

T-949-13

Sentencia T-949/13

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA Y AGENCIA OFICIOSA-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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Protección constitucional especial

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Derecho a gozar de un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel más alto posible

REGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO DE SALUD-Diferencias

En el régimen contributivo, se rige la vinculación de las personas con capacidad económica para realizar un aporte o cotización obligatoria al Sistema y sus familias, que puede ser financiado parcialmente, como en el caso de quienes se vinculan por una relación de carácter laboral, o totalmente, cuando se trata de trabajadores independientes con capacidad de pago. Por su parte, el régimen subsidiado regula el vínculo de las personas que no tienen capacidad de pago, a través de subsidios totales o parciales, que pueden ser financiados por las cotizaciones realizadas por el contributivo destinadas para la cuenta de solidaridad, otros rubros provenientes del Sistema General de Participaciones, del monopolio de los juegos de suerte y azar, de las regalías, entre otros.

SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Atención por EPS e IPS públicas o privadas de regímenes contributivo y subsidiado para problema de drogadicción

DERECHO A LA SALUD MENTAL-Protección constitucional e internacional

Respecto de las personas que sufren afectaciones a su salud mental, la Corte ha indicado que, por las implicaciones que tienen frente a la posibilidad de tomar decisiones, de interactuar con otros, y en tanto implican serios padecimientos para ellos y sus familias, son sujetos de especial protección constitucional y merecen mayor atención por parte de la sociedad en general, especialmente de sus familiares y de los sectores encargados de suministrar atención en salud. Generando entonces en cabeza de la familia y la sociedad en

general, el deber de propugnar una recuperación en caso de ser posible, o entablar los mecanismos posibles para que lleven una vida en condiciones dignas. A nivel internacional existen diversos instrumentos que protegen a las personas que padecen enfermedades mentales en el marco de la prevención de la discriminación, como la Declaración de los Derechos de los impedidos de 1975, los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991, adoptados por la Asamblea General de la ONU, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada a nivel interno por la Ley 1346 de 2009. Asimismo, en 2009 fue promulgada la Ley 1306 que regula la Protección de Personas con Discapacidad Mental y establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados. En la mayoría de estos instrumentos se resalta la importancia de crear condiciones propicias para la vinculación de las personas con discapacidad en la sociedad, la generación de formas de vida independientes y autónomas y el ejercicio de todos los derechos en la medida de lo posible, en especial, recalcan la necesidad de atender de manera integral sus padecimientos, con un acceso efectivo a los servicios de salud, siendo “posible exigir a todos los estamentos comprometidos en la prestación de los servicios de salud, que dentro de sus propios límites operativos, económicos y logísticos, proporcionen el mejor servicio médico científicamente admisible y humanamente soportable”. Como consecuencia de este derecho a la salud mental, el artículo 65 de la Ley 1438 de 2011 indicó la necesidad de garantizar la atención integral en este tema e incluir su atención en los planes de beneficios.

PERSONA AFECTADA CON ENFERMEDAD MENTAL CRONICA-Responsabilidad compartida entre el Estado, la familia y los particulares en la recuperación

Acerca del deber de solidaridad que surge frente a la protección del derecho a la salud, la Corte ha indicado que en primera medida, implica el autocuidado del enfermo, subsidiariamente la intervención de su familia y en caso de ser imposible, la del Estado y la sociedad en general. El papel de la familia es primordial en la atención a brindar, pues cualquiera que sea el tratamiento, debe involucrar la adaptación a su núcleo familiar, a quienes en virtud del artículo 5° constitucional les asiste el deber de solidaridad de manera especial. Teniendo en cuenta que las afecciones psíquicas, implican en la generalidad de casos una pérdida de la capacidad de tomar decisiones y ejercer autonomía, casi siempre recae el cuidado del enfermo mental en sus parientes más cercanos, a quienes les asiste,

en concordancia con el principio de solidaridad, el deber de velar por su cuidado, suministrar el cariño y afecto necesario, procurando en cualquier caso su integración al medio social.

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO MENTAL-Suministro de un diagnóstico fundamentado con tratamiento integral para atender las afecciones tanto físicas como psíquicas y mentales que surgen del padecimiento

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO MENTAL-Importancia del conocimiento informado sobre el tratamiento a suministrar para respetar su autodeterminación e independencia o la de la familia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y FARMACODEPENDENCIA O DROGADICCION EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La farmacodependencia es un problema de salud que afecta el derecho a la salud mental, por lo que las reglas aplicables a la salud de quienes tienen afectaciones de este tipo, también lo son para quienes padecen problemas de adicción a fármacos y sustancias psicoactivas, al ser una dolencia que afecta gravemente su autonomía y capacidad de decisión, colocándolas en una circunstancia de debilidad manifiesta. La Corte ha indicado de manera uniforme y reiterada que es un problema de salud que merece la atención de la sociedad en general y especialmente del estado, pues “la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado” La farmacodependencia afecta a muchas personas en las sociedades actuales y ha sido preocupación de los Estados y organismos internacionales desde hace varias décadas, ya que afecta la salud física y mental de la persona, a su familia y en general a la sociedad, al punto que las políticas y planes de salud no han sido ajenos a su tratamiento por medio de políticas de prevención y rehabilitación. Esta grave situación genera el deber en el marco de un Estado Social de Derecho, respetuoso de la dignidad humana, en la que la salud además de ser un derecho, es un servicio público, de propugnar por la implementación de políticas de prevención, tratamiento y rehabilitación para las personas adictas al uso de fármacos, ya que como

sujetos de especial protección constitucional, se encuentran mayormente expuestos a la vulneración de sus derechos fundamentales.

FARMACODEPENDENCIA Y/O DROGADICCIÓN-Ley 1566/12 para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas

Se profirió la Ley 1566 de 2012 para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas, marco normativo que insta a la inclusión en los planes de salud de los mecanismos que permitan tratar de manera integral a “toda persona que sufra trastornos mentales o cualquier otra patología derivada del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas lícitas o ilícitas”.

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS O NO CONTEMPLADOS EN LOS PLANES OBLIGATORIOS DE SALUD-Reglas y procedimiento

El derecho a la salud no se limita al cubrimiento de los medicamentos y tratamientos contenidos en las cartas mínimas o Planes Obligatorios de Salud, sino que en algunos casos, el disfrute pleno de condiciones dignas de bienestar implica la aplicación de otras medidas que no se han previsto para el tratamiento de algunas patologías, la Corte ha indicado la procedencia de tratamientos o medicamentos no contenidos en el POS bajo el lleno de algunos requisitos. En desarrollo de esta regla, la jurisprudencia de esta corporación ha determinado que hay lugar a autorizar un servicio médico no incluido el POS cuando “(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”.

CONCEPTO CIENTIFICO DEL MEDICO TRATANTE-Es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud

DERECHO A LA SALUD MENTAL-Orden a EPS para que suministre información y atención integral para tratar el trastorno afectivo bipolar que padece el agenciado

DERECHO A LA SALUD MENTAL Y FARMACODEPENDENCIA O DROGADICCION-Internación para manejo de enfermedad en salud mental está incluido dentro del POS, según Acuerdo 029/11

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO MENTAL-Orden a EPS autorice internación y tratamiento integral para recuperación del agenciado quien sufre enfermedad mental a causa de adicción a heroína y otras sustancias psicoactivas

Referencia: expedientes: T-4055398 y T-4064844.

Acciones de tutela instauradas por: Clara Leticia González de Rojas contra EPS Sanitas, Secretaría Distrital de Salud, Fundación Gerontológica Refugio de las Canitas y Clínica Campo Abierto; y Juan Miguel Giraldo Campuzano contra Cafesalud EPS-S, Asmet Salud EPS-S, Secretaría de Salud Departamental de Risaralda y la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dosmil trece (2013).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

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-4055398

Primera Instancia: Sentencia del Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Conocimiento, del 30 de mayo de 2013.

Segunda Instancia: Sentencia del Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, del 12 de julio de 2013

T-4064844

Primera Instancia: Sentencia del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Risaralda, del 12 de julio de 2013.

I. ANTECEDENTES.

1 Expediente T-4055398

La solicitud de amparo elevada por la accionante en representación de su hijo Germán Eduardo Rojas González se fundamentó en los siguientes:

1.1 Hechos.

1.1.1 La señora Clara Leticia González de Rojas indica que su hijo, Germán Eduardo Rojas González, tiene 59 años de edad y le fue diagnosticado “transtorno esquizo afectivo bipolar y deterioro cognitivo”[1], enfermedad que ha evolucionado durante más de 30 años, hace referencia al carácter crónico y progresivo de la patología y la afectación de la calidad de vida de su familia.

1.1.2 Manifiesta que desde 1982 ha tenido que hospitalizarlo en varias ocasiones en unidades de salud mental, relacionando en la demanda 22 de ellas. Las dos últimas ocurrieron entre el 19 de junio y el 4 de julio de 2008 y desde marzo de 2013 hasta el 15 de mayo de 2013, sostiene que las hospitalizaciones recientes han tenido una prolongación mayor a las anteriores, porque actualmente es más la difícil estabilización de sus síntomas.

1.1.3 Afirma que la última institución que le prestó atención a su hijo fue la Clínica Campo Abierto, en donde le recomendaron tener un cuidador apto para suministrarle los medicamentos y un sitio especializado en donde lo puedan atender.

1.1.4 Menciona que radicó ante la EPS Sanitas un derecho de petición el 1° de septiembre de 2012, solicitando la internación de su hijo en una institución para pacientes crónicos en salud mental, frente al cual la entidad indicó, en respuesta del 12 de octubre de esa anualidad, que se manejaría con un programa de internación parcial, toda vez que no se encuentra cubierto por el POS, según la normatividad vigente.

1.1.5 Sostiene que en alguna ocasión pudo pagar la internación del señor Rojas González en la “Fundación Gerontológica Refugio de las Canitas”, sin embargo, actualmente no tiene las capacidades físicas ni económicas para costear los gastos, pues tiene 82 años de edad y dificultades de salud que le impiden movilizarse por su propia cuenta. Asimismo no es pensionada, ni tiene apoyo social alguno.

1.1.6 Indica que su hijo tiene el servicio de la EPS Sanitas porque ella lo afilió como su beneficiario desde el 2 de agosto de 2008. Igualmente informa que su otro hijo, mayor al que ocupa el caso, tiene condiciones de salud similares, pero un poco más controladas.

1.2 Solicitud de Tutela

El 15 de mayo de 2013, la señora Clara Leticia González de Rojas promovió acción de tutela en representación de su hijo Germán Eduardo Rojas González contra la EPS Sanitas, solicitando que la entidad asumiera el tratamiento indefinido en la “Fundación Gerontológica Refugio de las Canitas”, para la protección de los derechos de su representado a la vida en conexidad con la salud y la seguridad social y a un adecuado nivel de vida.

En la admisión de la tutela, el Juez de primera instancia vinculó de manera oficiosa a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, a la “Fundación Gerontológica Refugio de las Canitas” y a la Clínica Campo Abierto.

1.3 Intervenciones de las partes demandadas.

1.3.1 La EPS Sanitas indicó que no tiene conocimiento de orden médica alguna que disponga la internación en hogar geriátrico o de larga estancia en institución psiquiátrica del señor Rojas González. En el mismo sentido, sostuvo que la internación en hogar geriátrico no hace parte de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, en virtud de lo

establecido por numeral 31 del artículo 54 del acuerdo 008 de 2009, y que la internación para el tratamiento de salud mental será hasta por 90 días y se maneja de preferencia con internación parcial, citando textualmente el artículo 24 del acuerdo 29 de 2011.

Por último, hace referencia a la posibilidad de que el paciente sea atendido por un cuidador o miembro de la familia, ya que la internación requerida tiene como objeto apoyarlo en “actividades básicas de la vida diaria como bañarse, vestirse o comer”[2] y no tienden a tratar directamente la patología.

1.3.2 La Clínica Campo Abierto por su parte solicitó se despache desfavorablemente la acción, toda vez, que si bien ha ingresado a la institución por un trastorno afectivo bipolar, por episodios maníacos con síntomas psicóticos por falta de adherencia al tratamiento, se ha explicado a la familia, al momento de egreso, la importancia de supervisar y continuar en la toma regular de los medicamentos y del autocuidado. Asimismo, informa que no presta el servicio de hogar geriátrico, ni de internación prolongada.

1.3.3 La “Fundación Gerontológica Refugio de las Canitas” respondió la acción, haciendo referencia a que no tiene convenio con la EPS Sanitas y que puede recurrirse en cambio al Instituto Colombiano de Gerontología y Geriatria Ltda., entidad que si tiene convenio vigente.

1.3.4 Por último, la Secretaría Distrital de Salud solicitó ser desvinculada del asunto, teniendo en cuenta que el paciente hace parte del sistema contributivo de salud y le corresponde a la EPS brindar la atención y prestar los servicios requeridos. En su concepto médico indicó que “se debe tener claro que la reclusión institucional del paciente mental con este tipo de patología en la que hay una disociación del sentido de la realidad, no es un servicio en salud y dentro del Reg. Contributivo se puede explorar la posibilidad de cupo en los centros o frenocomios destinados a ese propósito. lo anterior sin perjuicio de que en ese entorno de institucionalización, le sean brindados todos los servicios de salud a los que tiene pleno derecho, siendo responsabilidad de la EPS-C que podrá recobrar al Fosyga lo que el POS no cubra”[3] (sic).

1.4 Sentencia de primera instancia.

El 30 de mayo de 2013, el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Conocimiento de

Bogotá negó el amparo solicitado por la accionante en representación de su hijo, comoquiera que no encontró vulneración alguna a sus derechos fundamentales.

La decisión se fundamentó en que la libertad de escoger la EPS de su preferencia, no implica tener derecho a exigir la atención en un determinado centro de salud, más cuando éste no tiene vínculo contractual vigente con la EPS accionada. Igualmente, determinó que con los documentos aportados no se logró probar la orden de un profesional de la salud de internar permanentemente al señor Rojas González, y que habiendo jurisprudencia constitucional que establece la necesidad de la existencia de un concepto del médico tratante (cita en extenso la sentencia T-760 de 2008[4]), no puede el juez de tutela entrar a definir cuál es el pertinente para la atención de la enfermedad.

1.5 Sentencia de Segunda instancia

La decisión de primera instancia fue impugnada por la señora Clara Leticia González de Rojas, siendo confirmada en sentencia del 12 de julio de 2013 por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, despacho que tampoco encontró probada la existencia de un concepto del médico tratante que ordenara la internación del paciente, por lo que indica a la accionante que se dirija a la EPS y peticione la valoración del tratamiento.

1.4 Pruebas que obran en el expediente.

1.4.1 Respuesta del 12 de octubre de 2012, emitida por EPS Sanitas frente al derecho de petición elevado por la accionante. (Folio 10 Cuaderno 1)

1.4.2 Concepto de médico del Centro Psicopedagógico Sanitas de fecha 30 de julio de 2008, en el que se hace constancia de que el señor González Rojas “presenta historial de enfermedad mental de 10 años de evolución con múltiples tratamientos y hospitalizaciones. Asiste a consulta de psiquiatría en esta institución y debe continuar viniendo indefinidamente a controles por psiquiatría”. (Folio 11 Cuaderno 1)

1.4.4 Resumen de Egreso de la Clínica Campo Abierto generado el 3 de mayo de 2013 (Folios 13 a 17 Cuaderno 1).

La solicitud de amparo presentada por el señor Juan Miguel Giraldo Campuzano, actuando como agente oficioso de su hermano José Norbey Giraldo Campuzano se fundamentó en los siguientes:

2.1 Hechos

2.1.1 El señor José Norbey Giraldo Campuzano es adicto a la heroína, razón por la que sufrió una crisis el 16 de junio de 2013, siendo remitido al Hospital San Jorge de Pereira.

2.1.2 Afirma el agente que su hermano fue tratado con todos los tratamientos y especialistas, y una vez realizados los exámenes médicos, según concepto del psiquiatra, se observó un daño irreversible en la parte superior del cerebro que perjudica su salud mental.

2.1.3 Indica que la institución le dio de alta argumentando que había llegado hasta el límite de su atención y que era poco lo que podía seguir haciendo, por lo anterior, el actor consultó a especialistas, médicos y a la trabajadora social, sobre alguna alternativa para darle tratamiento a su hermano, especialmente la posibilidad de internarlo en un centro médico. Los funcionarios le indicaron que no podía hacerse nada más y que no existe una institución para garantizarle la atención requerida.

2.1.4 Afirma que existen algunas instituciones departamentales y nacionales que están en posibilidad de suministrar el tratamiento, pero que no está en condiciones económicas para asumir el costo que implican, pues no tiene ningún apoyo económico y comparte un apartamento con algunos compañeros.

2.1.5 Sostiene que su hermano tiene el servicio de salud subsidiada, paga arriendo en una casa familiar, tiene un puntaje bajo del Sisben y no cuenta con familiares que puedan colaborarle económicamente.

2.2 Solicitud de Tutela

Pretende el accionante que, como consecuencia de la protección a los derechos fundamentales a la salud física y mental, a la vida y a la dignidad humana, el Hospital San Jorge realice una junta médica para que se determine la necesidad de atención especializada a su hermano José Norbey Giraldo Campuzano y en caso que proceda, se

indique el lugar en donde pueden internarlo, y se le brinde el tratamiento adecuado por parte de la EPS, quien deberá asumir los costos.

2.3 Intervención de las demandadas

2.3.1 La Secretaría de Salud de Risaralda solicitó se ordene a la EPS-S Cafesalud suministrar el tratamiento requerido por el señor José Norbey Giraldo Campuzano, citando algunas disposiciones del acuerdo 029 de 2011, expedido por la Comisión de Regulación en Salud y la Ley 1566 de 2012, según las cuales corresponde a la EPS brindar la atención requerida en los casos de fármacodependencia. Igualmente, advierte sobre la necesidad de que exista voluntad por parte del paciente para el correcto desarrollo de cualquier tratamiento.

2.3.2 La EPS-S Cafesalud indicó en su contestación que el agenciado no se encuentra afiliado a esa entidad, sino a Asmetsalud EPS en el régimen subsidiado. Por ello, el Juez de Tutela vinculó a esta última entidad para que diera contestación a la demanda.

2.2.3 Por su parte, la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira explicó que el señor José Norbey Giraldo Campuzano “presenta una patología denominada ENCÉFALOMASIA SECUNDARIA ASOCIADA AL USO PROLONGADO DE HEROÍNA”[5].

Igualmente informó, que se encuentra afiliado al régimen subsidiado, por lo que es la EPS la que debe responder por la prestación del tratamiento. De otra parte, hizo referencia al carácter fundamental del derecho a la salud, especialmente a la salud psíquica y la obligación estatal de atender a personas con fármacodependencia, citando algunas sentencias proferidas por esta Corporación.

Por último, indicó que suministró al paciente todos los servicios que estaban a su alcance y que no es necesario realizar ningún tipo de comité científico, toda vez que en la historia clínica se aprecia la remisión que hizo el médico tratante para que fuera atendido en un centro de rehabilitación para la fármacodependencia.

2.2.4 La EPS-S Asmet Salud contestó en fecha posterior a la decisión de primera instancia, indicando que el accionante se encuentra afiliado a su entidad, que ha suministrado todos medicamentos y procedimientos indicados por el médico tratante y que los procedimientos

no POS deben ser tramitados ante la Secretaría Departamental de Salud Risaralda.

2.3 Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Risaralda declaró improcedente la tutela de los derechos fundamentales del actor, teniendo en cuenta, que si bien la salud mental es un derecho fundamental y la fármacodependencia debe ser tratada por el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, no puede ordenar la emisión de un concepto por parte de la Junta Médica, por no haberse probado en el trámite la existencia de una orden de médico adscrito a la EPS que así lo prescribiera.

2.4 Pruebas que obran en el expediente

2.4.1 Historia clínica del señor José Norbey Giraldo Campuzano del Hospital Universitario San Jorge de Pereira, impresa el 27 de junio de 2013. (Folios 3 a 33 del Cuaderno 1)

2.4.2 Certificación emitida por Cafesalud EPS-S en la que consta el retiro del señor José Norbey Giraldo Campuzano a partir del 2 de abril de 2013. (Folio 48 Cuaderno 1)

2.4.4 Historia clínica impresa el 2 de julio de 2013 y aportada por el Hospital Universitario San Jorge de Pereira (Folios 59 y 60 Cuaderno 1).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico y esquema de resolución

2.1 En el presente asunto la Sala evidencia la existencia de varios asuntos sobre los que resulta necesario pronunciarse: i) si la negativa de EPS Sanitas a autorizar indefinidamente

el cuidado en un hogar geriátrico en donde puedan darle atención mental al señor Germán Eduardo Rojas González, de acuerdo al Trastorno Afectivo Bipolar que padece hace más de 20 años, es vulneratoria de su derecho fundamental a la salud; ii) si no autorizar el tratamiento de la patología encéfalomasia secundaria asociada al uso prolongado de heroína, a través de internación en una unidad de atención mental, vulnera el derecho a la salud del señor José Norbey Giraldo Campuzano.

iii) En caso de ser así, debe determinarse en los dos casos cuál de las demandadas debe hacerse responsable de los cuidados y tratamientos, teniendo en cuenta que no hay acuerdo frente a la atención de los actores, como afiliados pertenecientes al régimen contributivo en el caso del primero y al subsidiado, en el del segundo.

2.2 Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte se referirá a (i) la legitimidad en la causa por activa y agencia oficiosa en tutela; ii) el derecho fundamental a la salud, sistema de prestación y entidades responsables; (ii) el derecho fundamental a la salud mental y protección constitucional; (iii) la protección constitucional de las personas que padecen fármaco dependencia y (iv) requisitos para el cubrimiento de tratamientos no POS; para entrar (v) a resolver los casos en concreto.

3. Legitimidad en la causa por activa, representación y agencia oficiosa.

La acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, se caracteriza entre otras cosas por su informalidad, por su fácil acceso y por ser posible acudir a ella por parte de cualquier persona que vea conculcados sus derechos. Pese a ello, es una prerrogativa que recae únicamente el titular de los derechos que se reclaman, por lo que deberá ser interpuesta por éste o quien actúe en su nombre, esto es, por quien se encuentre legitimado en la causa para reclamar.

Así, la jurisprudencia de esta corporación ha establecido que las formas en las que puede interponerse la acción son: i) mediante el ejercicio directo de la tutela por su titular; ii) mediante su interposición a través de representantes legales (menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas); iii) a través de la mediación de un apoderado judicial, al que se deberá en este caso otorgar poder especial o general, debiendo acreditar la idoneidad profesional requerida (calidad de abogado); y mediante el ejercicio de la tutela por parte de un agente oficioso.[6]

Respecto de esta última posibilidad, conforme lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, un tercero puede presentar acción de tutela en nombre de otra persona, en el caso en que esta no se encuentre en condiciones para asumir su propia defensa, figura que requiere entonces que se manifieste en la demanda que se concurre al caso en calidad de agente oficioso y que el titular del derecho no se encuentre en condiciones para hacerlo en su propio nombre[7].

Estos requisitos sin embargo, no implican que en el caso de no indicarse en la demanda taxativamente que se asiste en calidad de agente oficioso y las causales para ello, que el Juez deniegue el amparo, pues si del escrito de la tutela se desprende la imposibilidad del titular del derecho, de acudir en su propio nombre para su defensa, en el ejercicio de sus funciones el Juez puede hacer la interpretación de que se acude como agente oficioso, haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre las formas jurídicas[8].

4 Derecho fundamental a la salud, protección constitucional y acceso.

4.1 Derecho fundamental a la salud

El derecho a la salud ha sido entendido por esta Corporación como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”[9], concepto que implica asumir una concepción integral del bienestar, en la que se interrelacionan los aspectos físicos, psicológicos, afectivos y sociales del ser humano.

El concepto de salud no es entendido como un estado definido, sino que se relaciona con las características, físicas, sociales, materiales y culturales que conforman al individuo, por lo que no puede decirse que existe un estado preciso o modelo estándar de salud, sino que teniendo en cuenta cada caso concreto, determinada condición puede requerir o no el suministro de un determinado servicio de salud.

Teniendo en cuenta su vinculación estrecha con la vida en condiciones dignas y como requisito para el disfrute de los demás derechos protegidos por el orden constitucional, el derecho a la salud ha sido definido como un derecho fundamental, aspecto desarrollado extensamente en la jurisprudencia constitucional[10].

Si bien en un primer momento esta Corporación indicó la viabilidad de proteger el derecho a la salud a través de la tutela, mientras se encontrara una estrecha conexión con la vulneración de la vida u otros derechos de carácter fundamental, criterio denominado por vía de conexidad[11], luego estableció otros casos en los que sería fundamental, como cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como los niños, las mujeres embarazadas o las personas de la tercera edad[12].

Posteriormente, bajo el entendido de que existe una evidente relación entre la salud y el desarrollo de una vida fundamentada en la dignidad humana, principio inexorable de los postulados del Estado Social de Derecho[13], y en concordancia con el alcance que internacionalmente se ha dado al derecho a la salud, la Corte indicó que podía hablarse de un derecho subjetivo autónomo[14], exigible frente al Estado directamente o a quienes corresponda garantizarlo según la normatividad aplicable.

En este sentido, acudir actualmente al argumento de la conexidad de la salud con el amparo de otros derechos fundamentales, tiene únicamente el efecto de reforzar su protección y garantía, acentuando su fundamentalidad, que se da independientemente de la vulneración conexas de otras prerrogativas.

Teniendo en cuenta que el Estado ha suscrito en el orden internacional una serie de instrumentos que tocan el derecho a la salud[15], la Corte ha hecho especial énfasis en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y los demás documentos que desarrollan su alcance, específicamente la Observación General No. 14 del Comité encargado de la vigilancia de este instrumento[16].

De este documento se derivan para el Estado las obligaciones de respetar, proteger y garantizar el “nivel más alto de salud posible”[17] que, bajo condiciones de “disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”[18], deberá ser determinado teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada población y los medios disponibles para su ejecución, sin que sea dable aceptar medidas regresivas una vez se ha ampliado el contenido del derecho.

En Colombia, a nivel interno se ha reglamentado el acceso a la atención en salud, con el régimen establecido en la Ley 100 de 1993 y las demás normas que desarrollan su alcance, sintetizándose en la estipulación de un Plan Obligatorio de Salud, que en todo caso deberá

ser respetado y es la obligación principal en cumplimiento del deber de garantía del derecho a la Salud.

En este mismo sentido, atendiendo al principio de integralidad[19] al que debe obedecer el derecho a la salud, la Corte ha definido que cuando una persona requiere un tratamiento que no se encuentra taxativamente contemplado en este catálogo mínimo, pero resulta necesario para proteger su vida o su integridad, no otorgarlo vulnera el derecho a la salud y resulta necesario destinar la atención requerida, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos que se desarrollaran más adelante.

4.2.1 Así, nace entonces para el Estado el deber de garantizar unos mínimos de atención en favor de sus ciudadanos, que han sido determinados por el Constituyente en la Carta y por el Legislador con el diseño de un Sistema General de Seguridad Social en Salud en la Ley 100 de 1993 (artículos 157, 202 y 211), que consagra la existencia de dos regímenes de atención, el contributivo y el subsidiado[20].

En el primero de ellos, se rige la vinculación de las personas con capacidad económica para realizar un aporte o cotización obligatoria al Sistema y sus familias, que puede ser financiado parcialmente, como en el caso de quienes se vinculan por una relación de carácter laboral, o totalmente, cuando se trata de trabajadores independientes con capacidad de pago[21].

Por su parte, el régimen subsidiado regula el vínculo de las personas que no tienen capacidad de pago, a través de subsidios totales o parciales[22], que pueden ser financiados por las cotizaciones realizadas por el contributivo destinadas para la cuenta de solidaridad, otros rubros provenientes del Sistema General de Participaciones, del monopolio de los juegos de suerte y azar, de las regalías, entre otros[23].

Por último, puede darse el caso en el que una persona no se encuentre afiliada a ninguno de los dos, siendo necesaria su atención bajo la figura de vinculada, situación que deberá superarse por parte de las entidades del orden territorial en el que se encuentra la persona, quienes deberán hacer las gestiones necesarias para su afiliación al régimen subsidiado. En todo caso, las IPS deben garantizar la atención de urgencias a quien lo necesite, sin importar la vinculación contractual existente, siendo entonces financiada por el Fondo de Solidaridad y Garantía-Fosyga cuando se trate de una persona sin afiliación o por la EPS

cuando se trate de un afiliado[24].

Este esquema organizativo obedece a los principios de universalidad y solidaridad que implican que, en la medida de lo posible, quienes tengan la posibilidad de hacerlo, contribuyan al financiamiento del Sistema y ninguna persona sea excluida de la atención que requiera para el restablecimiento de su salud, por lo que quienes no estén en la condición económica para contribuir, deben ser subsidiados por el Estado bien sea total o parcialmente.

Esta diferenciación implicó en un principio la configuración distinta de los Planes Obligatorios de Salud, situación que la Corte encontró violatoria del derecho al acceso en condiciones iguales a la totalidad de la población[25]. A razón de ello, actualmente el Plan Obligatorio de Salud es unificado para los dos regímenes con la expedición del Acuerdo 032 de 2012 de la Comisión de Regulación en Salud CRES.

4.2.2 Teniendo en cuenta la especial protección que tiene el derecho a la salud, la Corte estableció desde hace ya muchos años que se éste se vulnera cuando siendo necesaria, se niega la prestación de los servicios contemplados en los planes obligatorios de salud[26]. Por lo anterior, concretó más recientemente que procedería la protección a través de la tutela siempre que se compruebe “(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.”[27]

4.2.3 Responsabilidad en la prestación de los servicios de salud y pago de los servicios necesarios para la protección de la vida en condiciones de dignidad.

Como se ha visto hasta aquí, la responsabilidad de cumplir las obligaciones respecto del derecho a la salud recae en cabeza del Estado, siendo posible que delegue las funciones tendientes a ello en otras entidades que pueden ser de carácter público o privado (artículo 49 C.P.).

Por ello, se organizó a través de la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias el Sistema General de Seguridad Social en Salud, conformado entre otras entidades, por las EPS y las IPS. Las primeras tienen la responsabilidad del aseguramiento, es decir que les asiste el deber de afiliar a los usuarios, organizar y garantizar, directa o indirectamente los servicios de salud que requieran incluidos en el POS, recaudar las cotizaciones y prestar directamente o coordinar con las segundas la atención que les corresponde prestar[28].

Teniendo en cuenta que, como antes se indicó, la protección del derecho a la Salud no se agota en el suministro de los servicios contenidos en el plan de beneficios, cuando haya lugar a prestar la atención excluida de éste, el Estado tendrá la obligación de cubrir el costo que se genere, pero tal situación no será óbice para que las EPS se nieguen a suministrar el tratamiento o medicamento requerido, so pena de vulnerar el derecho a la salud como encargadas de su prestación, pues la ley las faculta para realizar el recobro de los gastos en que incurran.

El cumplimiento de las obligaciones de las EPS no se centra entonces, únicamente en prestar los servicios de salud, sino que en caso de requerir el seguimiento de un proceso o trámite para el acceso a servicios no contemplados en él, les asiste el deber de acompañar y dirigir a la persona para que el acceso sea real y efectivo, sin que sea sometida a un recorrido institucional que termine agravando su situación[29].

Así, una vez sea suministrado el servicio NO POS que la persona requiera conforme a los criterios que ha establecido la jurisprudencia y que más adelante se indicarán, esta Corte ha considerado que el reembolso de las sumas causadas en razón a su financiación en favor de las EPS, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía- Fosyga, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado[30].

5. Derecho a la salud mental y protección constitucional a quienes padecen afectaciones de este tipo.

Como se indicó en líneas anteriores, la salud comprende de manera integral al ser humano, por lo que su protección implica no sólo la búsqueda de un bienestar corporal o físico, sino que los padecimientos mentales o psíquicos merecen la misma atención para el desarrollo

de una vida digna[31]. Así, la Corte indicó que “la salud constitucionalmente protegida no es únicamente la física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y sicosomático de la persona”[32]

Respecto de las personas que sufren afectaciones a su salud mental, la Corte ha indicado que, por las implicaciones que tienen frente a la posibilidad de tomar decisiones, de interactuar con otros, y en tanto implican serios padecimientos para ellos y sus familias, son sujetos de especial protección constitucional y merecen mayor atención por parte de la sociedad en general, especialmente de sus familiares y de los sectores encargados de suministrar atención en salud. Generando entonces en cabeza de la familia y la sociedad en general, el deber de propugnar una recuperación en caso de ser posible, o entablar los mecanismos posibles para que lleven una vida en condiciones dignas[33].

A nivel internacional existen diversos instrumentos que protegen a las personas que padecen enfermedades mentales en el marco de la prevención de la discriminación, como la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975, los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991, adoptados por la Asamblea General de la ONU, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada a nivel interno por la Ley 1346 de 2009. Asimismo, en 2009 fue promulgada la Ley 1306 que regula la Protección de Personas con Discapacidad Mental y establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.

En la mayoría de estos instrumentos se resalta la importancia de crear condiciones propicias para la vinculación de las personas con discapacidad en la sociedad, la generación de formas de vida independientes y autónomas y el ejercicio de todos los derechos en la medida de lo posible, en especial, recalcan la necesidad de atender de manera integral sus padecimientos, con un acceso efectivo a los servicios de salud, siendo “posible exigir a todos los estamentos comprometidos en la prestación de los servicios de salud, que dentro de sus propios límites operativos, económicos y logísticos, proporcionen el mejor servicio médico científicamente admisible y humanamente soportable”[34]. Como consecuencia de este derecho a la salud mental, el artículo 65 de la Ley 1438 de 2011 indicó la necesidad de garantizar la atención integral en este tema e incluir su atención en los planes de beneficios.

Asimismo, la Corte ha hecho referencia a la aplicación de prerrogativas especiales, porque la condición concreta de estas personas merece un trato diferenciado, que no implique la continuación de sus padecimientos, ya que “los inimputables, enfermos incurables, pertenecen al grupo de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y el trato que la sociedad y el Estado debe dispensarles no es el de “igual consideración y respeto” sino el de “especial consideración, respeto y atención” (CP art. 47), precisamente por su misma condición y en obediencia a los principios de respeto a la dignidad humana y de solidaridad, sobre los cuales se edifica el Estado social de derecho (CP art. 1)”[35].

Por esta razón, las entidades encargadas de prestar la atención en salud, deben suministrar la atención o tratamiento que sea requerido para superar la afectación de la persona en la medida de lo posible o que tienda a su estabilización y progresivo mejoramiento durante todas las etapas de su enfermedad[36], contando con su consentimiento o el de sus familias, cuando sea imposible que decida por su propia cuenta, y evitando cualquier acto que atente contra su integridad, siguiendo además el principio de la opción menos restrictiva, cualquiera sea el tratamiento por el que se opte[37].

La protección de este derecho especial a la salud en personas con enfermedades de carácter mental, ha implicado que en muchas ocasiones la Corte haya extendido, en caso de ser necesario, el ámbito de amparo hacia tratamientos o medicamentos que se encuentren por fuera de los Planes Obligatorios de Salud, a través de su protección a través de instituciones de asistencia social, entre otras medidas que no se reducen a la de suministrar un determinado medicamento, pues en algunos casos ha encontrado que debido al aislamiento social que padecen personas con enfermedades graves y que han tenido desarrollos largos, su reincorporación a la vida social requiere un acompañamiento por parte de la sociedad y el Estado[38].

5.1 Así, a la hora de analizar la vulneración del derecho a la salud mental habrá de tenerse en cuenta que cualquiera sea el servicio médico requerido: (i) deberá ser el más adecuado y acorde a la situación social, familiar, económica y de patología del paciente; (ii) siendo necesario, no podrá estar sometido al pago de sumas de dinero, a menos que se tenga capacidad económica para asumirlos[39]; y (iii) no puede ser limitado a un número de días, meses o atenciones en el año, pues es característico de este tipo de padecimientos el que se presenten crisis o recaídas constantes, siendo una vulneración al derecho no

proporcionar el tratamiento permanentemente[40].

5.2 Acerca del deber de solidaridad que surge frente a la protección del derecho a la salud, la Corte ha indicado que en primera medida, implica el autocuidado del enfermo, subsidiariamente la intervención de su familia y en caso de ser imposible, la del Estado y la sociedad en general[41]. El papel de la familia es primordial en la atención a brindar, pues cualquiera que sea el tratamiento, debe involucrar la adaptación a su núcleo familiar, a quienes en virtud del artículo 5° constitucional les asiste el deber de solidaridad de manera especial.

Teniendo en cuenta que las afecciones psíquicas, implican en la generalidad de casos una pérdida de la capacidad de tomar decisiones y ejercer autonomía, casi siempre recae el cuidado del enfermo mental en sus parientes más cercanos, a quienes les asiste, en concordancia con el principio de solidaridad, el deber de velar por su cuidado, suministrar el cariño y afecto necesario, procurando en cualquier caso su integración al medio social[42].

Sin embargo, este deber no es absoluto y cuando ello sea imposible o la recomendación médica tienda al tratamiento por medio de la internación en una unidad de atención mental, lo cierto es que deberá ser suministrada, sin que pueda hacerse de manera indefinida, pues uno de los derechos que ha definido la Corte desde sus primeras decisiones sobre el tema, es que las personas que padecen una enfermedad mental no pueden ser sometidas a tratamientos o penas (en el caso de los inimputables) que los aíslen de la sociedad de manera indefinida, pues la Carta prohíbe la imposición de penas perpetuas[43], y tales medidas serían evidentemente una vulneración a “su dignidad y a sus derechos a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad”[44].

En cuanto a la determinación en cada caso del deber de solidaridad y la aplicación de determinado tratamiento, la Corte indicó que deben tenerse en cuenta los siguientes criterios “(i) el peligro de afectación de la integridad física y la vida de terceros, (ii) la ausencia total de compromiso familiar con el paciente, (iii) las condiciones infrahumanas de pobreza en las que vive el/la peticionario/a, (iv) la disponibilidad de recursos económicos para cubrir los costos del tratamiento, (v) la naturaleza de la enfermedad que enfrenta el paciente, y (vi) el concepto del médico tratante, entre otros, son criterios que ha valorado el

juez constitucional para determinar cual es el alcance que el principio de solidaridad debe tener en cada caso en concreto”[45].

5.3 Por último, la Sala hará mención a una parte esencial del derecho a la salud mental, que concierne al suministro de un diagnóstico fundamentado, acorde y protector de sus derechos, pues especialmente en las enfermedades que afectan la capacidad mental, los tratamientos son múltiples, diversos y deben atender de manera integral las necesidades tanto físicas como psíquicas y mentales que surgen del padecimiento.

La Corte ha indicado que el derecho al diagnóstico “resulta de suma importancia en el ejercicio del derecho fundamental a la salud, en la medida en que garantiza al paciente acceder al concepto médico de los profesionales especializados, a fin de establecer con precisión el tratamiento más adecuado”[46]. Esto se corresponde necesariamente con el principio de integralidad del acceso a los servicios de salud y en ese sentido se ha indicado que cuando el paciente presenta objeciones al dictamen dado, es preciso que tenga la oportunidad de acceder a una segunda opinión médica proveniente del cuerpo profesional de la EPS a la cual se encuentre adscrito, pues tiene el derecho de tener un mínimo de convicción respecto de su padecimiento y la pertinencia del tratamiento al que será sometido.

Asimismo, dentro de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, cobra vital importancia el conocimiento informado sobre el tratamiento a suministrar de que la persona que padece una enfermedad mental o sus familiares, cuando ella no tenga la capacidad plena para comprender y decidir, pues en todo caso deberá respetarse su autodeterminación e independencia.

6. Protección constitucional a las personas que tienen problemas de farmacodependencia

La farmacodependencia es un problema de salud que afecta el derecho a la salud mental[47], por lo que las reglas aplicables a la salud de quienes tienen afectaciones de este tipo, también lo son para quienes padecen problemas de adicción a fármacos y sustancias psicoactivas, al ser una dolencia que afecta gravemente su autonomía y capacidad de decisión, colocándolas en una circunstancia de debilidad manifiesta.

La Corte ha indicado de manera uniforme y reiterada que es un problema de salud que merece la atención de la sociedad en general y especialmente del estado, pues “la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado”[48]

La fármacodependencia afecta a muchas personas en las sociedades actuales y ha sido preocupación de los Estados y organismos internacionales desde hace varias décadas[49], ya que afecta la salud física y mental de la persona, a su familia y en general a la sociedad, al punto que las políticas y planes de salud no han sido ajenos a su tratamiento por medio de políticas de prevención y rehabilitación.

Esta grave situación genera el deber en el marco de un Estado Social de Derecho, respetuoso de la dignidad humana, en la que la salud además de ser un derecho, es un servicio público, de propugnar por la implementación de políticas de prevención, tratamiento y rehabilitación para las personas adictas al uso de fármacos, ya que como sujetos de especial protección constitucional, se encuentran mayormente expuestos a la vulneración de sus derechos fundamentales. Así, se profirió la Ley 1566 de 2012 para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas, marco normativo que insta a la inclusión en los planes de salud de los mecanismos que permitan tratar de manera integral a “toda persona que sufra trastornos mentales o cualquier otra patología derivada del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas lícitas o ilícitas”[50].

En el mismo sentido, atendiendo al concepto amplio e integral que conforma el derecho a la salud, la Corte ha establecido que las medidas tendientes a recuperar la salud de quien padece de fármacodependencia deben encontrarse incluidas en los planes obligatorios de salud, sin perjuicio de que siendo necesario, el médico tratante pueda indicar un tratamiento no contemplado allí[51].

7. Reglas jurisprudenciales para el acceso a tratamientos o medicamentos no contemplados en los POS.

Teniendo en cuenta que como se estableció en líneas anteriores, el derecho a la salud no se

limita al cubrimiento de los medicamentos y tratamientos contenidos en las cartas mínimas o Planes Obligatorios de Salud, sino que en algunos casos, el disfrute pleno de condiciones dignas de bienestar implica la aplicación de otras medidas que no se han previsto para el tratamiento de algunas patologías, la Corte ha indicado la procedencia de tratamientos o medicamentos no contenidos en el POS bajo el lleno de algunos requisitos.

En desarrollo de esta regla, la jurisprudencia de esta corporación ha determinado que hay lugar a autorizar un servicio médico no incluido en el POS cuando “(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”[52].

7.1 Los dos primeros requerimientos, se desprenden claramente de lo que anteriormente se indicó sobre la integralidad del derecho a la salud y su interrelación con el derecho a la vida en condiciones de dignidad[53]. Lo anterior, ya que si bien es cierto que el derecho no es absoluto e ilimitado, sino que por su naturaleza compleja y materialmente onerosa, puede ser limitado por la estipulación de unos servicios mínimos, también lo es, que siempre que se ponga en riesgo la existencia de la persona, el acceso al servicio NO POS será fundamental, siempre y cuando no se trate de una simple opción, sino cuando en verdad no pueda reemplazarse con ningún otro tratamiento allí contenido, o cuando su reemplazo con alguno de aquellos no resulte igualmente efectivo para el restablecimiento de la salud[54].

7.2 De otro lado, la Corte ha indicado que si bien los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera imponen el pago de servicios no contenidos en los planes de beneficios, de ser necesario, es un deber de las entidades encargadas prestarlos de manera efectiva, cuando quien lo pretenda no cuente con los recursos económicos para sufragar su costo, pues debe garantizarse de manera especial el derecho a quien se encuentra en condiciones adversas, como la población más vulnerable[55].

Frente a la prueba de esta condición la Corte ha indicado que: (i) se respeta el principio general de que quien alega una situación jurídica deberá probarla; (ii) no existe tarifa legal, por lo que podrá demostrarse a través de cualquier medio de convicción; (ii) la afiliación al SISBEN presupone la incapacidad económica; (ii) cuando la persona expone que no cuenta con los medios para sufragar el pago, bien sea parcial o total de un tratamiento excluido del POS, deberá presumirse su buena fe, aceptar como ciertos los hechos que indica respecto de su situación económica, trasladando la carga de la prueba a la entidad que debe suministrar la atención requerida; y (iv) en todo caso corresponderá al Juez de tutela ejercer sus facultades probatorias para el esclarecimiento de la situación[56].

7.3 Por último, la Corte ha indicado el deber de suministrar la atención que el médico tratante considere necesaria para el tratamiento de cualquier padecimiento, sin que sea posible negarla por no encontrarse establecida en el plan obligatorio[57]. Aunque bajo el marco normativo actual no opere de plano, sino que requiera la revisión de un comité científico, la jurisprudencia ha establecido que la EPS vulnera el derecho a la salud cuando no somete a estudio o no controvierte el concepto del profesional.

Asimismo, esta Corporación ha señalado que no es papel del Juez constitucional determinar la necesidad del tratamiento, pues no es el profesional idóneo para hacerlo, por lo que ha definido como imperativa la necesidad de contar con una orden por parte del médico tratante adscrito a la EPS[58]. Este requisito resulta lógico, pues precisamente quien conoce las condiciones específicas del paciente es el profesional que lo atiende y que tiene acceso a su historia clínica general. Sin embargo, cuando el médico tratante que dispuso el servicio no se encuentre adscrito a la EPS “si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión”[59], tal concepto la supedita a cumplirlo cuando no lo descarta o modifica con base en argumentos científicos que bien puede emitir apelando a un concepto de un médico adscrito a su entidad o del Comité Técnico Científico[60].

La Sentencia T-760 de 2008 ya citada, indicó las siguientes reglas para que proceda la atención no POS con base en un concepto que no sea el del médico tratante adscrito a la EPS, “(i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de

garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente. En estos casos, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión, y si no desvirtúa el concepto del médico externo, entonces atender y cumplir lo que éste prescribió.”[61]

En todo caso, teniendo en cuenta la posible grave vulneración de los derechos del paciente, cuando sea urgente e imperiosa para la protección de su vida el suministro del servicio deberá hacerse sin someterse a estudio alguno.

8. Análisis constitucional del caso concreto

8.1 Expediente T-4055398

8.1.1 En esta oportunidad la Sala debe resolver la acción de tutela que interpuso Clara Leticia González de Rojas en nombre de su hijo Germán Eduardo Rojas González, para obtener la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, la salud, seguridad social y a un nivel adecuado de vida que le habría vulnerado la EPS Sanitas, al negar la autorización de internación de su hijo en un hogar geriátrico, tratamiento que no está incluido en el POS.

El señor Rojas González padece un Trastorno Afectivo Bipolar con un cuadro de progreso de más de 20 años, tiene 60 años de edad y su progenitora 82, se encuentra afiliado al régimen subsidiado como beneficiario de la señora González de Rojas.

Los jueces de instancia negaron el amparo deprecado, indicando que no obra orden de médico tratante que indique la necesidad de internar permanentemente al señor Rojas en un hogar geriátrico o en unidad de atención mental. El de primera instancia adicionalmente indicó que la libertad de escogencia de EPS no implica que el paciente pueda escoger un determinado lugar para la atención, cuando éste no tiene relación contractual con la EPS a la que se encuentra afiliado.

8.1.2 Conforme a las pruebas que obran en el expediente, esta Sala considera que se encuentran acreditados los siguientes hechos:

i) El señor Germán Eduardo Rojas González padece un Trastorno Afectivo

Bipolar desde hace más de 20 años por lo que ha sido hospitalizado en múltiples ocasiones, debido a los episodios críticos que ha sufrido.

ii) El 17 de marzo del 2013 fue llevado a la Clínica Campo Abierto por sus dos hermanos, toda vez que presentaba síntomas de hiperactividad, andaba eufórico desde hacía más o menos 4 semanas, salía a la calle recogía y robaba cosas, presentaba problemas del sueño, se reía solo, entre otros síntomas.

iii) Para el médico tratante el paciente presentaba alteraciones del comportamiento dado por insomnio, agitación psicomotora, ideas de tipo delirante, megalomaniacas, irritabilidad y fuga de ideas.

iv) Al momento de ingreso a la clínica sus hermanos refirieron que no tomaba los medicamentos de manera constante, presentaba descuido en su arreglo personal y en la historia clínica consta que presentaba episodio maniaco con síntomas psicóticos.

v) En ese momento se consideró necesaria la atención hospitalaria por lo que el paciente estuvo internado hasta el 3 de mayo de 2013, fecha en la cual se consideró que tuvo “una evolución satisfactoria en contexto clínico”[62], se le dio de alta por mejoría y salida con recomendaciones, citando a controles por psiquiatría.

8.1.3 La EPS por su parte indicó que la internación en hogar geriátrico no hace parte del POS, pues el artículo 54 del Acuerdo 008 lo excluye específicamente, del mismo modo indica que la internación para atención mental será hasta por 90 días, sin que sea este tampoco el servicio que requiere el paciente, pues deduce que lo que se busca es apoyo en actividades básicas de la vida diaria, lo cual no pone en riesgo la vida del actor.

De acuerdo a las consideraciones de esta decisión, deberá entonces analizarse: (i) la legitimidad en la causa para interponer acción de tutela; (ii) procedencia de suministrar un servicio no contenido en el POS bajo las reglas establecidas en el numeral 6 de la motivación de esta providencia; (iii) el deber de solidaridad de la familia del paciente; y (iv) la posible falta al derecho al diagnóstico por parte de la EPS.

8.1.4 Legitimidad en la causa por activa.

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el numeral 2 de la parte motiva de esta

decisión y constatando que conforme lo indica su historia clínica, el señor Germán Eduardo Rojas González, presenta graves limitaciones psíquicas, mentales y cognitivas, tanto así que en virtud de ellas se presenta esta acción, es dable entender que no pueda ejercer la acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales por su propia cuenta.

Por lo anterior, esta Sala colige que la señora Clara Leticia González de Rojas tiene legitimidad en la causa por activa para acudir en representación de su hijo quien actualmente es incapaz de representarse a si mismo, pues el Trastorno Afectivo Bipolar que padece con una trayectoria que supera los veinte años, le ha generado un deterioro cognitivo que lo hace inconsciente de sus actuaciones y lo pone en condiciones de indefensión y debilidad manifiesta. En el mismo sentido, la accionante cumple con los requisitos indicados para la agencia oficiosa de los derechos de su hijo, por lo que en el caso sub examine, se encuentra plenamente acreditada la legitimidad en la causa por activa para su interposición.

8.1.5 Acceso al servicio de salud reclamado

Así las cosas y frente a la procedencia de la internación en hogar geriátrico, debe indicarse que el servicio solicitado no cumple con los requisitos que esta Corporación ha establecido para el suministro de tratamientos NO POS, pues no hay orden del médico tratante en este sentido. Si bien la actora indica que en la Clínica Campo Abierto le dijeron que era necesario el cuidado permanente en un sitio o por un profesional, no se evidencia en la historia clínica del paciente recomendación alguna de este tipo, ni orden distinta de médico tratante externo.

En cuanto a éste último, las constancias allegadas que emitieron dos médicos de otras instituciones que atendieron al señor Rojas González, apenas indican que padece un enfermedad mental y además son del año 2008, por lo que nada aportan para el esclarecimiento de su situación actual, siendo imposible para la Corte indicar que el internamiento es la solución a los padecimientos del actor, pues carece de idoneidad para ello.

Así mismo, no es dable a esta Sala, sin la existencia de una recomendación médica que lo indique, ordenar la internación del señor Rojas González pues, como ya se dijo, la familia no puede deshacerse del deber de cuidado que les asiste, ni prodigar la internación

permanente de su familiar enfermo, pues sería una conducta vulneratoria de sus derechos fundamentales.

Pese a ello, se encuentra plenamente probado que el actor es un sujeto de especial protección constitucional por su enfermedad mental o estado de discapacidad mental por el padecimiento que le ha implicado la pérdida de autonomía, al punto que no tiene sentido de su propio cuidado y recae constantemente en crisis sicóticas, por el progreso de su padecimiento y su avanzada edad.

De esta situación, se desprende la existencia de una vulneración al derecho fundamental de la salud mental del señor Rojas González, toda vez que no hay a la fecha un diagnóstico preciso e informado de los tratamientos a seguir. Lo anterior, ya que si bien hace unos meses fue internado y salió por mejoría, su familia no conoce el tratamiento integral que debe serle suministrado, y la EPS tiene el deber de atenderlo y si es del caso proceder a su internación, así exceda el término de 90 días contemplado en el POS, siendo posible su recobro al FOSYGA.

De otra parte, la Corte encuentra que el actor requiere una atención permanente y completa que logre la estabilización de su enfermedad, bien sea a través de hospitalizaciones parciales, como las que se hacen de día o de noche, o con el suministro de una enfermera o con terapias diarias, a fin de que el tratamiento se adecue al avanzado estado de su enfermedad y a la difícil situación familiar del paciente.

En este sentido, encuentra esta Sala que la EPS fundamentando su negativa únicamente en la exclusión de este servicio del plan de beneficios, incurrió en una violación al derecho a la salud del paciente, consistente en no acudir a criterios científicos para negar la atención requerida y la de suministrar un diagnóstico claro e informado para establecer con base en argumentos científicos y técnicos en procedimiento a seguir, tratamiento integral o atención médica adecuada vulnerando las reglas consignadas en el numeral 4.3 supra.

8.1.6 En este sentido la Corte protegerá el derecho a la salud del accionante y ordenará dentro del presente asunto que la EPS Sanitas, atendiendo a los criterios establecidos para los pacientes con enfermedades mentales indicados en el numeral 4 de esta providencia, involucrando en el tratamiento a los familiares del señor González Rojas, considerando su avanzada edad y la de su madre, determine la necesidad de aplicar medidas de

hospitalización interna total o parcialmente, la posibilidad de continuar el tratamiento ambulatorio con asistencia domiciliaria o sin ella, o cualquier otro servicio médico pertinente, atendiendo de manera integral la patología del actor, de manera continuada y plenamente informada.

8.2 Expediente T-4064844

8.2.1 Pasando al siguiente asunto, corresponde a la Corte resolver la acción de tutela presentada por el señor Juan Miguel Giraldo Campuzano como agente oficioso de su hermano José Norbey Giraldo Campuzano, para obtener la protección de sus derechos fundamentales a la salud física y mental y a la vida en condiciones de dignidad que las demandadas le habrían vulnerado, al negar la remisión a la junta médica para analizar la posibilidad de internación de su hermano para el tratamiento de fármacodependencia que no se encuentra cobijado por el plan de beneficios.

El juez de instancia indicó que si bien el actor es un sujeto de especial protección constitucional y la fármacodependencia debe ser tratada por las entidades que prestan servicios de salud, no encontró mérito para ordenar el estudio del tratamiento por parte de una junta médica, por cuanto no hay orden del médico tratante al respecto.

8.2.2 Conforme a las pruebas que obran en el expediente, esta Sala considera que se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- i) El señor José Norbey Giraldo Campuzano padece adicción a la heroína y a la marihuana prolongada durante varios años.
- ii) El 17 de junio del 2013 fue remitido al Hospital Universitario San Jorge de Pereira, luego de haber recibido, durante una semana, atención de la Clínica Santa Mónica por un accidente de tránsito en motocicleta, ya que presentaba alucinaciones visuales y auditivas, acompañadas de comportamientos inusuales.
- iii) Durante el tratamiento suministrado en el hospital fue remitido por el médico general a psiquiatría, neurocirugía, neurología, se le realizaron una serie de exámenes, con base en los cuales se concluyó que el uso prolongado de la heroína le generó en el cerebro unas zonas de encéfalomasia secundarias y se le diagnosticó “demencia por consumo de

heroína y otras sustancias”[63].

iv) El 25 de junio de 2013 fue dado de alta y se advirtió la necesidad de continuar manejo médico en unidad mental, haciendo remisión al HOMERIS (Hospital Mental de Risaralda)

v) Al día siguiente fue llevado otra vez al hospital acompañado por su padre, quien informó que no quiere abrir los ojos, se despierta y sólo toma líquidos, atendido por neurología es remitido nuevamente a psiquiatría en donde le dan de alta el 28 de junio.

vi) En la historia clínica se constata que han existido problemas con la ubicación del paciente y se recomienda su tratamiento ambulatorio por parte de “grupo multidisciplinario (neurología, psiquiatría, terapias física, lenguaje y ocupacional)”[64], se da cuenta de la existencia de compromiso grave de su parte motora y de lenguaje.

vii) El señor Giraldo no se encuentra afiliado actualmente a Cafesalud EPS-S como lo habían indicado la demanda, el Hospital San Jorge y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, sino a la EPS-S Asmetsalud en el régimen subsidiado.

viii) Se encuentra afiliado al SISBEN en el nivel II y ni él ni su hermano tienen capacidad económica para pagar atención interna particular, hecho que no fue desvirtuado por la EPS Asmetsalud.

8.2.3 Frente a la solicitud de la tutela, las distintas entidades demandadas se adjudican la responsabilidad una a la otra, pidiendo se les desvincule del proceso. Así, el Hospital indica que prestó la atención requerida por el paciente, pero que no tiene capacidad para darle el tratamiento integral, por lo que debe ser atendido por la EPS. A su vez, la EPS sostiene que la responsabilidad le corresponde a la entidad territorial por tratarse de un servicio NO POS del régimen subsidiado. Finalmente, la entidad territorial hace referencia al deber de las EPS-S de suministrar la atención NO POS que su afiliado requiera.

8.2.4 Legitimidad en la causa y agencia oficiosa

En el escrito de tutela, el señor Juan Manuel Giraldo Campuzano, manifiesta que actúa en condición de agente oficioso de su hermano José Norbey, quien como quedó dicho, padece un cuadro clínico grave en el que se encuentran comprometidas sus capacidades mentales,

motoras y de lenguaje, por el prolongado uso de sustancias psicoactivas que le generaron demencia derivada de unas encéfalomasias en el cerebro.

Actualmente el agenciado no tiene pleno uso de sus facultades mentales y no es capaz de autodeterminarse, por lo que es evidente que no puede actuar en nombre propio para la defensa de sus derechos fundamentales, a tal punto que en el hospital le recomendaron a sus familiares realizar las gestiones tendientes a obtener su interdicción como se puede ver en la Historia Clínica[65]. Bajo tales circunstancias, es indiscutible que en el caso objeto de revisión, la agencia oficiosa resulta procedente.

8.2.5 De la procedencia de la internación para el tratamiento de la enfermedad mental del señor José Norbey Giraldo Campuzano.

En primer lugar, resulta necesario aclarar que en el presente caso el paciente, si bien padece de fármacodependencia, no está solicitando su internación en un centro de rehabilitación, granja o centro terapéutico, ni fue éste el servicio que recomendó el médico tratante[66], tratamientos que ciertamente se encuentran excluidos del plan de beneficios conforme lo indica el numeral 30 del artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011 del CRES. Lo que el accionante solicita es el sometimiento a junta médica del tratamiento que se adapte mejor a la patología que sufre su agenciado, el cual, según le fue informado en el Hospital San Jorge, es la internación.

Haciendo una interpretación sistemática de lo que resultó probado en el presente asunto, se encuentra que el señor José Norbey Giraldo Campuzano tiene un diagnóstico de demencia asociada al consumo de heroína y otras sustancias y encéfalomasia secundaria, el cual resultó como consecuencia de la sintomatología por la cual llegó al centro de salud, consistente en la alteración de su comportamiento y la visión alterada de la realidad. Conforme a la historia médica allegada por el accionante y por el Hospital, su estado de salud es grave, pues tiene altamente comprometidas sus capacidades motoras y del lenguaje.

Por estas razones, se puede deducir fácilmente que, a más de la rehabilitación frente al consumo de sustancias psicoactivas para evitar un mayor compromiso de sus facultades, es absolutamente necesario para el mejoramiento de su salud que sea atendido frente a la enfermedad mental que actualmente padece y que fue provocada por daños cerebrales a

razón del consumo.

Asimismo, contrario a lo indicado en la decisión judicial que aquí se revisa, esta Sala considera que existe una orden médica de tratamiento que es la remisión para manejo por psiquiatría en una unidad mental y la atención de un grupo multidisciplinario de neurología, psiquiatría, terapias física, de lenguaje y ocupacional, como consta en la historia médica remitida por el Hospital, específicamente los folios 59 a 61 del Cuaderno 1.

Del expediente puede deducirse igualmente que el médico tratante ordenó la remisión del accionante al Hospital Mental de Risaralda HOMERIS (folio 59), la cual no pudo llevarse a cabo por “problemas con respecto a la ubicación del paciente”[67], lo que dio lugar a que se recomendara la atención ambulatoria, pues según se desprende de este material probatorio, la atención en ese centro hospitalario le acarrea una serie de gastos que no puede asumir (folio 61).

Así las cosas, resulta a todas luces claro para esta Sala que el tratamiento requerido por el paciente es la internación en unidad de atención para enfermedades mentales, tratamiento que se encuentra contemplado en el plan de beneficios, como lo consagra el artículo 24 del Acuerdo 29 de 2011[68], por lo que en criterio de esta Corte todas las entidades demandadas en esta oportunidad incurrieron en una vulneración del derecho a la salud del paciente, en especial la IPS Hospital Universitario San Jorge de Pereira al no realizar las gestiones necesarias para que el paciente accediera al servicio, pero sobretudo la EPS Asmetasalud, quien se opuso a suministrar el servicio por no encontrarse contemplado en el POS, cuando como se constató sí lo estaba y era derecho del accionante recibirlo.

8.2.6 En conclusión y no existiendo controversia en la necesidad del tratamiento, su relación con la protección de la vida y el hecho de que se encuentre contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, para esta Corporación es evidente que la EPS Asmetasalud incurrió en una violación del derecho a la salud conforme las reglas indicadas en el numeral 4.2.2 supra. Por ello, teniendo en cuenta lo indicado en el numeral 4.2.3 de esta providencia, será responsable de suministrar el tratamiento de internación en unidad de atención mental, bien sea el Hospital Mental de Risaralda como lo recomendó el médico tratante, si tiene convenio con ella, o en la entidad con la que tenga convenio, que esté en capacidad de prestar los servicios requeridos por el señor José Norbey Giraldo Campuzano durante el

tiempo que sea necesario para su estabilización, debiendo realizar los controles pertinentes y sin que le sea dable suspenderlo por razones que no atiendan a la necesidad de su patología.

En caso de que la atención requiera ser suministrada durante un tiempo mayor al consignado en el POS (90 días), deberá prestar la asesoría y acompañamiento necesarios para su suministro, teniendo la posibilidad de hacer el recobro respectivo a la Entidad Territorial pertinente. De igual manera, de requerir cualquier otro tratamiento bien sea hospitalario o ambulatorio para el restablecimiento de su salud, deberá serle suministrado de manera integral, sin que pueda ser negado con base en su pertenencia o no al POS y con el previo consentimiento de su familia.

Finalmente, la Sala observa que como no se encuentra probado que su familia haya suprimido contacto con él agenciado o que sean ausentes los vínculos familiares, pues a pesar de que su hermano suministra dicha información en la demanda, lo cierto es que fue acompañado al hospital al menos en una ocasión por su padre y en la historia clínica aparecen otras personas que le asistieron. Por ello y teniendo en cuenta el especial deber constitucional de solidaridad de la familia, la Corte ordenará que cuando el señor Giraldo Campuzano pueda volver a su núcleo familiar, ya que el internamiento no puede permanecer indefinidamente en el tiempo, ésta tendrá el deber de continuar el tratamiento ambulatorio que requiera el agenciado con necesidad.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a la entidad EPS Sanitas que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, realice nuevamente el diagnóstico del padecimiento del señor Germán Eduardo Rojas González y determine la necesidad de aplicar medidas de hospitalización interna total o parcialmente, la posibilidad de continuar el tratamiento ambulatorio con asistencia domiciliaria o sin ella, o cualquier

otro servicio médico pertinente, atendiendo de manera integral su patología, de manera continuada y plenamente informada, siguiendo las indicaciones del numeral 8.1.6 de la parte motiva.

TERCERO.- REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, en sentencia del doce (12) de julio de dos mil trece (2013) en la que se declaró la improcedencia de la acción de tutela; y en lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida en condiciones de dignidad y a la salud del señor José Norbey Giraldo Campuzano.

CUARTO.- En consecuencia, ORDENAR a la entidad Asmetsalud EPS que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia: i) autorice el internamiento en unidad de atención mental, que brinde condiciones óptimas para la recuperación del accionante y la atención de un grupo multidisciplinario de neurología, psiquiatría, terapias físicas, de lenguaje y ocupacional, por el tiempo que su médico tratante considere necesario; y ii) suministre la continuación del tratamiento integral ambulatorio a que haya lugar, una vez el agenciado haya salido de la internación. Para la elección del lugar y condiciones de tratamiento, deberá tenerse en cuenta la opinión del médico tratante y del señor José Norbey Giraldo Campuzano. AUTORIZAR a la EPS realizar el recobro a la Entidad Territorial correspondiente, en caso de que la internación exceda el término de 90 días contemplado en el POS o se requiera cualquier otro tratamiento no contenido en el Plan de Beneficios.

QUINTO.- Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

[1] Folio 1, Cuaderno 1

[2] Folio 26, Cuaderno 1.

[3] Folio 18 (Reverso), Cuaderno 1.

[4] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[5] Folio 52, Cuaderno 1.

[6] Ver sentencias T-531 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-947 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y SU-447 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

[7] Entre muchas otras, T- 542 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-947 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-573 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-248 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[8] Consultar sentencias T-1012 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, reiterada entre otras en la T-573 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[9] Sentencia T-597 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en sentencias T-137 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-454 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T- 184 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[10] En un tránsito jurisprudencial, la Corte fue definiendo la fundamentalidad del derecho a la salud que puede verse sintetizado entre otras en las sentencias T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-820 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-999 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[11] Como representativas de esta posición pueden verse las sentencias T-328 de 1993 M.P.

Eduardo Cifuentes Muñoz y SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[12] Sentencias en el caso de los menores T-514 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-819 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras; frente a las mujeres en estado de embarazo T-173 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y para las personas de la tercera edad T-1081 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-073 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[13] Pueden consultarse en este sentido las sentencias C-811 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-355 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[14] Ver al respecto sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, cfr. T- 859 de 2009 y T-227 de 2003 ambas M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

[15] Al efecto, pueden relacionarse los artículos 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, éste último además establece 6 medidas que deben tomar los estados para la protección del derecho.

[16] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - ONU, Observación General No. 14 E/C.12/2000/4, 22º período de sesiones (25 de abril a 12 de mayo de 2000). Ginebra, Publicado el 11 de agosto de 2000.

[17] *Ibídem.*

[18] *Ibídem.*

[19] “(L)a prestación del servicio de salud debe ser integral y continua. Estos principios se concretan en la obligación de que la entidad responsable autorice todos los servicios de salud que el médico tratante determine para un paciente, sin que le sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico”. Sentencia T-165 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Ver en el mismo sentido, entre otras, las sentencias T-770 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo, T-705 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-195 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas

Silva.

[21] Ver en este sentido, Ibídem.

[22] En un sentido similar, Ibídem

[23] Artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 44 de la Ley 1438 de 2011

[24] Artículos 168 de la Ley 100 de 1993 y 20 de la Ley 1122 de 2007.

[25] Argumento desarrollado ampliamente en la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[26] De manera concreta la primera sentencia que lo hizo en unificación fue la SU-480 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[27] Sentencia T-999 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, reiterada en las T-931 de 2010, T-022 de 2011, T-091 de 2011 y T-648 de 2011 todas con M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[28] Así lo indica el artículo 177 de la Ley 100 de 1993.

[29] Las EPS en el contexto del régimen subsidiado, tienen la obligación de brindar la información y el acompañamiento necesario a las personas, incluso cuando se trata de servicios de salud que estas requieran y la entidad no esté obligada a garantizar. T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[30] Así lo indicó la Corte en sentencia T-438 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[31] La mayoría de decisiones que han estudiado la protección a la salud mental, han indicado una estrecha relación en la protección a las personas que padecen estas afectaciones y la posibilidad de llevar una vida en condiciones de dignidad, entre otras pueden verse las sentencias T-209 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-248 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-845 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[32] Sentencia T-248 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[33] En este sentido la Corte sostuvo que: Por supuesto, las entidades públicas o privadas encargadas de prestar los servicios de salud no pueden excluir de su cobertura los padecimientos relacionados con el equilibrio y la sanidad mental y psicológica de sus afiliados o beneficiarios en ninguna de las fases o etapas de evolución de una determinada patología. Sentencia T-248 de 1998 José Gregorio Hernández Galindo.

[34] Sentencia T-209 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[35] Sentencia T-762 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[36] Ha definido la Corte que “no es indispensable, para tener derecho a la atención médica, que el paciente se encuentre en la fase crítica de una enfermedad psicológica o mental. Aceptarlo así equivaldría a excluir, en todos los campos de la medicina, los cuidados preventivos y la profilaxis. Habría que esperar la presencia del padecimiento en su estado más avanzado y tal vez incurable e irreversible para que tuviera lugar la prestación del servicio”, en la sentencia T-248 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en las T- 124 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-458 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[37] Este principio se encuentra consagrado en los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, aprobados por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991, es trascendental y transversal a los demás que allí se establecen y se puede encontrar principalmente en los principios 9.1, 11.11, 16.1.b.

[38] En la sentencia T-1090 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte se refirió a las sentencias en las que se adoptó este tipo de decisión.

[39] El artículo 12 de la Ley 1306 de 2009 indica que “Las personas con discapacidad mental tienen derecho a los servicios de salud, incluidos los relacionados con la salud sexual y reproductiva, de manera gratuita, a menos que la fuerza de su propio patrimonio, directo o derivado de la prestación alimentaria, le permitan asumir tales gastos” (sic).

[40] A más de que la Corte ha indicado que a pesar de que en los planes de salud se limite el tiempo de permanencia en un tratamiento intrahospitalario, si es recomendado por el

médico tratante, puede extenderse el tratamiento al tiempo requerido. Ver por ejemplo las sentencias T-398 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-1090 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido, La OMS ha indicado que “el hecho de no admitir a personas que requieren de tratamiento en institucional, o su alta prematura (que puede llevar una alta tasa de readmisión y, a veces, incluso a la muerte) constituye una violación a su derecho a recibir tratamiento”. Organización Mundial de la Salud, Manual de recursos sobre salud mental, derechos humanos y legislación de la OMS. Ginebra, Ediciones de la OMS, 2006.

[41] Entre otras, las sentencias T-505 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-209 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-398 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-558 de 2000 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-507 de 2007 Marco Gerardo Monroy Cabra.

[42] En la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad uno de los principios es “la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”, en correspondencia con el Principio 3 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, según el cual “Toda persona que padezca una enfermedad mental tendrá derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad”.

[43] Ver en este sentido la sentencia T-401 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[44] Sentencia T-1090 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil

[45] Sentencia T-057 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[46] Sentencia T-566 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en este caso también se encargo la Corporación de proteger el derecho a la salud mental.

[47] Entre otras, pueden citarse las sentencias T-684 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-438 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-094 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-566 de 2010 y T-355 de 2012 ambas M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Asimismo, la Sentencia C-574 de 2011 indicó que desde 2002 existe una línea jurisprudencia que ha tratado el tema de la drogadicción como una enfermedad que consiste en la dependencia de sustancias que afectan el sistema nervioso central y las

funciones cerebrales, produciendo alteraciones psíquicas y sociales.

[48] Sentencia T-814 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[49] Esa preocupación dio lugar, por ejemplo, a la creación de un Comité de Expertos en fármacodependencia en la OMS.

[50] Ley 1566 de 2012, Artículo 2°.

[51] Consultar las sentencias T-648 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-814 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-438 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre muchas otras.

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

[53] Ver, sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[54] Entre otras pueden verse las sentencias SU-819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-406 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-591 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[55] Al respecto, puede consultarse la sentencia T-020 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[56] Consultar las sentencias T-1019 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-113 de 2002 MP: Jaime Araujo Rentería.

[57] Ver por ejemplo, la sentencia SU-480 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, aquí la Corte indicó que el único indicado para decidir el tratamiento adecuado, es el médico de la EPS, más no uno particular, aspecto que en sentencias más recientes se moduló como más adelante se verá.

[58] Al respecto, ver sentencias T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1125 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-760 de 2008 M:P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

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

[60] Ver, sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[61] *Ibíd.*

[62] Folio 14, Cuaderno 1.

[63] Folio 61, Cuaderno 1.

[64] *Ibíd.*

[65] Concretamente en el folio 61 se consigna que el Hospital le indicó a su hermano, aquí agente oficioso, como iniciar el proceso de interdicción para el manejo de los bienes del paciente.

[66] Si bien en su contestación el Hospital indicó que no debía realizarse junta médica porque había una orden del médico tratante para remitir a un centro de rehabilitación al paciente, lo cierto es que como se verá más adelante, si hay orden médica pero no para ese tratamiento.

[67] Folio 61, Cuaderno 1. En el mismo sentido folio 33 del Cuaderno 1.

[68] Artículo 24. Internación para manejo de enfermedad en salud mental. En caso de que el trastorno o la enfermedad mental ponga en peligro la vida o integridad del paciente o la de sus familiares y la comunidad, o por prescripción específica del médico tratante, el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días, acorde con la prescripción del médico tratante y las necesidades del paciente. Sin perjuicio del criterio del médico tratante, el paciente con problemas y trastornos en salud mental, se manejará de preferencia en el programa de “internación parcial”, según la normatividad vigente.