su recuperación (Ley 1438 de 2011, artículo 19).

6. Todas las mujeres víctimas de violencia física o sexual, que estén certificadas por la autoridad competente, respecto de la prestación de los servicios de salud física, mental y atención integral, sin importar su régimen de afiliación, hasta que se certifique médicamente la recuperación de las víctimas (Ley 1438 de 2011, artículo 54).

8. Las personas con cualquier tipo de discapacidad, en relación con su rehabilitación funcional, cuando se haya establecido el procedimiento requerido, en concordancia con los artículos 65 y 66 de la Ley 1438 de 2011 (Ley 1618 de 2013, artículo 9, numeral 9).

9. Las víctimas de lesiones personales causadas por el uso de cualquier tipo de ácidos o sustancia similar o corrosiva que generen daño o destrucción al entrar en contacto con el tejido humano y generen algún tipo de deformidad o disfuncionalidad, respecto de los servicios, tratamientos médicos y psicológicos, procedimientos e intervenciones necesarias para restituir la fisionomía y funcionalidad de las zonas afectadas (Ley, 1438 de 2011, artículo 53A, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1639 de 2013).

7.2. Exención por vía jurisprudencial a partir de reglas probatorias para establecer la capacidad económica

De otro lado, este Tribunal ha indicado de manera reiterativa que la simple manifestación de incapacidad económica, no requiere que se aporte prueba alguna por parte de peticionario (art. 177 del C.P.C), pues no solo se presume la buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución Política, sino que también se en virtud de una faceta de la carga dinámica de la prueba, se le atribuye a la entidad demandada una diligencia mayor para desvirtuar la alegación del paciente[36]. Al respecto la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha establecido reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de quienes aducen no tenerla en los casos donde está de por medio el acceso a servicios de salud. Dichas reglas se fundamentan en la negación indefinida que implica la

alegación por parte de los pacientes de no tener la capacidad económica para sufragar los costos asociados a medicinas, exámenes o procedimientos excluidos del POS o de cuotas moderadoras. Por lo tanto, siendo imposible de probar a quien la alega, le corresponde a la demandada controvertir tal circunstancia. Adicionalmente, se considera que la EPS siempre cuenta con la información acerca de la condición económica de la persona[37], particularmente del tipo de cotización y el monto.

Así, en términos generales, la jurisprudencia de este Tribunal, ha planteado las siguientes reglas que se transcriben in extenso:

(i) “la carga probatoria en el trámite de la acción de tutela, es más exigente para los demandados que para los accionantes, en virtud de la naturaleza especial de esta. Este principio, alivia la carga de los accionantes, quienes usualmente son personas que carecen de los medios para probar todos y cada uno de los hechos por ellos relatados[38]”.

(ii) “la función del juez constitucional es privilegiar la protección de los derechos fundamentales que se enuncian como vulnerados. So pretexto de no cumplir con requisitos procesales, no puede olvidar el espíritu garantista que ilumina la acción de tutela”[39].

(iii) “en el trámite de la acción de tutela, se aplica el principio de la carga dinámica de la prueba según el cual – corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo-[40]”.

(iv) “cuando el juez de instancia solicita a los demandados rendir el informe de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991[41], en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de ese mismo decreto[42], si éste no es rendido dentro del plazo correspondiente – se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa-[43]”.

(v) “el tutelante en una acción de amparo se le exige que relaten de manera clara los hechos generadores de la vulneración de los derechos fundamentales, y de ser posible, que aporte las pruebas que tenga a su disposición. Es a los demandados a quienes les corresponde, en los informes que les pide el juez, desvirtuar la veracidad de los hechos alegados por los accionantes, llegando al punto de que si no se pronuncian sobre éstos, se presumirán ciertos”[44].

Por último, esta Sala ha señalado que el funcionario judicial debe aplicar alguna de las siguientes fórmulas en aras de solucionar los casos concretos en sede de tutela: “(i) emplear sus poderes oficiosos con el fin de obtener la información necesaria para resolver la cuestión, (ii) recurrir a la carga dinámica de la prueba, (iii) en situaciones específicas, usar los criterios de flexibilización probatoria que la jurisprudencia constitucional autoriza y (iv) aplicar la lógica de lo razonable de conformidad con la experiencia y la sana crítica, para lograr que la solución final que adopte, cumpla con la finalidad de proteger el derecho invocado.”[45].

En conclusión, la Corte ha indicado que en sede de tutela y atendiendo las situaciones concretas, es posible flexibilizar la carga de la prueba a favor del peticionario haciendo prevalecer la protección de sus derechos fundamentales. En este sentido, si bien las cuotas moderadoras y el copago, son mecanismos legítimos que el sistema general de seguridad social en salud creó con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera, cuando el usuario se encuentre en incapacidad económica que le impida atender tales costos, es deber de las entidades promotoras de salud suministrar los insumos, medicamentos o tratamientos que requiera de manera urgente, y así evitar una vulneración inminente de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los beneficiarios del sistema[46].

8. Carencia actual de objeto

Comoquiera que en el trámite de revisión de los asuntos acumulados bajo estudio puede haberse solucionado favorablemente las pretensiones que originaron las tutelas o en términos generales la amenaza ha desaparecido o fue superada, corresponde a la Sala analizar la carencia actual de objeto, para lo cual se reiterara la jurisprudencia de esta Corporación.

La finalidad de la acción de tutela es garantizar la protección del derecho fundamental de quien invoca el amparo. Es decir, es en principio, una finalidad subjetiva.[47] Existiendo carencia de objeto “no tendría sentido cualquier orden que pudiera proferir esta Corte con el fin de amparar los derechos del demandante, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia”.[48] La Corte ha señalado al respecto:

“Esta Corporación, al interpretar el contenido y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, en forma reiterada ha señalado que el objetivo de la acción de tutela se

circunscribe a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

Así las cosas, se tiene que el propósito de la tutela, como lo establece el mencionado artículo, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus acciones han amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa actual y cierta de los mismos.

No obstante, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto a que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción”.[49]

Mediante sentencia T-533 de 2009, esta Corporación manifestó que el fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto. Lo anterior, como resultado de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

La carencia actual de objeto por hecho superado se configura cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna.[50] En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela.

En dicho sentido, esta Corporación ha señalado que no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para la Corte en sede de revisión, como juez de máxima jerarquía de la jurisdicción constitucional, el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita[51] e incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede

hacerlo, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991,[52] sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.

De otra parte, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando “no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela”,[53] de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro, y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental[54].

Por regla general, la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio.[55] Es decir, su fin es que el juez de tutela, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización.[56] En este orden de ideas, en caso de que se presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua[57] o, lo que es lo mismo, caería en el vacío[58] pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal.

Asimismo, advierte la Sala que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto. A manera de ejemplo, ello sucedería en el caso en que, por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, el accionante perdiera el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo[59].

9. Análisis de los casos en concreto.

A continuación se procederá a estudiar todos los casos reseñados. Para tal fin, la Sala se pronunciará sobre cada una de las pretensiones y las estudiará a la luz de la jurisprudencia constitucional expuesta en la parte considerativa.

9.1. Expediente T-4443598

La ciudadana Estela Arias Ruiz, actuando como agente oficioso de Juan Bautista Arias López, interpuso acción de tutela contra la EPS SALUDCOOP, con la pretensión de que se autorizara la entrega de pañales para adulto junto con el suplemento vitamínico requeridos. El señor Arias López es una persona de 81 años, que sufre una enfermedad catastrófica.

El juez de primera instancia, consideró que si bien está probado que el afectado sufre de un carcinoma metastático, no figura orden del especialista respecto del suministro de pañales y del suplemento por lo que no tuteló los derechos del accionante.

Por otra parte, la cédula de ciudadanía de Juan Bautista Arias López se encuentra cancelada por muerte según resolución No. 7845 proferida el 02 de mayo de 2014 por el Director Nacional de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, lo que conduce a que actualmente la protección que se pretendía por medio del mecanismo de amparo no tenga fundamento.

No obstante, aunque se encuentra la figura de la carencia actual de objeto, la Corte considera necesario pronunciarse sobre la tutela que fue negada por el juez de instancia.

Como se ha expresado en las respectivas consideraciones de la presente providencia, es procedente por vía de tutela ordenar el suministro de insumos cuando, además de la afectación de los derechos fundamentales del paciente, sea evidente que existe una relación directa y de necesidad entre la dolencia y lo pedido, es decir que se pueda inferir razonablemente que una persona que padece cierta enfermedad requiere, para llevar una vida en condiciones dignas, la entrega de determinados insumos.

La Sala encuentra que a partir del evidente deterioro del estado de salud del accionante por el tipo de enfermedad y lo consignado en la historia clínica que obra en el expediente, la utilización de pañales era un suministro necesario para paliar los efectos de su enfermedad

y garantizar su dignidad humana. Particularmente en la historia clínica se expone que “el paciente requiere cambio de pañales”[60], lo que no dejaba duda de su necesidad y debió ser considerado por el juez de instancia a la hora de tutelar los derechos del peticionario. Aunado a esto se encuentra la alegada falta de capacidad económica del actor la cual no fue desvirtuada por la entidad demandada.

En este sentido, la sala encuentra que la recomendación que hace el juez de instancia a la agente oficiosa para que se acerque a la EPS para solicitar una valoración por el médico de la EPS SALUDCOOP, no es ajustada a la jurisprudencia constitucional y por el contrario, redundante en un trámite adicional e ineficaz para el actor, el cual difícilmente conduciría a una solución a la vulneración de sus derechos. Si el juez consideraba no contar con los elementos suficientes para ordenar el suministro del suplemento, debió haber ordenado directamente a la EPS la valoración y la respectiva prescripción de los insumos solicitados.

Por lo tanto, la Corte considera que la negativa de la EPS SALUDCOOP a satisfacer la provisión de pañales, que se desprende de la contestación extemporánea de la tutela, conforme a las circunstancias que se han descrito, no tenía ninguna justificación, lo que hace necesario considerar que dicha entidad vulneró el derecho fundamental a la salud del paciente ya fallecido.

En virtud de lo expuesto, se revocará la sentencia de 27 de marzo de 2014 proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Rionegro, y en su lugar se declarará la carencia actual de objeto por daño consumado.

9.2. Expediente T-4447851

La señora Alba Maritza Gómez, actúa como agente oficiosa de su padre Luis Antonio Gómez para instaurar acción de tutela contra la NUEVA EPS. Considera que se han vulnerado los derechos fundamentales de petición, a la vida, y a la salud.

Se evidencia que el señor Luis Antonio Gómez tiene 81 años y sufrió trombosis cerebral que lo ha dejado con pérdida de movilidad. Por estas circunstancias solicitó a la NUEVA EPS el servicio de enfermería domiciliaria, entrega de pañales, pañitos húmedos, suplemento alimentario y crema antiescaras a través de un derecho de petición que no fue contestado.

El juez de primera instancia, negó el amparo por no obrar en el expediente la orden médica que avale la necesidad de los insumos requeridos ni se demostró que la agente oficiosa o los familiares del paciente hubieran elevado la solicitud necesaria.

Al igual que en anterior caso, obra en el expediente prueba de la cancelación por muerte de la cédula de ciudadanía del señor Luis Antonio Gómez, según resolución No. 11548 proferida el 31 de julio de 2014 por el Director Nacional de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, lo que conduce a que actualmente la protección que se pretendía por medio del mecanismo de tutela a través de determinadas órdenes no tenga ningún efecto.

No obstante, aunque se configura la carencia actual de objeto, la Corte considera necesario incluir algunas observaciones respecto al presente caso.

La respuesta al derecho de petición elevado por el actor para obtener una serie de insumos que consideraba necesarios, fue revelada en el trámite de tutela de forma negativa. La NUEVA EPS se amparó en las exclusiones que por vía legal se hacen al Plan Obligatorio de Salud. Desde esta perspectiva, la vulneración al derecho de petición cesó, pero la posible afectación al derecho a la salud pudo persistir a raíz de la mencionada negativa.

Si bien no aparece en el expediente historia clínica u orden médica que demuestra la situación particular del paciente que permitan al juez de tutela contar con los elementos necesarios para ordenar los insumos solicitados por vía de tutela, no es menos cierto que la agente oficiosa acudió por medio del derecho de petición a la NUEVA EPS para solicitar los elementos respectivos. Estos, como se ha mencionado, fueron denegados sin advertir las reales condiciones del paciente. Ante tales circunstancias, la orden del juez debió dirigirse a paliar los efectos negativos que la negativa expuesta pudiera ocasionar, garantizando el derecho al diagnóstico del paciente mediante la orden a la EPS de una atención integral y de la valoración de sus circunstancias particulares a raíz de la enfermedad que le aqueja para que conforme a dicha valoración se entregaran los insumos necesarios.

En virtud de lo expuesto, esta Sala considera que se vulneró el derecho a la salud del señor

Luis Antonio Gómez conforme a lo expuesto anteriormente, no obstante, dada la situación acaecida por su fallecimiento, la Corte procederá a revocar el fallo del Juzgado Cuarto de Familia de Bucaramanga del 4 de marzo de 2014 en el que negó el amparo solicitado y en su lugar se declarará la carencia actual de objeto por daño consumado.

9.3. Expediente T-4449208

La señora Carmen Teresa Delgado de González, actuando en representación de su progenitora Feliciano Forero Viuda de Delgado, manifestó que como consecuencia de un aneurisma, no puede valerse por sí misma ya que perdió la movilidad en las dos piernas. Indica que sufre agudos dolores abdominales. Señala que tiene 95 años de edad y que actualmente ostenta la calidad de beneficiaria de la EPS FAMISANAR. La accionante solicitó a dicha entidad el suministro de pañales y vitaminas así como un médico domiciliario por lo menos una vez a la semana para el manejo del dolor los cuales fueron negados.

El juez de instancia negó por improcedente la tutela. Consideró que no se evidenciaba orden del médico tratante en la que se prescriban los insumos solicitados.

En el caso concreto, la Sala encuentra que a la señora le asiste la calidad de agente oficioso ya que en primer lugar así se señala en el escrito de tutela, lo cual también se desprende de la situación de salud de la agenciada. Igualmente, resultaría particularmente gravoso exigir la presentación de tutela a una persona de 95 años en las condiciones que se encuentra la señora Felicia Forero Viuda de Delgado, las cuales indican que no se encuentra en condiciones de promover por sí misma la defensa de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, frente a la pretensión de obtener pañales desechables, la Sala identifica que:

(i) La agenciada se encuentra en un estado de discapacidad que le impide valerse por sí misma. Como se destaca en los hechos de la tutela y se corrobora con la historia clínica, la accionante ha perdido toda movilidad en las extremidades inferiores lo que le genera asistencia continua. Tal pérdida de movilidad, sumada a la enfermedad que le ha sido diagnosticada[61] y la edad de la persona, hacen necesario el suministro de tales insumos para facilitar su cuidado por parte de sus familiares, evitar mayores problemas de salubridad y garantizar una vida sin que se afecte su dignidad humana.

(ii) Tales insumos no pueden ser sustituidos por otros contemplados en el POS.

(iii) Si bien los pañales desechables no fueron prescritos por el médico tratante, de la particular situación del agenciado y de la historia clínica se logra evidenciar la necesidad de su uso. Como se ha expuesto, la señora Felicia Forero Viuda de Delgado, tiene 95 años, tiene episodios de demencia senil[62], no se puede valer por sí misma ya que, como consecuencia de una aneurisma, no tiene movilidad en las piernas y sufre de intensos dolores abdominales. Particularmente la falta de movilidad y la dependencia a la que está sometida la agenciada, incluso para hacer sus necesidades fisiológicas, llevan a corroborar la imperiosa necesidad del uso de pañales. Este sería uno de los casos en los que la Jurisprudencia de la Corte encuentra procedente ordenar el suministro de insumos cuando existe una relación directa y de necesidad entre la dolencia que aqueja al paciente y lo solicitado para poder asegurar una vida en condiciones mínimas de dignidad.

(iv) El último de los parámetros jurisprudenciales establecidos es la falta de capacidad económica. En este caso, se alega por parte del agente oficioso la carencia de recursos económicos, hecho que no fue desvirtuado por la demandada. Por lo tanto, a pesar de haber dado traslado a la EPS accionada y no haber desvirtuado este hecho conforme las reglas que este Tribunal ha establecido al respecto, los hechos expuestos por la actora gozan de presunción de veracidad a la luz del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991[63].

En torno a la pretensión de la asistencia médica domiciliaria para el manejo del dolor, en el escrito de tutela se afirma que este servicio se prestaría mensualmente lo que en efecto se encuentra relacionado como plan de manejo a los dolores que sufre la agenciada mediante la asistencia domiciliaria médica una vez al mes[64] y al corroborar el informe de autorizaciones activas por afiliado se verifica que se han prestado servicios ambulatorios puntuales en el domicilio del paciente los meses de abril y mayo de 2014[65].

Frente a estas circunstancias, y no obrando más elementos que puedan llevar a la Sala a modificar la prescripción médica de visita médica mensual, no es posible acceder a la petición de la accionante sin usurpar funciones propias del médico tratante. No obstante, se advertirá a la entidad demandada que en aras de garantizar la integralidad del derecho a la salud de la agenciada deberá cumplir con el tratamiento médico domiciliario que se ha señalado sin que esto sea óbice para que a raíz de la evolución y el estado de salud de la

paciente ordene visitas con mayor frecuencia particularmente para el tratamiento del dolor.

En el mismo sentido, en relación con la pretensión de ordenar vitaminas, no obra en el expediente una valoración médica que determine su necesidad. Tampoco se desprende la necesidad de la prescripción de aquellas de la particular situación de la paciente, ni la relación estrecha con su dolencia. Pese a lo anterior, y en atención a la avanzada edad de la señora Felicia Forero Viuda de Delgado y de los malestares que la aquejan, la Sala ordenará su valoración por parte de los médicos adscritos a FAMISANAR EPS para efectos de determinar la necesidad de cualquier suplemento alimenticio.

En conclusión, la Sala contempla la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de Felicia Forero Viuda de Delgado al no recibir por parte de la EPS accionada los pañales desechables. Por tanto procederá a revocar la decisión del Juzgado Setenta Civil Municipal proferida el 29 de mayo de 2014. En su lugar, concederá el amparo de sus derechos fundamentales y en consecuencia ordenará a FAMISANAR EPS, a través de su representante legal, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre a la agenciada los pañales desechables de forma periódica y de acuerdo a sus requerimientos. Así mismo, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la comunicación de la presente providencia practique una valoración médica a Felicia Forero Viuda de Delgado con el fin de determinar la necesidad de suministrar cualquier suplemento vitamínico o alimenticio y en caso de encontrarse pertinentes, estos insumos deberán ser autorizados en un plazo de cuarenta y ocho horas (48) posteriores a la emisión de dicha valoración.

9.4. Expediente T-4452706

La ciudadana Fabiola de Jesús Castañeda López presentó acción de tutela actuando como agente oficiosa de su padre Horacio de Jesús Castañeda Cano contra ASMET SALUD EPS-RS y la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia SSS,A para solicitar la protección de sus derechos a la salud, vida digna y seguridad social. La tutelante expone que su padre de 82 años pertenece al régimen subsidiado en el nivel 1 del SISBEN y le ha sido diagnosticada Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica - EPOC en estado terminal y carece de control de esfínteres. Solicita que se le ordene a la entidad accionada la entrega de pañales y que se

exonere de cualquier pago o cuota moderadora en virtud de su precaria situación económica.

El juez de instancia resolvió negar el amparo al no encontrar constancia de la necesidad del insumo reclamado y no se acreditaron las condiciones fijadas constitucionalmente para la inaplicación de la normatividad sobre exclusiones del POS.

Por otra parte, la Sala constató que en el trámite de revisión de la presente acción de tutela se produjo el cambio de EPS a la cual el agenciado Horacio de Jesús Castañeda Cano estaba afiliado. En efecto, a partir del primero de mayo de 2014 el tutelante se encuentra adscrito a la Caja de Compensación Familiar de Antioquia CONFAMA, como se puede apreciar en la información contenida en la Base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social (BDUA). Luego de ser convocada para integrar debidamente el contradictorio y presentar el respectivo pronunciamiento, a través del apoderado especial de Alianza Medellín-Antioquia E.P.S. S.A.S., dicha entidad se refirió a que no hay soportes médicos que den fe de la enfermedad alegada y en todo caso los pañales no pueden ser suministrados por no hacer parte del POS[66].

La señora Fabiola de Jesús Castañeda López, hija del señor Horacio de Jesús Castañeda Cano, tiene la calidad de su agente oficiosa. Lo anterior no solo porque así lo señala en el escrito de tutela, sino que se desprende de la condición médica del agenciado relacionado en los hechos de la tutela y de su historia clínica que permite concluir que no se encuentra en condiciones de promover por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales.

En relación con las pretensiones sobre la solicitud de pañales, obra en el expediente una orden expedida el 23 de enero de 2014 por el médico John M. Díaz Quintero en la que se formulan puntualmente “pañales desechables para adulto talla M”[67], en cantidad de 120. Igualmente, respecto de la solicitud elevada por la tutelante para que se autorizara la respectiva provisión de insumos, no aparece respuesta en el expediente. No obstante estas circunstancias, de la orden médica no se desprende por cuánto tiempo o con qué periodicidad se deben suministrar los mismos, o si simplemente se trataba de una circunstancia puntual. No existe certeza de que se requieran más de los que ya se han recetado al paciente y no resulta claro para la Sala que de la enfermedad que aqueja al paciente exista la necesidad de su uso continuo.

Ante esta realidad, lo más pertinente para salvaguardar la afectación de derechos del tutelante, sin entrar en terrenos propios de la medicina y ajenos al operador judicial, es ordenar a la EPS que valore al señor Horacio de Jesús Castañeda Cano para verificar que actualmente necesita el uso de pañales y con qué periodicidad.

En cuanto a la pretensión de la exoneración de copagos o cuotas moderadoras, la Corte no se pronunciará más allá de recordar lo que en la parte considerativa de esta providencia se plasmó. Los afiliados al Régimen Subsidiado en Salud pertenecientes al Sisben Nivel I conforme al literal g) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 no están sujetos a copagos ni cuotas moderadoras, por lo que ningún cobro en este sentido les puede ser exigido.

En conclusión, la Sala procederá a revocar la decisión del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín proferida el 12 de marzo de 2014. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales del señor Horacio de Jesús Castañeda Cano y en consecuencia ordenará a Alianza Medellín- Antioquia E.P.S. S.A.S. , a través de su representante legal, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, practique una valoración médica a Horacio de Jesús Castañeda Cano con el fin de determinar la necesidad y periodicidad de suministrar pañales y en caso de encontrarse pertinentes, estos insumos deberán ser autorizados en un plazo de cuarenta y ocho horas (48) posteriores a la emisión de dicha valoración sin que se genere ningún cobro por concepto de cuota moderadora o copago.

9.5. Expediente T-4458535

La señora Melida Genoy Armero, manifestó que su madre Georgina Armero Obando, de 89 años de edad, se encuentra en un delicado estado de salud y no puede valerse por sus propios medios. De la historia clínica se confirma que se trata de una paciente invidente, con antecedentes de hipertensión arterial, movilidad reducida por lo que usa silla de ruedas y sufre problemas de insomnio. Ante estas circunstancias, solicitan los insumos necesarios para el cuidado de la señora Armero Obando tales como pañales desechables, crema antiescaras, suplemento alimentario, acompañamiento permanente por enfermería y ambulancia para los traslados de emergencias, servicios negados por la EPS al no existir orden médica que los avale.

Señala igualmente la accionante, que por los escasos recursos económicos y la dificultad

para el traslado de la agenciada, no ha podido asistir a algunas citas médica, situación que no fue desvirtuada por la EPS ASMET Salud.

El juez de tutela negó por improcedente la acción de tutela en primera instancia por considerar que no ha habido negación alguna de derechos por parte de la accionada y que en todo caso al no haber orden médica que haga referencia a los insumos solicitados lo que se busca es un pronunciamiento sobre hechos futuros e inciertos.

La señora Melida Genoy Armero, hija de la señora Georgina Armero Obando, tiene la calidad de su agente oficiosa. Lo anterior no sólo porque así lo señala en el escrito de tutela, sino que se desprende de la condición médica de la agenciada relacionado en los hechos de la tutela y de su historia clínica que permite concluir que no se encuentra en condiciones de promover por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, frente a la pretensión de obtener pañales desechables, la Sala identifica que:

(i) De la historia clínica y de las alegaciones hechas por la tutelante, resulta indudable que la agenciada tiene un impedimento para valerse por sí misma y controlar así sus esfínteres, lo que le exige el uso de pañales desechables. Claramente el no suministro de dichos insumos, conlleva no sólo una afectación de su salud y su higiene, sino también de su vida en condiciones dignas.

(ii) Como ya se manifestó anteriormente, los pañales desechables no cuentan con un insumo sustituto dentro del Plan de Beneficios.

(iii) Si bien los pañales desechables no han sido prescritos por el médico tratante, de la particular situación de la agenciada y de la historia clínica se logra evidenciar la necesidad de su uso. La señora Georgina Armero Obando no puede caminar, tiene una extrema rigidez en los miembros inferiores[68], que le impide, entre otras actividades, ir al baño por sus propios medios. Igualmente, aparece referencia en la historia clínica que resume la respuesta del Hospital la Buena Esperanza de Yumbo, que se evidencia la relajación de esfínteres[69]. Por estas razones, requiere del uso de pañales con el fin de mejorar la calidad de vida del paciente; no solo desde una perspectiva física sino anímica que permita restituirle en el algo una condición digna de vida.

Este sería uno de los casos en los que la Jurisprudencia de la Corte encuentra procedente ordenar el suministro de insumos cuando existe una relación directa y de necesidad entre la dolencia que aqueja al paciente y lo solicitado para poder asegurar una vida en condiciones mínimas de dignidad.

(iv) En cuanto al parámetro jurisprudencial de falta de capacidad económica, como se señaló, la accionante alega escasez de recursos económicos, lo cual no fue desvirtuado por la entidad demandada. Siguiendo las reglas que esta Corte ha desarrollado en torno a la prueba de la capacidad económica en estos casos, sumado a que la agenciada se encuentra en el Régimen Subsidiado en Salud pertenecientes al Sisben Nivel I, esta Sala tendrá como cierta la carencia de recursos económicos de la agenciada.

Adicionalmente es oportuno reiterar que las personas de la tercera edad son sujetos que deben contar con protección reforzada por parte del Estado, que por su situación de vulnerabilidad, aunada a un precario estado de salud, hacen que el margen de protección y consideración sea mayor más aún si se encuentra discapacitado, por lo que es apenas obvio autorizar no sólo los pañales ordenados por su médico tratante en la calidad y cantidad que él considere, sino también los gastos de transporte que en adelante requiera la accionante para llevar a cabo los controles médicos necesarios, más no así el traslado en ambulancia debido a que en la actualidad no se encuentran afectados sus signos vitales.

En efecto, no obstante la actualización y las inclusiones al servicio de transporte para el régimen contributivo y subsidiado operadas por la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, la jurisprudencia de esta Corporación mantiene su vigencia. Así, si bien el paciente y sus familiares tienen la carga de sufragar los gastos que requieran los servicios médicos que se deban prestar, las Entidades Promotoras de Salud se encuentran en la obligación de brindar transporte y alojamiento cuando quiera que (i) el paciente o sus familiares cercanos se encuentren sin los recursos económicos para pagar el valor del traslado y, (ii) en caso no efectuarse la remisión, se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario[70]. Igualmente se debe tener en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, se permite al paciente que: “(i) acuda de su residencia al lugar de la prestación médica en ambulancia; (ii) acepte el dinero para acceder a la atención de salud, así como para sufragar los costos de hospedaje; y (iii) reciba el pago del traslado además de la estadía con un acompañante al sitio que preste el

servicio de salud. En los tres eventos se incluye el desplazamiento dentro del municipio de afiliación o fuera de éste”[71].

En este caso, tal como se desprende de la historia clínica, a pesar de haberse fijado citas concretas o exámenes, la agenciada no ha podido asistir. Por su parte, en el escrito de tutela esta circunstancia se corrobora y se justifica con la afirmación de que ni la agenciada ni sus familiares cuentan con los medios económicos suficientes y el desplazamiento se torna difícil por la movilidad reducida de la tutelante. De esta forma, para hacer efectivo el acceso a los servicios médicos requeridos y con ellos salvaguardar el derecho a la salud de la señora Georgina Armero Obando esta Sala ordenará el cubrimiento de los gastos de traslado o el suministro del transporte de la agenciada junto con un familiar desde el lugar de su residencia hasta la IPS correspondiente para adelantar los respectivos controles y exámenes.

Por último, en cuanto a los demás insumos solicitados tales como los guantes de látex, la crema antiescaras o el suplemento alimenticio, y el acompañamiento o enfermería, es oportuno recordar que la Corte Constitucional ha sostenido que en aquellos casos en los cuales no exista orden del médico tratante, el usuario tiene derecho a que se le realice un diagnóstico para determinar si el servicio requerido por esta vía, debe ser suministrado por la entidad responsable, debido a que es el profesional médico quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de elementos, procedimientos o medicamentos solicitados, condiciones de las cuales, por su formación, carece el juez. En este sentido, al no haber orden médica respecto de estos insumos, ni la posibilidad de establecer la inherente necesidad de los mismos, no es posible considerar su suministro en sede de revisión. No obstante, se ordenará a la EPS la valoración integral de la paciente Georgina Armero Obando para establecer la necesidad de los insumos solicitados y demás tratamientos oportunos sin que sea obstáculo su no pertenencia al POS.

Por último, en cuanto a la pretensión de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, esta Sala reiterará la orden que existe por vía legal de que los afiliados al Régimen Subsidiado en Salud pertenecientes al Sisben Nivel I conforme al literal g) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 no se les puede exigir ningún cobro en este sentido.

A la luz de las anteriores consideraciones, la Sala revocará la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo el 24 de abril de 2014, y en su lugar se concederá el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Georgina Armero Obando. En consecuencia ordenará a ASMET Salud EPS-S por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, entregue a la señora Georgina Armero Obando los pañales desechables para adulto requeridos.

Igualmente se ordenará que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, practique una valoración médica a Georgina Armero Obando con el fin de determinar la necesidad y periodicidad de suministro de insumos como crema antiescaras, guantes de látex, alimento nutricional o suplemento alimenticio y cama hospitalaria con barandas y acompañamiento o servicio de enfermería, los cuales, en caso de encontrarse pertinentes, deberán ser autorizados en un plazo de cuarenta y ocho horas (48) posteriores a la emisión de dicha valoración sin que se genere ningún cobro por concepto de cuota moderadora o copago.

Por último se ordenará a ASMET SALUD EPS-S por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice y suministre el transporte para la señora Georgina Armero Obando y un acompañante, cuando se requiera para los respectivos controles o exámenes a la IPS correspondiente.

9.6. Expediente T-4460953

La señora Sonia Fénix Herrera Velásquez, actuando como agente oficiosa de su padre Saúl Herrera Donoso, instauró acción de tutela contra ALIANSALUD EPS. El agenciado, tiene 71 años y sufrió un paro cardiorrespiratorio que le produjo un trauma cerebral severo. Se solicita el servicio de enfermería permanente, pañales para adulto, silla de ruedas “convencional para adulto con espaldar alto”, caminador para adulto graduable y plegable, rehabilitación para adaptación y recuperación muscular, retiro de Gastrostomía (interconsulta con cirugía general), control por Neurocirugía y valoración periódica por servicios de medicina física y rehabilitación. Sostienen que el único medio de sostenimiento económico de la familia y de los gastos que demanda la enfermedad es la pensión del

padre.

En virtud del trauma cerebral severo del agenciado, relacionado en la historia clínica y los diferentes diagnósticos que reposan en el expediente de tutela, que le impide valerse por sí mismo, es posible concluir que no se encuentra en condiciones de promover por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales. Por esta circunstancia, aunado a que en el escrito de tutela se expresa claramente que se actúa en razón de la agencia oficiosa, se tendrá a la señora Sonia Fénix Herrera Velásquez, hija del señor Saúl Herrera Donoso, en tal calidad.

De la Historia Clínica y particularmente de la intervención de uno de los médicos que atendió al agenciado en la Unidad de Cuidados Intensivos de la Clínica Occidente, se destaca que a raíz del paro cardiorrespiratorio que sufrió el tutelante, se produjo hipoxia cerebral por lo que el paciente “desarrolla un síndrome convulsivo y una encefalopatía hipóxica que le deja como secuelas postración en cama, con mala relación con el entorno y sin poder realizar sus propias actividades como alimentarse, bañarse. Requiere alimentación con sonda en el estómago de instalación percutánea”. Más adelante señala como tratamiento pertinente “manejo ambulatorio de rehabilitación con terapia física y de rehabilitación, continuar nutrición, y seguimiento por Neurología, Fisiatría” y añade, que “por tratarse de un paciente con un compromiso neurológico severo y muy incapacitante requiere de un cuidador que debe ser entrenado por enfermera 6 horas... de no llevarse a cabo el manejo multidisciplinario su calidad de vida disminuiría aún más y podría desarrollar complicaciones infecciosas, problemas respiratorios y deterioro nutricional”[72].

Esta intervención del médico, se corrobora con la solicitud de tratamiento médico expedido en la clínica del Occidente en la que se expone claramente como tratamiento o intervención requerida, el plan de manejo domiciliario consistente en “1-Enfermera 12 horas día para manejo del paciente en todas sus actividades por 30 días, 2-terapia física diaria - por 30 días, 3- terapia respiratoria 3 veces por semana por 30 días, 4-nutrición enteral por gastrostomía (sic) por 30 días, 5- visita médica semanal por MD del PHD.”[73].

Ante tan contundente panorama clínico del agenciado, la Sala encuentra que:

(i) Debido a la situación de salud del señor Saul Herrera Donoso, Es evidente la necesidad de varios de los servicios e insumos que por vía de tutela se solicitan. Así por ejemplo, la

enfermera, los pañales para adulto, la rehabilitación para la recuperación muscular y las respectivas valoraciones periódicas. No obstante, el retiro de gastrostomía, no se deduce de lo narrado, ni de parámetro médico alguno, como tampoco es posible saber para esta Sala que lo siga necesitando en estos momentos. Dichos suministros y servicios médicos son necesarios con el fin de otorgarle un apoyo para continuar su vida y facilitar su cuidado de salubridad lo que redundaría no sólo en la garantía de su derecho a la salud sino que coadyuvaría en la dignificación de su vida.

(ii) Algunos elementos, como los pañales o la silla de ruedas no pueden ser sustituidos por otros insumos contemplados en el POS;

(iii) Si bien los pañales desechables no fueron prescritos por el médico tratante, se logra evidenciar su necesidad con la historia clínica del agenciado sobre la cual ya se ha incidido y respecto de la cual queda patente su dependencia y carencia de control de esfínteres.

(iv) Se alega que el único sustento tanto de la familia como del señor Saúl Herrera Donoso es la pensión que este recibe, por lo cual no gozan de recursos suficientes que hagan posible para ellos sufragar el costo de los pañales. Dicha situación no fue controvertida por la EPS accionada ya que a pesar de habersele dado traslado sobre el inicio del trámite de la acción de tutela, no se pronunció al respecto. Por tanto, los hechos expuestos por la actora gozan de presunción de veracidad a la luz del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991[74].

En particular, respecto a la solicitud de enfermera permanente, la EPS demandada llama la atención en cuanto a que “el servicio de enfermera domiciliaria se le viene autorizando de acuerdo con las órdenes médicas presentadas”[75], por lo que en este sentido la Sala ordenará que se siga prestando efectivamente, conforme a la respectiva valoración médica, dicho servicio sin solución de continuidad en virtud de su necesidad.

En relación con las pretensiones sobre terapias físicas, de recuperación muscular y adaptación así como la valoración periódica por servicios de medicina física y rehabilitación si bien esta se ha formulado por un espacio limitado de tiempo atendiendo el grado de recuperación del paciente, y la EPS señaló que la Sala ordenará realizarlas, si aún no se han hecho, y en todo caso ordenará nuevamente su valoración por parte de los médicos adscritos a Aliansalud EPS para efectos de determinar la continuidad o ampliación de las terapias físicas y respiratorias así como de la necesidad nutrición enteral por gastrostomía

y las demás visitas médicas.

Frente a la silla de ruedas, resulta evidente para la Sala que para determinar si ésta puede ser sustituida por otros suministros incluidos en POS, se requiere de un diagnóstico médico que específicamente lo señale. Pese a lo anterior, y en consideración a las condiciones de Saúl Herrera Donoso, la Sala ordenará su valoración por parte de los médicos adscritos a Aliansalud EPS para efectos de determinar la necesidad tanto del caminador para adulto como de la silla de ruedas.

En conclusión, la Sala contempla la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Saúl Herrera Donoso al no recibir por parte de la EPS accionada los pañales desechables. Por tanto, procederá a revocar la decisión del Juzgado Sesenta y -Cinco Civil Municipal de Bogotá del 13 de junio de 2014 y en su lugar, concederá el amparo de sus derechos fundamentales. En consecuencia, ordenará a Aliansalud EPS, a través de su representante legal, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre al agenciado los pañales desechables de forma periódica y de acuerdo a sus requerimientos, sin que se le genere cobros por concepto de cuotas moderadoras y copagos. Así mismo, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la comunicación de la presente providencia cumpla, si aún no lo ha hecho, con las terapias físicas, y las visitas médicas semanales ordenadas en el plan domiciliario para atención del 11 de abril de 2014. En todo caso se ordenará que se practique una completa valoración médica a Saúl Herrera Donoso con el fin de determinar la necesidad de continuar con las terapias físicas, respiratorias, las visitas médicas semanales y de la silla de ruedas o caminador o de suministros equivalentes. Finalizada la valoración, deberá emitirse de manera inmediata un concepto médico al respecto. En caso de encontrarse pertinentes, estos servicios e insumos deberán ser autorizados en el plazo de cuarenta y ocho horas (48) posteriores a la emisión de dicho concepto.

9.7. Expediente T-4464705

La señora Beatriz Restrepo de Bustos, agente oficiosa de su esposo Norberto Bustos Rojas, instauró acción de tutela contra COMFANDI EPS. El agenciado tiene 77 años de edad y a consecuencia de los problemas de circulación que padece se le amputó la pierna izquierda así como se le operó de la próstata, condiciones que le impiden valerse por sí mismo y

controlar esfínteres. Por ello solicitó pañales y cremas para evitar que se quemara a la EPS, insumos que fueron negados. Aduce una difícil situación económica que se acentúa por las necesidades médicas de su esposo.

Como en los casos anteriores, la Sala encuentra que la señora Beatriz Restrepo de Bustos está legitimada para presentar la acción de tutela en calidad de agente oficiosa del señor Norberto Bustos, en virtud de que así lo manifiesta expresamente en su escrito y del estado de salud de aquel.

En cuanto a la solicitud elevada por vía de tutela respecto del suministro de insumos tales como pañales y cremas para evitar que se quemara, la Sala identifica que:

(i) La falta de pañales desechables y demás insumos relacionados para el señor Norberto Bustos vulnera su vida en condiciones de dignidad. La Sala considera que el suministro de los elementos solicitados coadyuva en el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad para el agenciado dada sus limitaciones de salud.

(ii) Los pañales, y las cremas no pueden ser sustituidos por otros insumos contemplados en el POS;

(iii) Si bien no hay una prescripción expresa elaborada por el médico tratante que ordene el suministro de los insumos requeridos, el señor Norberto Bustos es un paciente con “antecedentes de aneurisma de aorta torácica en límites con el cayado, presenta alto riesgo de ruptura y muerte, además presenta infartos agudos en puente cerebral antiguo en cerebelo y en territorio de la arteria cerebral media derecha.”[76], en el que se especifica que hay secuelas de enfermedad cerebrovascular[77]. Adicionalmente, a raíz de sus problemas al agenciado se le realizó “amputación supracondilea MII, por isquemia crítica no revascularizable”[78]. Este panorama clínico, además de afectar sus funciones cerebrales, le dejó con una considerable pérdida de movilidad lo que deriva en la necesidad evidente del uso de los insumos requeridos.

(iv) Según lo alegado en la tutela, ni el señor Norberto Bustos ni su familia cuentan con los recursos para costear tales insumos. Aduce que su situación económica se encuentra afectada a raíz de los diferentes gastos en que tiene que incurrir a raíz de la situación de salud del agenciado. Conforme a las reglas que la jurisprudencia de esta Corporación La

descrita situación económica goza de presunción de veracidad al no ser controvertida por la entidad accionada.

En conclusión, la Sala contempla la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Norberto Bustos Rojas al no recibir por parte de la EPS accionada los pañales desechables ni las cremas adecuadas. Por tanto, procederá a revocar la decisión del Juzgado Quince Penal Municipal de Cali, que mediante fallo del 21 de febrero de 2013, negó la protección tutelar solicitada. En su lugar, concederá el amparo de sus derechos fundamentales. En consecuencia, ordenará al Servicio Occidental de Salud EPS SOS S.A., a través de su representante legal, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre al agenciado, si aún no lo ha hecho, los pañales desechables y crema antiescaras de forma periódica y de acuerdo a sus requerimientos, sin que se le genere cobros por concepto de cuotas moderadoras y copagos.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- En el expediente T-4443598, REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Rionegro, del 27 de marzo de 2014, que negó el amparo promovido por Estela Arias Ruiz, como agente oficioso de Juan Bautista Arias López, para en su lugar DECLARAR la carencia actual de objeto por daño consumado.

SEGUNDO.- En el expediente T-4447851, REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cuarto de Familia de Bucaramanga, del 4 de marzo de 2014 en el que negó el amparo solicitado por Alba Maritza Gómez Posada, como agente oficiosa de Luis Antonio Gómez, para en su lugar DECLARAR la carencia actual de objeto por daño consumado.

TERCERO.- En el expediente T-4449208, REVOCAR el fallo proferido por Juzgado Setenta Civil Municipal proferida el 29 de mayo de 2014, que negó la tutela promovida por Carmen Teresa Delgado de González, agente oficioso de Feliciano Forero Viuda de Delgado contra

FAMISANAR EPS. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la agenciada.

CUARTO.- En consecuencia, ORDENAR a FAMISANAR EPS, a través de su representante legal, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre a la agenciada los pañales desechables de forma periódica y de acuerdo a sus requerimientos. Así mismo, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la comunicación de la presente providencia practique una valoración médica a Felicia Forero Viuda de Delgado con el fin de determinar la necesidad de suministrar cualquier suplemento vitamínico o alimenticio y en caso de encontrarse pertinentes, estos insumos deberán ser autorizados en un plazo de cuarenta y ocho horas (48) posteriores a la emisión de dicha valoración.

QUINTO.- En el expediente T-4452706, REVOCAR el fallo proferido por Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, proferido el 12 de marzo de 2014, que negó la tutela promovida por Fabiola de Jesús Castañeda López como agente oficiosa de Horacio de Jesús Castañeda Cano. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del agenciado.

SEXTO.- En consecuencia, ORDENAR a Alianza Medellín – Antioquia E.P.S. S.A.S., a través de su representante legal, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, practique una valoración médica a Horacio de Jesús Castañeda Cano con el fin de determinar la necesidad y periodicidad de suministrar pañales y en caso de encontrarse pertinentes, estos insumos deberán ser autorizados en un plazo de cuarenta y ocho horas (48) posteriores a la emisión de dicha valoración sin que se genere ningún cobro por concepto de cuota moderadora o copago.

SÉPTIMO.- En el expediente T-4458535, REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo el 24 de abril de 2014, que negó la tutela promovida por Melida Genoy Armero, agente oficiosa de Georgina Armero Obando contra ASMET Salud EPS-S. En su lugar CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

OCTAVO.- En consecuencia, ORDENAR a ASMET Salud EPS-S por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha hecho, dentro de las

cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, entregue a la señora Georgina Armero Obando los pañales desechables para adulto requeridos.

NOVENO.- ORDENAR a ASMET Salud EPS-S por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, practique una valoración médica a Georgina Armero Obando con el fin de determinar la necesidad y periodicidad de suministro de insumos como crema antiescaras, guantes de látex, alimento nutricional o suplemento alimenticio y cama hospitalaria con barandas y acompañamiento o servicio de enfermería, los cuales, en caso de encontrarse pertinentes, deberán ser autorizados en un plazo de cuarenta y ocho horas (48) posteriores a la emisión de dicha valoración sin que se genere ningún cobro por concepto de cuota moderadora o copago.

DÉCIMO.- ORDENAR a ASMET Salud EPS-S por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice y suministre el transporte para la señora Georgina Armero Obando y un acompañante, cuando se requiera para los respectivos controles o exámenes a la IPS correspondiente.

DÉCIMO PRIMERO.- En el expediente T-4460953, REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá el 13 de junio de 2014, que negó la tutela promovida Sonia Fénix Herrera Velásquez, como agente oficiosa de Saúl Herrera Donoso contra ALIANSALUD EPS. En su lugar CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

DÉCIMO SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a ALIANSALUD EPS, a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre a Saúl Herrera Donoso los pañales desechables de forma periódica y de acuerdo a sus requerimientos, sin que se le genere cobros por concepto de cuotas moderadoras y copagos.

DÉCIMO TERCERO.- ORDENAR a ALIANSALUD EPS, a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la comunicación de la presente providencia cumpla, si aún no lo ha hecho, con las terapias físicas, y las visitas médicas semanales ordenadas en el plan domiciliario para atención del

11 de abril de 2014.

DÉCIMO CUARTO.- ORDENAR a ALIANSALUD EPS que se practique una completa valoración médica a Saúl Herrera Donoso con el fin de determinar la necesidad de continuar con las terapias físicas, respiratorias, las visitas médicas semanales y de la silla de ruedas o caminador o de suministros equivalentes. Finalizada la valoración, deberá emitirse de manera inmediata un concepto médico al respecto. En caso de encontrarse pertinentes, estos servicios e insumos deberán ser autorizados en el plazo de cuarenta y ocho horas (48) posteriores a la emisión de dicho concepto.

DÉCIMO QUINTO.- En el expediente T-4464705, REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Quince Penal Municipal de Cali, que mediante fallo del 21 de febrero de 2013 negó la tutela promovida por Beatriz Restrepo de Bustos, como agente oficiosa de Norberto Bustos Rojas contra Servicio Occidental de Salud EPS-SOS. En su lugar CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

DÉCIMO SEXTO.- En consecuencia, ORDENAR al Servicio Occidental de Salud EPS SOS S.A., a través de su representante legal, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre a Norberto Bustos Rojas, si aún no lo ha hecho, los pañales desechables y crema antiescaras de forma periódica y de acuerdo a sus requerimientos, sin que se le genere cobros por concepto de cuotas moderadoras y copagos.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Líbrense por la Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

[1] Folios 9 y 10, cuaderno de revisión tutela T-4443598

[2] Folio 38, cuaderno de revisión tutela T-4443598

[3] Folio 37, cuaderno de revisión tutela T-4443598.

[4] Folios 9 a 11, cuaderno de revisión de tutela T- 4452706.

[5] Folio 13, cuaderno de revisión de tutela T-4452706

[6] Entre otras, ver la sentencia T-489 de 2011

[7] Cfr. Sentencia T-949 de 2013

[9] Se reitera la jurisprudencia en la materia, particularmente en las sentencias T-1030 de 2012, T- 337 de 2013, T-054 de 2014 y T-266 de 2014 de esta misma Sala Octava de Revisión.

[10] Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003.

[11] Corte Constitucional. Sentencias T-223 de 2006, T-933 de 2009, T-126 de 2010 y T-786 de 2010.

[12] El numeral 1) del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

[13] La Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala: “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente (...)”.

[14] El artículo 93 de la Constitución Política de 1991, señala: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”.

[15] Cfr. Sentencias T-745 de 2009, T-199 de 2013 y T-266 de 2014 entre otras.

[16] Cfr. Sentencias T-365 de 2009, T-770 de 2007 y T-118 de 2014 entre otras.

[17] El artículo 48 de la Constitución Política de 1991 dispone que “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley (...). Por su parte, el artículo 49 señala: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. // Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control”. Por su parte, el artículo 49 dispone: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. // Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”.

[18] El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 señala: “El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y

fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan (...).”.

[19] El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 dispone que hay dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS): los afiliados mediante el régimen contributivo que son: “las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago (...), y los que se afilian al Sistema mediante el régimen subsidiado, estos son: “las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”.

[20] Cfr. Sentencia T-575 de 2013 reiterada por la sentencia T-395 de 2014.

[21] Cfr. T-760 de 2008. “En adelante, para simplificar, se dirá 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 [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]”

[22] Cfr. Sentencia T-760 de 2008 que recoge la jurisprudencia en la materia desde la sentencia SU-480 de 1997 y que sigue siendo reiterada recientemente, entre otras por las sentencias T-355 de 2012, T-020 de 2013, T-289 de 2013, T-118 de 2014 y T-395 de 2014.

[23] Al respecto ver entre otras, las Sentencias T-752 de 2012, T-033 de 2013 y T-680 de 2013.

[24] Cfr., entre otras, sentencias T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-829 de 2006, T-155 de 2006, T-965 de 2007, T-143 de 2009, T-293 de 2009 y T-352 de 2010, T-054 de 2014.

[25] Cfr. Sentencias T- 437 de 2010, T-053 de 2011, T-320 de 2011, T-478 de 2012 y T-500 de 2013.

[26] Cfr. Sentencia T- 760 de 2008, reiterada por esta sala por la sentencia T-395 de 2014

[27] Cfr. Sentencia T-949 de 2013.

[28] Así por ejemplo, Esta Corporación, en sentencia T-023 de 2013 tuteló el derecho fundamental a la salud de un señor de setenta y dos (72) años que sufrió un accidente cerebro vascular y padece de demencia mixta, diabetes mellitus, leucoencefalopatía isquémica subcortical, e hipertensión, motivo por el cual, requería el servicio de una enfermera o cuidador domiciliarios. La Corte en dicha oportunidad consideró que “si bien no hay duda de que el señor Herman debe ser asistido, esta Sala no es competente para saber qué profesional debe hacerlo, bajo qué condiciones y con qué regularidad. La labor de determinar tal situación le correspondía a Salud Total EPS, y no lo realizó, y por eso es que la Sala afirma que se vulneró la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la salud del usuario, pues si bien no existe orden del médico tratante ordenando la asistencia de un tercero, la entidad tiene conocimiento de que efectivamente se requiere, y supo en el trámite de tutela, de las implicaciones económicas que tiene para ese núcleo familiar, que el señor Héctor Leonardo, hijo del señor Herman Moreno, haber abandonado su trabajo, para dedicarse a cuidar de este último. Situación que como se reiteró, termina afectando el mínimo vital de dicho núcleo familiar. ”

[29] Sentencia T-1181 de 2003

[30] Cfr. Sentencias T-089 de 2013 y T-680 de 2013 entre otras.

[31] Cfr. Sentencia T-595 de 1999 y T-054 de 2014 entre otras.

[32] Ver entre otras las sentencias T-760 de 2008, T-496 de 2011, T-500 de 2013, T-680 de 2013, T-054 de 2014 y T-395 de 2014.

[33] Cfr. Sentencias T-036 de 2006 y T-466 de 2013 entre otras.

[34] Cfr. Sentencias T-563 de 2010, T-648 de 2011, T-388 de 2012 y T-500 de 2013, entre otras.

[35] Al respecto ver Circular 00016 de 2014 del Ministerio de Salud y Protección social, en la que se insta a cumplir tales normas legales.

[36] Cfr., Sentencias T -940 de 2004, T -744 de 2004, T -190 de 2004 y T683 de 2003.

[37] Cfr. Sentencias T-906 de 2002, T-447 de 2002, T- 683 de 2003, T-496 de 2011 y T-500 de 2013 entre otras.

[38] Sentencia T- 596 de 2004.

[39] Sentencia T -638 de 2011.

[40] Sentencia T-590 de 2009.

[41] ARTICULO 19. INFORMES. El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad. El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

Los informes se considerarán rendidos bajo juramento.

[42] ARTICULO 20. PRESUNCION DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

[43] Sentencia T 596 de 2004.

[44] Ibídem.

[45] Sentencia T-054 de 2014

[46] Cfr. Sentencia T-500 de 2013 y T-054 de 2014.

[47] Ver, entre otras, las sentencias T-027 de 1999, T-262 de 1999, T-001 de 2003.

[48] Ver sentencia T-972 de 2000 y T-612 de 2009

[49] Cfr. Sentencia T-308 de 2003.

[50] Sentencia T-170 de 2009.

[51] Ibidem.

[52] “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

[53] En cuanto a las diferencias entre la configuración de la declaración de carencia actual de objeto por hecho superado y hecho consumado, pueden confrontarse las sentencias T-758 de 2005, T-272 de 2006, T-573 de 2006, T-060 de 2007, T-429 de 2007, T-449 de 2008, T-792 de 2008, T-699 de 2008, T-1004 de 2008, T-612 de 2009, T-124 de 2009, T-170 de 2009, T-533 de 2009, T-634 de 2009, entre otras.

[54] Sentencia T-083 de 2010.

[55] Sentencia T-803 de 2005

[56] El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 25, regula la excepcional hipótesis de indemnización por vía de tutela de la siguiente forma : “Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto

la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ellos sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”.

Sobre la aplicación de esta hipótesis en aquellos casos en que se debió haber ordenado la interrupción voluntaria del embarazo y por la negativa éste culminó en el nacimiento del/ de la hijo/a ver la sentencia T-209 de 2008.

[58] Sentencia T-309 de 2006, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998, entre otras.

[59] Sentencia T-585 de 2010.

[60] Folio 9, cuaderno de la tutela.

[61] La paciente ha sido diagnosticada con “enfermedad diverticular del intestino”. Obrante a folio 32, cuaderno de tutela.

[62] Folio 41, cuaderno de pruebas.

[63] El artículo 20 de Decreto 2591 de 1991, dispone: “Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

[64] Folio 44, cuaderno de tutela.

[65] Folio 32, cuaderno de tutela.

[66] Folio 13, cuaderno principal.

[67] Folio 6, cuaderno de tutela.

[68] Folios 2, 3 y 25, cuaderno de tutela.

[69] Folio 25, cuaderno de tutela.

[70] En este sentido, ver entre otras las 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; T-550 de 2009, T-337 de 2013, T-762 de 2014.

[71] Sentencia T-762 de 2014.

[72] Folio 78, cuaderno de tutela.

[73] Folio 101, cuaderno de tutela.

[74] El artículo 20 de Decreto 2591 de 1991, dispone: “Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

[75] Folio 67, cuaderno de tutela

[76] Folio 27, cuaderno de tutela.

[77] Ibídem.

[78] Folios 12 y 13, cuaderno de tutela