

Sentencia T-196/18



Referencia: Expedientes: T- 6416011, T-6472202 y T- 6486644.

Accionantes: Rocío del Socorro Robledo Blanco actuando en representación de su menor hijo Francesco Poveda Robledo, Héctor Hugo García Ríos como agente oficioso del menor Carlos Andrés Uribe Moncada y Ángela Mercedes Martínez Maury actuando en representación de su menor hijo Isaac Lubin Aristizábal Martínez.

Accionados: SANITAS EPS, FAMISANAR EPS, CAJACOPI EPS.

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger – quien la preside-, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos en las siguientes acciones de tutela:

1. T- 6486644, de Ángela Mercedes Martínez Maury actuando en representación de su menor hijo Isaac Lubin Aristizábal Martínez contra CAJACOPI EPS, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Colombia (Atlántico) el cual no fue objeto de impugnación.
2. T- 6472202, de Héctor Hugo García Ríos como agente oficioso del menor Carlos Andrés Uribe Moncada contra la EPS FAMISANAR, por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Zipaquirá (Cundinamarca), el cual no fue objeto de impugnación.
3. T- 6416011, de Rocío del Socorro Robledo Blanco actuando en representación de su menor hijo Francesco Poveda Robledo contra SANITAS EPS, en primera instancia, por el Juzgado 44 Penal

Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y, en segunda instancia, por el Juzgado 49 Penal del Circuito.

Por auto del 24 de noviembre de 2017 la Sala de Selección Número Once¹ dispuso seleccionar y acumular los expedientes T- 6486644, T- 6472202 y T- 6416011, por presentar unidad de materia, para que sean fallados en una sola sentencia.

I. ANTECEDENTES

Teniendo en cuenta el número de casos que la Corte revisará se hará una descripción de las circunstancias fácticas de cada caso objeto de análisis.

A. Expediente T- 6.486.644

1. Hechos y solicitud

La señora Ángela Mercedes Martínez Maury, en representación su menor hijo Isaac Lubin Aristizábal Martínez, instauró acción de tutela contra CAJACOPI EPS, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la integridad personal y a la seguridad social en salud, por cuanto se negó a realizarle una intervención quirúrgica de reducción de cráneo prescrita por el médico tratante, argumentando su elevado costo. La accionante sustenta su solicitud con base en los siguientes hechos:

- 1.1 El menor Isaac Lubin Aristizábal Martínez, de 13 años de edad padece de hidrocefalia desde su nacimiento.
- 1.2 Refiere la señora Ángela Mercedes Martínez Maury que su hijo se encuentra afiliado a CAJACOPI EPS y que, en consecuencia, ha sido esta entidad la encargada de prestarle la atención médica requerida.
- 1.3 Señala la accionante, que el Doctor Jaime Perna, neurocirujano adscrito a CAJACOPI EPS, es el médico tratante de su hijo y conoce su patología desde el nacimiento. Agrega que el menor ha sido operado dos (2) veces en la Clínica del Sol de la ciudad de Barranquilla por el referido profesional.
- 1.4 Aduce la tutelante que el día 3 de abril de 2017, el Dr. Jaime Perna le ordenó una nueva cirugía a su hijo consistente en una “*reducción de cráneo*”.
- 1.5 Manifiesta la peticionaria que mediante orden médica número 857300028783 del 4 de mayo de 2017, CAJACOPI EPS autorizó el

¹ Sala de Selección conformada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos y Alejandro Linares Cantillo.

procedimiento de “*reducción de fractura craneal (hundimiento sin compromiso de dura) con esquirlectomía*”², prescrito a su hijo.

1.6 En este orden de ideas, se programó la operación antes señalada para el día 2 de junio de 2017. No obstante, indica la accionante que 15 días antes³ de que se llevara a cabo la misma, CAJACOPI EPS se comunicó telefónicamente con ella para informarle que por razones de costos era imposible su realización. Añade la peticionaria que para la fecha de la mencionada llamada, al menor ya se le habían practicado todos los exámenes de laboratorio y, además, contaba con las órdenes de anestesiología y neurocirugía que autorizaban el procedimiento.

1.7 Sostiene que el hecho de que la accionada no haya adelantado el procedimiento quirúrgico a su hijo por razones económicas, vulnera los derechos fundamentales del menor y, en consecuencia, los principios de integridad y continuidad previstos para el sistema de seguridad social en salud. Por este motivo, solicita que se le ordene a CAJACOPI EPS realizar la operación de “*reducción de cráneo*” a Isaac Lubin Aristizábal Martínez, la cual fue prescrita por su médico tratante.

2. Contestación de acción de la tutela

Mediante auto del 16 de junio de 2017, el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Colombia (Atlántico) avocó el conocimiento de la presente acción constitucional y corrió traslado a la parte demandada para que en el término de veinticuatro (24) horas, contadas a partir de la notificación de la mencionada providencia, se pronunciara respecto de los hechos expuestos en el escrito de tutela presentado por la señora Ángela Martínez Maury. Ante tal requerimiento la entidad accionada guardó silencio.

3. Pruebas que obran en el expediente

- Copia de la tarjeta de identidad del menor Isaac Lubin Aristizábal Martínez⁴.
- Copia de la orden médica mediante la cual el profesional en neurocirugía, Dr. Jaime Perna, le prescribió al menor Isaac Lubin Aristizábal Martínez la cirugía de reducción de cráneo⁵.
- Copia de la autorización del procedimiento expedida por CAJACOPI EPS⁶.

² En la referida orden se puede verificar que la autorización tenía como fecha de vencimiento el día 3 de julio de 2017.

³ Es decir, la llamada tuvo lugar hacia el 18 de mayo de 2017.

⁴ Ver a folio 14 del cuaderno principal.

⁵ Ver a folio 10 del cuaderno principal.

⁶ Ver a folio 8 del cuaderno principal.

- Copia de la solicitud de medicamentos, insumos, y procedimientos no P.O.S -actualmente Plan de Beneficios - de CAJACOPI EPS⁷.
- Cotización del Instituto de Neurociencia de la Clínica del Sol, sobre el procedimiento ordenado al menor⁸.

4. Decisión judicial objeto de revisión

- **Sentencia de única instancia**

El Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Colombia (Atlántico), mediante sentencia del 30 de junio de 2017 resolvió declarar la improcedencia del amparo deprecado por la señora Ángela Mercedes Martínez Maury. Al respecto, señaló que en el caso objeto de estudio la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial que se relaciona, concretamente, con la solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud⁹. Adicionalmente, precisó que “(...) *en el presente caso no existe un perjuicio irremediable al que esté expuesto la ciudadana ANGELA MERCEDES MARTINEZ MAURY actuando como agente oficioso de su hijo ISAAC LUBIN ARISTIZÀBAL MARTÍNEZ (...)*”¹⁰.

Con fundamento en lo anterior, el *a quo* consideró que no se verifica la existencia de un perjuicio irremediable en cabeza del hijo de la accionante. Así mismo, reiteró que de la lectura del escrito de tutela, no se observa que la peticionaria hubiese acudido a la referida Superintendencia para solicitar la protección de los derechos invocados. De allí, que el juicio de subsidiariedad para determinar la procedencia de la acción de tutela en el caso *sub examine* no se vea superado.

5. Actuación surtida en sede de revisión

Mediante Auto del 22 de enero de 2018, la Magistrada Sustanciadora, en cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 de esta Corporación dispuso lo siguiente:

“PRIMERO - ORDENAR que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito a CAJACOPI EPS en la calle 75 # 57 – 17 en la ciudad de Barranquilla (Atlántico), para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto allegue:

- (i) *Copia de la historia clínica del menor Isaac Lubin Aristizábal Martínez.*

⁷ Ver a folio 11 del cuaderno principal.

⁸ Ver a folio 13 del cuaderno principal.

⁹ Sobre el particular cabe precisar que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 le otorga a la Superintendencia Nacional de Salud la competencia para dirimir este tipo de controversias “(...) *Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario (...)*”

¹⁰ Ver a folio 22 del cuaderno principal.

SEGUNDO – ORDENAR. Que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito a CAJACOPI EPS para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto le informe a este despacho si ya se le realizó la cirugía de reducción de cráneo al menor Isaac Lubin Aristizábal Martínez. De no ser así, informe las razones por las cuales se abstuvo de hacerlo.

TERCERO.- ORDENAR Que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito a la señora Ángela Mercedes Martínez Maury en la carrera 4 sur # 2 A – 64, barrio Vista Mar de Puerto Colombia (Atlántico), teléfono 300-8480930, para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto le informe a este despacho si ya se le realizó la cirugía de reducción de cráneo a su hijo. De ser así, informar quién asumió el costo de la misma”.

5.1 No obstante lo anterior, vencido el término establecido en el auto del 22 de enero de 2017 para que se suministrara la información requerida, ni CAJACOPI EPS, ni la señora Ángela Mercedes Martínez Maury se pronunciaron frente a lo solicitado¹¹.

B. Expediente T- 6.472.202

1. Hechos y solicitud

El señor Héctor Hugo García Ríos¹², en calidad de veedor en salud del municipio de Zipaquirá (Cundinamarca), actuando como agente oficioso de Carlos Andrés Uribe Moncada, promovió acción de tutela invocando la protección de los derechos fundamentales de su agenciado a la salud y a la vida en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por FAMISANAR EPS por cuanto esta última, se negó a autorizar el servicio de enfermería y transporte, así como el suministro de pañitos húmedos y una silla de ruedas en óptimas condiciones para el desplazamiento del menor. El agente oficioso sustenta su solicitud en los siguientes hechos:

1.1 Carlos Andrés Uribe Moncada tiene 17 años de edad¹³ y desde su nacimiento fue diagnosticado con parálisis cerebral espástica¹⁴.

¹¹ Ver Auto del 12 de febrero de 2018, Secretaría General de la Corte Constitucional.

¹² Mediante Auto del 28 de julio de 2017, el Juzgado Primero Municipal de Zipaquirá avocó conocimiento de la acción de tutela de la referencia, y le ordenó al señor Héctor Hugo García Ríos explicar la calidad que éste ostenta sobre el menor Carlos Andrés Uribe Moncada. Ello, por cuanto de la lectura del escrito de tutela no es era claro si se trataba de su progenitor en tanto se refiere en reiteradas ocasiones a “mi hijo”, pero el apellido del menor no se asemejan a los del señor García Ríos. Sobré el particular, la Madre del menor allegó escrito mediante el cual autorizó al señor Héctor Hugo García Ríos para que represente a su menor hijo.

Por su parte, el señor García Ríos le informó al Despacho Judicial que, si bien no era el padre del menor, en su calidad de presidente de la nueva veeduría en salud del municipio de Zipaquirá tenía la facultad de hacer el respetivo seguimiento de los casos que se ponían en su conocimiento.

¹³ El accionante aduce que Carlos Andrés Uribe Moncada tiene 16 años de edad, sin embargo, de la copia de la tarjeta de identidad aportada en el expediente se pudo establecer que su fecha de nacimiento fue el 14 de diciembre de 2000, razón por cual su edad actual es 17 años.

- 1.2 El menor se encuentra afiliado a FAMISANAR EPS en calidad de beneficiario de su madre, categoría A del régimen contributivo¹⁵.
- 1.3 De conformidad con el certificado expedido el 22 de noviembre de 2013 por FAMISANAR EPS, el menor tiene una pérdida de capacidad laboral del 97.7 %¹⁶.
- 1.4 La madre del menor tiene 52 años de edad, es soltera, cabeza de hogar, y como consecuencia de las condiciones de salud en las que se encuentra su hijo, se ocupa las veinticuatro (24) horas del día del cuidado del mismo, razón por la cual, le ha sido difícil conseguir un empleo.
- 1.5. Desde un inicio el niño recibía la atención médica requerida en el municipio de Ubaté (Cundinamarca). Sin embargo, para efectos de practicarle exámenes especializados fue remitido a la ciudad de Bogotá.¹⁷
- 1.6. Señala el peticionario que desde hace 4 años la EPS FAMISANAR le entregó al menor una silla de ruedas para facilitar su movilidad. No obstante, indica dadas las malas condiciones en las que se encontraba la silla de ruedas, la accionada ordenó su reparación. Al respecto, aduce que la silla no fue reparada de manera satisfactoria y, por el contrario, “(...) *quedo en peor estado del que estaba anteriormente* (...)”¹⁸.
- 1.7. Pone de presente el accionante que, en reiteradas oportunidades, la madre del menor le ha solicitado a la EPS FAMISANAR autorizar el servicio de una enfermera¹⁹ teniendo en cuenta que ella mide 1.55 cms y su hijo 1,72 cms, de allí la dificultad para desplazar al mismo. Agrega, que la progenitora también ha solicitado el servicio de transporte para poder trasladar a su hijo a los controles médicos. Solicitudes que, a su juicio, han sido negadas injustificadamente por la Entidad accionada.
- 1.8. Aduce la necesidad de facilitarle a la madre de Carlos Andrés Uribe Moncada el suministro de pañitos húmedos en aras de garantizarle al mismo una mejor calidad de vida.
- 1.9. El agente oficioso solicita que se protejan los derechos fundamentales del menor a la salud y a la vida digna y, como resultado, se ordene a FAMISANAR EPS autorizar el servicio de enfermera diurna y que

¹⁴ Aduce el accionante que como consecuencia de la patología del menor, este también padece de “*pobre contacto con el medio sialorrea, sonrisa ocasional, sostén cefálico no constante, arcos móviles pasivos limitados, sinergia espástica flexora de 4 extremidades con tono ashworth 3, no emite lenguaje. Hecho que pudo verificarse en examen médico del día 30 de septiembre de 2016 que obra en el folio 6 del cuaderno principal*”.

¹⁵ Ver a folio 21 del cuaderno principal.

¹⁶ Ver a folio 5 del cuaderno principal.

¹⁷ Ver a folio 1 del cuaderno principal. Numeral 7° de los hechos. De las pruebas allegadas en sede de revisión, la EPS accionada informó que, el menor recibe atención médica en el municipio de Ubaté.

¹⁸ Ver a folio 1 del cuaderno principal

¹⁹ Ver a folio 1, numeral 9° de los hechos.

suministre pañitos húmedos. Igualmente, solicita la prestación de un tratamiento integral por parte de la accionada que incluya “*cirugías, medicamentos, procedimientos, sillas de ruedas, citas generales o con especialistas, traslados médicos o terapéuticos, transporte de él y de su acompañante, una enfermera y demás procedimientos que por su patología requiera y este ordenado por los profesionales*”²⁰.

2. Contestación de acción de tutela

2.1. Mediante auto del 28 de julio de 2017 el Juzgado Primero Municipal de Zipaquirá (Cundinamarca) con Función de Control de Garantías le solicitó al señor Héctor Hugo García Ríos “*ACLARAR y SUBSANAR*” la calidad que ostentaba frente a Carlos Andrés Uribe Moncada. Lo anterior por cuanto de la lectura del escrito de tutela no era claro si se trataba o no de su progenitor²¹.

2.2. Una vez aclarada la calidad del agente oficioso de Carlos Andrés Uribe Moncada, el Juzgado Primero Municipal de Zipaquirá (Cundinamarca) con Función de Control de Garantías, mediante auto del 1º de agosto de 2017 avocó el conocimiento de la presente acción de tutela y corrió traslado a la parte demandada para que en el término de dos (2) días hábiles se pronunciara respecto de los hechos expuestos en el escrito de tutela presentado por el señor Héctor Hugo García Ríos.²²

2.3. Encontrándose dentro del término otorgado por el referido Despacho Judicial, FAMISANAR EPS solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela, en consideración a que dicha entidad “*no ha vulnerado, trasgredido o puesto en peligro derecho fundamental alguno del usuario*”²³ como quiera que han adelantado las acciones pertinentes para la atención y servicios médicos prescritos a Carlos Andrés Uribe Moncada.

Así mismo, aseguró que, teniendo en cuenta la patología que padece Carlos Andrés Uribe Moncada, FAMISANAR EPS ha generado más de 300 autorizaciones de “*tecnologías en salud POS y NO POS*”²⁴. Respecto de la falta de idoneidad en la silla de ruedas que le fue entregada al agenciado precisó que “*(...) a la misma se le realizó mantenimiento en diciembre de 2016*”.²⁵

3. Pruebas que obran en el expediente.

²⁰ Ver a folio 3 del cuaderno principal.

²¹ Mediante comunicación enviada al Juzgado de conocimiento, el señor Héctor Hugo García Ríos le informó al despacho que tenía la calidad de presidente de la nueva veeduría en salud del municipio de Zipaquirá y que en esa medida estaba legitimado para intervenir en la acción de tutela sobre los intereses del menor.

²² Ver a folio 17 del cuaderno principal.

²³ Ver a folio 29 del cuaderno principal.

²⁴ Ver a folio 21, numeral 2º de la parte considerativa, cuaderno principal. Al respecto se anexó el informe de las autorizaciones activas del afiliado.

²⁵ Ver a folio 21 numeral 3º de la parte considerativa, cuaderno principal.

- Copia del certificado de pérdida de capacidad laboral de Carlos Andrés Uribe Moncada expedido por el Director de Medicina Laboral de la EPS FAMISANAR con fecha del 22 de noviembre de 2013.²⁶
- Copia de una consulta de medicina física y rehabilitación del 30 de septiembre de 2016.²⁷
- Copia de la tarjeta de identidad de Carlos Andrés Uribe Moncada.²⁸
- Copia del escrito mediante el cual la madre de Carlos Andrés Uribe Moncada, la señora María Consuelo Moncada Gil, le manifestó al Despacho judicial su voluntad de que, el señor Héctor Hugo García Ríos representara a su hijo en el trámite de tutela²⁹.

4. Decisión judicial objeto de revisión

- **Sentencia de única instancia**

El Juzgado Primero Municipal de Zipaquirá (Cundinamarca) con Función de Control de Garantías, mediante sentencia del 9 de agosto de 2017 resolvió declarar la improcedencia del amparo invocado para garantizar los derechos de Carlos Andrés Uribe Moncada. Al respecto, consideró que del material probatorio allegado al proceso, se pudo establecer que la entidad accionada ha prestado correctamente los servicios médicos prescritos al paciente.

En lo que corresponde concretamente al suministro de los pañitos húmedos, así como al servicio de una enfermera no se verificó la existencia de una orden médica a partir de la cual se pudiera establecer la necesidad de los mismos.

5. Actuación surtida en sede de revisión.

Mediante Auto del 16 de enero de 2018, la Magistrada Sustanciadora, en cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, dispuso lo siguiente:

*“PRIMERO - **ORDENAR** que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito a FAMISANAR EPS en la carrera 13ª N° 77ª – 63 en la ciudad de Bogotá, teléfono 6500200 ext 365 para que en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación del presente auto se pronuncie respecto de los siguientes puntos:*

- *¿Sí Carlos Andrés Uribe Moncada es beneficiario de su madre, la señora María Consuelo Moncada Gil, la cual figura como cotizante dentro del Sistema Contributivo de Salud, afiliada a FAMISANAR*

²⁶ Ver a folio 5 del cuaderno principal.

²⁷ Ver a folio 6-7 del cuaderno principal.

²⁸ Ver a folio 8 del cuaderno principal.

²⁹ Ver a folio 15 del cuaderno principal.

E.P.S? de ser así, ¿Cuál es el ingreso base de cotización de la señora María Consuelo Moncada Gil?

- *¿Cuál es el costo estimado que tiene para el Sistema de Seguridad Social en Salud la silla de ruedas que requiere Carlos Andrés Uribe Moncada?*
- *¿En dónde se llevan a cabo las terapias y controles médicos ordenados a Carlos Andrés Uribe Moncada?*

SEGUNDO - ORDENAR que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito a la señora María Consuelo Moncada Gil en la Calle 6 N° 2- 28 del municipio de Lenguazaque (Cundinamarca), para que en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación del presente auto se pronuncie respecto de los siguientes puntos:

- *¿Cuál es el número de hijos o personas que tiene a su cargo?*
- *¿A cuánto ascienden sus ingresos mensuales?*
- *¿Sí posee bienes inmuebles o vehículos de su propiedad?*
- *¿Cuántas personas conforman su núcleo familiar?*

5.1. Respecto de las anteriores solicitudes, la EPS FAMISANAR le informó al Despacho que Carlos Andrés Uribe Moncada se encuentra afiliado en calidad de beneficiario de la señora Consuelo Moncada Gil, quien tiene un ingreso base de cotización de \$ 737.717. Así mismo, remitió copia de todos los servicios que han sido autorizados a favor del agenciado³⁰.

En relación con el valor de la silla de ruedas indicó que aún no se contaba con la cotización de la misma. Adicionalmente, precisó que “*las terapias y controles médicos, están a cargo de la IPS primaria Cafam Ubaté, ya que el menor no se encuentra incluido en un plan de rehabilitación*³¹”.

5.2. Por su parte, la señora María Consuelo Moncada Gil le informó a la Sala que tiene a su cargo dos hijos, que sus ingresos mensuales ascienden a un salario mínimo legal mensual vigente y que no posee ningún tipo de bien mueble o inmueble, ni vehículo, dados los bajos ingresos que percibe mensualmente; todos ellos, producto de sus labores domésticas³².

C. Expediente T- 6.416.011.

1. Hechos y solicitud

La señora Rocío del Socorro Robledo Blanco actuando en representación de su menor hijo, Francesco Poveda Robledo, instauró acción de tutela contra la EPS SANITAS, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social. Lo anterior, por cuanto suspendió la entrega directa de las dosis del

³⁰ Ver a folio 24 a 49 del cuaderno de revisión.

³¹ Ver a folio 24 del cuaderno de revisión.

³² Ver a folio 23 del cuaderno de revisión.

medicamento FACTOR VIII³³, incluida una dosis adicional de emergencia, las cuales requiere para tratar la enfermedad de HEMOFILIA A SEVERA³⁴ que padece su hijo desde el nacimiento. La accionante sustenta su solicitud con base en los siguientes hechos:

- 1.1 El menor Francesco Poveda Robledo de 13 años, fue diagnosticado desde su nacimiento con Hemofilia A severa. Desde ese entonces, se encuentra afiliado, en calidad de beneficiario de su madre a la EPS SANITAS.
- 1.2 Aduce la accionante que, como consecuencia de la patología que padece su hijo, se ha dedicado “*única y exclusivamente*”³⁵ al cuidado del mismo, tanto así, que se capacitó ante la Liga Colombiana de Hemofilia, para la aplicación intravenosa del medicamento FACTOR VIII que requiere el menor³⁶.
- 1.3 Señala la peticionaria que durante 11 años la EPS SANITAS le suministró personalmente el medicamento FACTOR VIII, indispensable para salvaguardar la vida y el sufrimiento del niño.
- 1.4 Manifiesta la actora que, mientras su hijo mantenía el referido medicamento en casa, le era posible actuar de forma inmediata y satisfactoria ante cualquier circunstancia de urgencia en la cual se produjera algún sangrado articular, propio de la enfermedad.
- 1.5 No obstante lo anterior, aduce la accionante que la entidad demandada decidió de “*forma arbitraria*”³⁷ suspender la entrega del medicamento FACTOR VIII para mantenerlo en casa, sin tener en cuenta los beneficios que esto reporta sobre la salud y bienestar del menor.
- 1.6 Refiere que ante dicha decisión, la EPS SANITAS dispuso enviar dicho medicamento a la casa “*en el momento que lo requiriera*”, sometiendo a su hijo, a largas esperas y fuertes dolores que conllevan a sangrados en las

³³ Los concentrados de factor VIII constituyen el tratamiento preferido para la hemofilia. Pueden fabricarse a partir de sangre humana (conocidos como productos hemoderivados) o utilizando células genéticamente diseñadas que portan un gene de factor humano (llamados productos recombinantes). Los concentrados de factor se elaboran en sofisticadas instalaciones de fabricación. Todos los concentrados de factor de preparación comercial son tratados para eliminar o inactivar virus transportados por la sangre. Extraído del Sitio web de la *FEDERACIÓN MUNDIAL DE LA HEMOFILIA* www.wfh.org.

³⁴ La hemofilia es un trastorno de la coagulación que afecta a aproximadamente una de cada 10,000 personas. La sangre de las personas con hemofilia no tiene suficiente factor de coagulación VIII o IX. Debido a esto pueden sangrar más tiempo de lo normal. La *severidad* de la hemofilia describe cuán serio es el problema. El nivel de la severidad depende de la cantidad de factor de coagulación que falta en la sangre de la persona, así pues quienes se encuentran diagnosticados con Hemofilia A severa padecen de hemorragias frecuentes en músculos o articulaciones. Sin tratamiento preventivo, pueden sangrar una o dos veces por semana. La hemorragia es con frecuencia espontánea, lo que quiere decir que ocurre sin causa aparente. Extraído del Sitio web de la *FEDERACIÓN MUNDIAL DE LA HEMOFILIA* www.wfh.org.

³⁵ Ver a folio 1 del cuaderno principal.

³⁶ Ver a folio 4 del cuaderno principal, numeral 15 de los hechos del escrito de tutela.

³⁷ Ver a folio 1 del cuaderno principal. Refiere que fue por la presunta existencia de “*un cartel de hemofilia*”

articulaciones y músculos, lo que finalmente, afecta el desarrollo de su crecimiento³⁸. Agrega que otras EPS han reconocido la importancia de mantener el medicamento para hemofílicos en casa.

- 1.7 Pone de presente que, como consecuencia de las nuevas medidas administrativas adoptadas por la EPS, en relación con el suministro del medicamento el día 14 de junio del 2017 su hijo presentó “*hemartrosis*”³⁹ en el tobillo y que, el FACTOR VIII se le aplicó solamente hasta al día siguiente. De allí que el menor tuviera que ser hospitalizado, por primera vez, en la clínica Fundación Santa Fe de Bogotá y posteriormente, remitido a la Clínica Colombia, con dolores insoportables, sin poder dormir ni caminar. Todo esto, a su juicio, consecuencia del tardío e inadecuado suministro del mencionado medicamento por parte de los profesionales de dichas instituciones.
- 1.8 Señala la accionante que, el nuevo protocolo adoptado por la EPS SANITAS⁴⁰ para la aplicación del medicamento que requiere su hijo va en detrimento de sus derechos a la salud, la vida y la integridad física, en tanto, el no suministro oportuno del FACTOR VIII, le impone al menor largas jornadas de espera, con dolores “*intolerables*” que podrían ser, a juicio de su madre, simplemente controlados con una dosis de urgencia en su domicilio.
- 1.9 Por todo lo anterior, la señora Robledo Blanco solicita que mediante la presente acción de tutela se amparen los derechos fundamentales de su hijo y, en consecuencia, se le ordene a la demandada hacer entrega personal de las dosis del medicamento FACTOR VIII que Francesco Poveda Robledo requiere para su profilaxis y, una dosis adicional para un caso de emergencia

Adicionalmente, solicita que se le autorice realizar el suministro del referido medicamento a su menor hijo, cuando así lo determine un médico, ello, teniendo en cuenta que ha sido capacitada para tales efectos.

³⁸ Refiere la accionante que los dolores del menor ante un sangrado son en una escala de 1- 10, de 10 ver a folio 1 hecho n° 5 del escrito de tutela.

³⁹ Las hemorragias articulares (hemartrosis) son las manifestaciones más típicas de la hemofilia. Cuando las hemartrosis son frecuentes y/o intensas, la membrana sinovial no es capaz de reabsorber toda la sangre. Para compensar tal deficiencia reabsortiva, la sinovial se hipertrofiará dando como resultado lo que se denomina sinovitis hemofílica crónica [1-3]. Por lo tanto, es muy importante no sólo evitar las hemartrosis agudas, sino también tratarlas del modo más eficaz posible, para evitar la aparición de la sinovitis. La mejor forma de evitar hemorragias articulares, o al menos disminuir su intensidad, es mediante un tratamiento hematológico profiláctico desde los dos años de edad hasta la conclusión de la madurez esquelética. No obstante, debemos recordar que la habitual infusión intravenosa necesaria en tales casos de profilaxis puede causar algunos problemas. La mayoría de los centros de hemofilia de las naciones desarrolladas tienen tratamiento sobre pedido, que consiste en la administración del factor deficiente de la coagulación cuando ocurre una hemartrosis. Publicación “LAS HEMORRAGIAS ARTICULARES (HEMARTROSIS) EN LA HEMOFILIA EL PUNTO DE VISTA DE UN CIRUJANO ORTOPEDISTA”.E.C. Rodríguez Merchán, Federación Mundial de la Hemofilia – Abril de 2008, N° 23.

⁴⁰ Programa de “BIENESTAR EN CASA”, donde se realiza la administración del FACTOR VIII como terapia de soporte según indicación médica 3 veces por semana a los pacientes en el domicilio.

2. Contestación de acción de tutela.

Mediante auto del 22 de junio de 2017 el Juzgado 44 Penal Municipal de Bogotá admitió la tutela instaurada por la señora Rocío del Socorro Robledo Blanco y dispuso correr traslado a la EPS SANITAS, vincular al Ministerio de Salud y Protección Social, al Hospital Universitario Fundación Santa Fe y a la Clínica Colombia para que en un término de treinta y seis (36) horas se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la acción constitucional de la referencia.

- **EPS SANITAS.**

Encontrándose dentro del término otorgado por el referido despacho judicial, la EPS SANITAS señaló que al menor Francesco Poveda Robledo, diagnosticado con *“hemofilia severa, déficit del factor VIII”* se le han brindado las prestaciones médico - asistenciales que ha requerido, de acuerdo con las prescripciones emitidas por los médicos tratantes.

Manifestó que la *“medicación para USO A LIBRE DECISIÓN”* de la madre del menor implica considerar que esta última puede, por sí misma, diagnosticar y, en consecuencia, determinar cuándo hay lugar a suministrar el medicamento, hecho que se encuentra *“exclusivamente reservado al personal médico y de ninguna manera delegable a un cuidador”*⁴¹.

Adicionalmente, precisó que los medicamentos para este tipo de patologías generan un impacto biológico y por ser de alto riesgo es la IPS la encargada de su suministro. Por lo anterior, dijo que *“es responsabilidad del cuidador o de la madre del menor llevarlo para que sea atendido por los servicios de urgencias que la EPS SANITAS pone a su disposición”*⁴².

Finalmente, refirió que la EPS cuenta con un programa de hemofilia con servicio domiciliario denominado *“BIENESTAR EN CASA”*⁴³ a través del cual se suministra el medicamento FACTOR VIII como terapia de soporte, según indicación médica. Sobre el particular, informó que el menor recibe regularmente el medicamento los días miércoles, jueves y domingo.

A partir de lo expuesto, solicitó que se negara el amparo invocado, en tanto, por su parte, había una usencia de vulneración de los derechos fundamentales del niño.

- **Ministerio de Salud y Protección Social**⁴⁴.

Solicitó su desvinculación dentro del trámite de la tutela en tanto el Ministerio de Salud y Protección Social, en ningún caso, es el responsable directo de la

⁴¹ Ver a folio 33 del cuaderno principal.

⁴² *Íbidem*

⁴³ *Íbidem*

⁴⁴ Ver a folios 63-65 del cuaderno principal.

prestación de los servicios de salud. En todo caso señaló que de llegarse a amparar los derechos invocados por la accionante, se le ordene a la EPS SANITAS garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud al menor Francesco Poveda Robledo, ya que los mismos se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud.

- ***Clínica- Fundación Universitaria Santa Fe***⁴⁵.

Señaló que el día 17 de junio de 2017, el menor Francesco Poveda Robledo ingresó al servicio de urgencias por un cuadro clínico de “*dolor en el tobillo derecho asociado a edema y limitación funcional importante con antecedente de hemofilia tipo A severa y múltiples hemartrosis*”⁴⁶ y que por lo tanto, fue atendido por un equipo médico multidisciplinario que le suministró todos los servicios de salud requeridos.

Resaltó que para el momento de la urgencia se ordenó continuar el tratamiento con el medicamento FACTOR VIII, y se prescribió “*tramadol*” para controlar el dolor, una valoración por ortopedia y unas radiografías para descartar lesiones óseas. No obstante señala que el día 18 de junio de 2017 la EPS ordenó el traslado del menor en la Clínica Colombia para que allí se le diera continuidad al tratamiento.

A partir de lo expuesto, solicitó su desvinculación, por no haber vulnerado los derechos fundamentales invocados.

- ***Clínica Colombia***⁴⁷.

Refirió que el día 18 de junio de 2017, el menor recibió toda la atención pertinente para su cuadro clínico de hemofilia tipo A y hemartrosis en tobillo izquierdo, con orden médica de egreso por hematología.

Precisó, que el medicamento FACTOR VIII fue suministrado de acuerdo con lo previsto por los médicos tratantes, por este motivo, solicitó su desvinculación del presente trámite de tutela, al considerar que sus actuaciones se ajustaron a la normatividad legal vigente, sin generar afectación alguna a los derechos fundamentales del niño.

3. Pruebas que obran en el expediente.

- Tarjeta de identidad de Francesco Poveda Robledo donde se demuestra que actualmente tiene 12 años⁴⁸.
- Copia del carné de afiliación del menor a la EPS SANITAS⁴⁹.

⁴⁵ Ver a folios 57- 60 del cuaderno principal.

⁴⁶ Ver a folio 58 del cuaderno principal.

⁴⁷ Ver a folios 35-56 del cuaderno principal.

⁴⁸ Ver a folio 6 del cuaderno principal.

⁴⁹ Ver a folio 7 del cuaderno principal.

- Reporte de los resultados de exámenes de hematología y coagulación a nombre del menor los cuales fueron expedidos el 18 de junio de 2017⁵⁰.
- Exámenes médicos donde se concluyó que hay un aumento en la densidad y grosor de los tejidos blandos del tobillo izquierdo del menor.
- Historia clínica expedida en el servicio de urgencias del Hospital Universitario Santa Fe con fecha del 17 de junio de 2017⁵¹.
- Registro civil de nacimiento del menor⁵².
- Correos electrónicos enviados por la madre del menor a los médicos del programa de hemofilia mediante los cuales solicita en numerosas ocasiones un dosis de urgencia para tener en el domicilio⁵³.
- Queja presentada por la accionante el 21 de junio de 2017 ante la Oficina de Atención al Usuario de la Clínica Colombia⁵⁴.
- Copia de la historia clínica del menor expedida por la Clínica Colombia.
- Copia de varias de las autorizaciones mediante las cuales se realizaba un “*adelanto de medicamento – factor-anti hemofílico*” por parte de la EPS SANITAS a nombre de la señora Rocío del Socorro Robledo Blanco, además de señalar que la misma “*fue enseñada en la Liga de Hemofílicos para la aplicación y suministro del mismo*”⁵⁵.
- Anexos de las conversaciones “*vía whatsapp*” entre la accionante y la enfermera jefe del programa “*BIENESTAR EN CASA*”⁵⁶.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

- **Fallo de primera instancia⁵⁷.**

El Juzgado 44 Penal Municipal de Bogotá conoció en primera instancia de la acción de tutela incoada por la señora Rocío del Socorro Robledo Blanco y mediante sentencia del 7 de julio de 2017 resolvió negar el amparo solicitado, por cuanto consideró que del material probatorio allegado no se podría inferir que la madre accionante, cuidadora del menor Francesco Poveda Robledo, estuviera autorizada y capacitada para preparar y suministrar vía intravenosa el medicamento FACTOR VIII a su hijo. En cambio, sí encontró demostrado que la accionada y su red de entidades prestadoras de servicios de salud han

⁵⁰ Ver a folios, 8, 9,10 del cuaderno principal.

⁵¹ Ver a folios 10, 11, 12,13 del cuaderno principal.

⁵² Ver a folio 52 del cuaderno principal.

⁵³ Ver a folios 14-23 del cuaderno principal.

⁵⁴ Ver a folio 30 del cuaderno principal.

⁵⁵ Ver a folios 160-165 del cuaderno principal.

⁵⁶ Ver a folios 155-160 del cuaderno principal.

⁵⁷ Ver a folios 100-116 del cuaderno principal.

suministrado y aplicado el mismo en la forma debida, a través de atención domiciliaria.

Adicionalmente, señaló que sí bien la Ley 1392 de 2010⁵⁸ reconoce el especial interés de la enfermedades huérfanas ello no significa que *“autorice a los enfermos hemofílicos a preparar y aplicar en casa los medicamentos prescritos por los médicos tratantes”*.

A partir de lo anterior, concluyó que no se verifica vulneración alguna a los derechos invocados por la accionante.

- **Impugnación.**

Encontrándose dentro del término legal previsto para presentar el escrito de impugnación del fallo anteriormente referenciado, la accionante le manifestó al despacho judicial su inconformidad respecto de la decisión adoptada con base en los siguientes argumentos:

Anotó que las consecuencias de no tener de manera oportuna e inmediata el medicamento FACTOR VIII ante una situación de emergencia en pacientes con patología de hemofilia severa puede conllevar a *“traumas, secuelas futuras y lo más grave la pérdida de su vida”*. Por lo tanto, no basta que la accionada aduzca que suministra el medicamento, sino que además, se requiere que la aplicación del mismo se realice oportunamente.

Aclaró la accionante que ella nunca ha solicitado el *“USO A LIBRE DECISIÓN”* de la medicación, toda vez que cuando tenía la posibilidad de tener la misma en su casa debía, previamente, llamar al médico hematólogo de la EPS para que fuera éste quien determinara la dosis de suministro del FACTOR VIII. Por este motivo, hace especial hincapié en que, su solicitud se fundamenta principalmente en *“tener una dosis de urgencia, que como su nombre lo indica, es para un sangrado inesperado que haga el niño, una vez se llame al médico”*⁵⁹.

Señaló que, no es cierto que la EPS SANITAS le esté dando el manejo adecuado al programa de hemofilia. Lo anterior por cuanto (i) la atención al usuario no es de 24 horas y (ii) por cuanto, ante una situación de emergencia, se debe esperar, a veces, hasta 3 y 4 horas para recibir el factor de coagulación, generando con ello, consecuencias graves en la salud del menor, quien la última vez, duro 25 días sin caminar⁶⁰.

A partir de lo expuesto, solicitó que se revoque el fallo objeto de impugnación y que, en consecuencia, se le ordene a la EPS SANITAS otorgar la dosis de

⁵⁸ *“Por medio de la cual se reconocen las enfermedades huérfanas como de especial interés y se adoptan normas tendientes a garantizar la protección social por parte del Estado colombiano a la población que padece de enfermedades huérfanas y sus cuidadores”*.

⁵⁹ Ver a folio 96 del cuaderno principal.

⁶⁰ *Ibidem*.

FACTOR VIII prescrita a su hijo, incluida una dosis de urgencia para que el menor tenga acceso oportuno al mismo.

- **Fallo de segunda instancia.**

El Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de agosto de 2017 resolvió confirmar el fallo recurrido por considerar que la entidad accionada ha venido cumpliendo a cabalidad con la prestación del servicio de salud requerido por el menor Francesco Poveda Robledo para el tratamiento y manejo de su enfermedad. Sobre el particular, precisó, que no obra prueba mediante la cual sea posible inferir que al menor se le han negado los insumos médicos prescritos.

5. Actuación surtida en sede de revisión.

Mediante Auto del 15 de febrero de 2018, la Magistrada Sustanciadora, en cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 de esta Corporación, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO - ORDENAR que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito a Liga Colombiana de Hemofílicos y otras Deficiencias Sanguíneas en la Calle 37 no. 28A-17 barrio La soledad, Bogotá- Colombia, teléfonos 3102364520, 3440055 para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto se pronuncie respecto de los siguientes puntos:

- (i) *¿Sí el tratamiento para la HEMOFILIA A SEVERA puede ser suministrado en el domicilio del paciente?*
- (ii) *De ser así, ¿Sí el suministro del medicamento FACTOR VIII previsto para este tipo de patologías, puede ser llevado a cabo, previa capacitación, por la persona que se encuentre al cuidado del paciente?*
- (iii) *¿Sí para el tratamiento de la HEMOFILIA A SEVERA resulta prudente y eficaz que el paciente cuente con una dosis preventiva y/o de urgencia en su domicilio, de la cual cual puede hacer uso, previo concepto médico, ante una situación de emergencia”.*

5.1. En relación con la solicitud enviada, el Dr. Sergio Robledo Riaga, Director Científico y Presidente de la Liga Colombiana de Hemofílicos, le informó al Despacho lo siguiente:

Respecto del primer punto precisó, en términos generales, que de acuerdo con la *“Guía de manejo integral para el tratamiento de la hemofilia”*⁶¹, recientemente actualizada por la Federación Mundial de Hemofilia, *“en los*

⁶¹ *“Guía de manejo integral para el tratamiento de la hemofilia”* 2ª Edición, 2015 - Federación Mundial de Hemofilia, Capítulo 1.7, Página 14.

casos que resulte apropiado y sea posible el tratamiento de las personas con hemofilia debe tener lugar en la casa". Sobre el segundo interrogante, señaló que el tratamiento en casa debe llevarse a cabo bajo la estricta supervisión del equipo de atención integral y podrá comenzar a aplicarse únicamente después de instruir y capacitar a los interesados, en el caso de los menores, le corresponde dicha capacitación a sus familiares. Para finalizar, informó que **"definitivamente"** el hecho de contar con una dosis de emergencia en el domicilio del paciente hemofílico resulta ser muy prudente y eficaz no solo para efectos de controlar una situación de urgencia, sino también para garantizarle al paciente una mejor calidad de vida, permitiéndole así tener un desarrollo normal de sus actividades cotidianas⁶².

La información recibida por parte de la Liga Colombiana de Hemofílicos será ampliada en el acápite correspondiente a la solución del caso concreto.

5.2. La EPS SANITAS, mediante escrito de 5 de marzo de 2018 se pronunció respecto de la información allegada por la Entidad requerida. Al respecto, reiteró que ha prestado los servicios al menor de conformidad con las políticas propias del programa de hemofilia, razón por la cual el menor ya hace parte del servicio domiciliario de *"bienestar en casa"*. Adicionalmente, recordó que el uso indiscriminado del FACTOR VIII complica el tratamiento y pronóstico de los pacientes que padecen hemofilia.

5.3. Mediante escrito del 5 de marzo de 2018, la accionante presentó unas aclaraciones respecto de los beneficios que supone el hecho de contar con una dosis de emergencia en el domicilio del paciente hemofílico. Sobre este aspecto, la Liga Colombiana de Hemofílicos también presentó una ampliación de la información inicialmente suministrada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia y procedencia

1.1. Competencia

De conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y en virtud de la selección y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de esta Corporación, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional⁶³ es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

1.2. Procedencia

1.2.1. Sobre la legitimación de la acción.

⁶² Ver a folios 40- 44 y 62-64 del cuaderno de revisión.

⁶³ La Sala Séptima de Revisión de Tutelas conformada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁶⁴, cualquier persona es titular de la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o excepcionalmente, por un particular.

Respecto de lo anterior, esta Corporación, mediante Sentencia SU -377 de 2014, se ocupó de establecer algunas reglas en relación con la legitimación por activa, para lo cual precisó, en términos generales, que (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar *“por sí misma o por quien actúe a su nombre”*; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal.⁶⁵

En complemento de lo anterior, la Corte, en reiterada jurisprudencia, se ha referido a las hipótesis bajo las cuales se puede instaurar la acción de tutela, a saber:

“(a) ejercicio directo, cuando quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (b) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (c) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; y finalmente, (d) por medio de agente oficioso⁶⁶”.

1.2.1.1. Ahora bien, cuando la acción de tutela se interpone en nombre de un menor, la Corte Constitucional ha considerado que cualquier persona está legitimada *“para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño”*⁶⁷.

⁶⁴ Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 *“la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...) 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.”* (Negrilla fuera del texto original).

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencias T – 557 de 2016, T-083 de 2016, T-291 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁶⁶ Ver sentencias Sentencias T-308 de 2011 (M.P.Humberto Sierra Porto), T- 482 de 2013 (M.P.Alberto Rojas Ríos), T-841 de 2011 (M.P.Luis Ernesto Vargas Silva)- Reiteración de jurisprudencia.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencias T- 408 de 1995 (M.P.Eduardo Cifuentes Muñoz), T- 482 de 2003 (M.P.Alberto Rojas Ríos), T- 312 de 2009 (Luis Ernesto Vargas Silva), T -020 de 2016 (M.P., (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub),entre otras.

En consideración de lo anterior, la Sala encuentra que en los casos objeto de revisión, las señoras Ángela Mercedes Martínez Maury (expediente T-6486644) y Rocío del Socorro Robledo Blanco (expediente T-6416011) actúan en defensa de los derechos fundamentales de sus hijos, por tanto, están facultadas para invocar la protección de los mismos, ante la presunta vulneración en la que incurrieron las EPS CAJACOPI y SANITAS.

1.2.1.2. En lo que corresponde al expediente T- 6472202, el señor Héctor Hugo García Ríos manifestó en el curso del presente trámite de tutela que, en su calidad de veedor en salud del municipio de Zipaquirá (Cundinamarca), actúa como agente oficioso de Carlos Andrés Uribe Moncada de 17 años, quien padece de una parálisis cerebral, situación que le impide interponer la acción de tutela en nombre propio. Lo anterior, se complementa con el hecho de que, la madre del joven Uribe Moncada, la señora Consuelo Moncada Gil, allegó ante el juez de única instancia un escrito mediante el cual manifestó su deseo de que su hijo fuera representado por el señor Héctor Hugo García Ríos dentro de la acción de tutela.

Sobre la posibilidad de interponer la acción de tutela mediante agente oficioso, la Corte ha establecido algunos requisitos para determinar si el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa. Tales requisitos son:

“que el agente manifieste actuar en esa calidad y, por otro lado, que el titular de los derechos presuntamente conculcados no esté en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. Dicha manifestación, en todo caso, puede ser explícita o inferida de la demanda de tutela, lo que quiere decir que la exigencia se cumple bien sea porque el agente afirme desempeñarse en cuanto tal o porque los hechos puestos de presente o las pruebas revelen que es a través de ese mecanismo que se quiso dirigir la acción. Y, de otra parte, la imposibilidad del titular de los derechos supuestamente lesionados puede ser físico, mental o derivado de circunstancias socioeconómicas, tales como el aislamiento geográfico, la situación de especial marginación o las circunstancias de indefensión en que se encuentre el representado, de ahí que la verificación de que el agenciado no le era razonablemente posible reclamar la protección de sus derechos dependa siempre de la apreciación de los elementos del caso”⁶⁸

A partir de lo expuesto, y tomando en consideración la patología que padece Carlos Andrés Uribe Moncada, para la Sala es evidente que este último, no se encuentra en condiciones de invocar de manera autónoma la protección de sus derechos fundamentales, y que por lo tanto, el señor Héctor Hugo García Ríos, actuando en atención del escrito que allegó la madre del joven y, en su calidad de Veedor en salud del municipio de Zipaquirá (Cundinamarca), se encuentra

⁶⁸ Corte Constitucional Ver Sentencias T-926 de 2011 y T-096 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

legitimado para representar los intereses del mismo dentro de esta acción constitucional, teniendo en cuenta, además, que la representante legal del menor ratificó su interés de ser agenciado por él.

Así las cosas, la Sala encuentra que el presupuesto de procedencia relacionado con la legitimación en la causa por activa, en los tres casos objeto de estudio, se encuentra superado.

1.2.1.3. En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva de las acciones de tutela que se revisan, la Sala verifica que se cumple este requisito por cuanto las entidades accionadas son las encargadas de la prestación del servicio público de salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991⁶⁹.

1.2.2 La inmediatez.

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno, ello en procura del principio de seguridad jurídica y la preservación de la naturaleza propia de la acción de amparo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, esto no debe entenderse como una facultad para presentar la misma en cualquier tiempo. Lo anterior,

por cuanto a la luz del artículo 86 Superior el amparo constitucional tiene por objeto la protección *inmediata* de los derechos invocados⁷⁰.

1.2.2.1. En relación con los casos sometidos a estudio, la Sala pudo establecer que, en lo que se corresponde al expediente T-6486644 el hecho generador de la presunta vulneración de los derechos fundamentales del menor tuvo lugar el día en el que la entidad accionada le notificó a su madre, la decisión de no llevar a cabo la “*cirugía de cráneo*”, es decir, de acuerdo con lo señalado por la accionante, el 18 de mayo de 2017. De allí, que en el mes de junio de 2017 la señora Ángela Mercedes Martínez Maury acudió al amparo constitucional para invocar de manera oportuna la protección de los derechos fundamentales de su menor hijo, razón por la cual se puede concluir que el tiempo transcurrido no desconoce el presupuesto de la inmediatez.

1.2.2.2. En cuanto a los expedientes T- 6472202 y T 6416011 este Despacho pudo observar que los menores se encuentran a la espera de que las entidades demandadas autoricen los servicios, insumos y tecnologías en salud solicitados, lo cuales, a juicio de los accionantes, son necesarios e imprescindibles para el tratamiento de las patologías que padecen Carlos

⁶⁹“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

⁷⁰ Sobre la materia revisar la sentencia SU- 391 de 2016, (M.P Alejandro Linares Cantillo).

Andrés Uribe Moncada y Francesco Poveda Robledo. Con todo esto, la Sala advierte que la presunta vulneración a sus derechos fundamentales permanece en el tiempo, manteniéndose con ello, una situación de vulnerabilidad continua y actual que hace imperativa la intervención del juez de tutela de manera urgente e inmediata.

Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que *“la acción de tutela tiene como objetivo la protección cierta y efectiva de derechos fundamentales que se encuentran amenazados, bien por acción o bien, por omisión de autoridad pública o particular cuando a ello hay lugar. Ese objetivo, no se agota con el simple paso del tiempo, sino que continua vigente mientras el bien o interés que se pretende tutelar pueda seguir siendo tutelado para evitar que se consume un daño antijurídico de forma irreparable”*⁷¹.

En consecuencia, la Sala encuentra igualmente superado el requisito de inmediatez respecto de estos dos últimos casos, en tanto encontró que los accionantes, acudieron de manera oportuna ante el juez constitucional para reclamar la protección de los derechos fundamentales de sus representados y/o agenciados, los cuales, se han visto, aparentemente, conculcados por parte de las entidades tuteladas que se han negado a autorizar el suministro de medicamentos, servicios e insumos en salud que se requieren para tratar las enfermedades que sufren los menores antes mencionados.

1.2.3 La subsidiariedad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o existiéndolo, éste no resulte lo suficientemente idóneo y eficaz para la defensa del derecho invocado, circunstancia en la cual, se habilita el uso del amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁷².

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido en reiteradas oportunidades el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud⁷³, por lo que se ha habilitado su protección directa por vía de acción de tutela en el evento en que se considere vulnerado o amenazado.

Del mismo modo, la Corte en numerosas ocasiones ha precisado que la procedencia de la tutela se hace mucho más evidente cuando se advierte la posible vulneración de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta en razón de su edad, su condición económica, física o mental⁷⁴. Motivo por el cual, esta

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia T-590 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁷² Artículo 86 de la Constitución Política.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁷⁴ Corte Constitucional, sobre la protección especial a los niños, las sentencias T-550 de 2001 y T-864 de 2000, (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), T-510 de 2003 y T-397 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-943 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-265 de marzo 17 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, principios reiterados en las sentencias T-765 de octubre 10 de 2011 y T-681

Corporación le atribuye, la calidad de sujetos de especial protección constitucional a los menores de edad, las mujeres embarazadas, los adultos mayores, las personas con disminuciones físicas y psíquicas y las personas en situación de desplazamiento.

Mediante sentencia T-495 de 2010 la Corte señaló que también son sujetos de especial protección constitucional todos aquellos que por:

“(...) su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población”, por lo que “la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados”⁷⁵.

1.2.3.1. Respecto de la subsidiariedad, algunas Salas de Revisión de esta Corporación han considerado que , teniendo en cuenta que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el accionante deberá acudir primero ante la Superintendencia Nacional de Salud para que ,de manera definitiva, se garantice, si fuere el caso, el suministro de los procedimientos, medicamentos e insumos no incluidos en el plan de beneficios (antes POS) que fueron solicitados⁷⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, tomando en consideración que en los casos ahora sometidos a revisión están de por medio los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, tanto por su edad como por la situación de discapacidad o enfermedad en la que se encuentran, la Sala advierte que el procedimiento establecido en las leyes 1122 de 2007⁷⁷ y 1438 de 2011⁷⁸, que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver controversias entre las EPS y sus afiliados, carece de la reglamentación suficiente a la luz de la nueva Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 y por lo tanto, no puede considerarse un mecanismo de defensa judicial que resulte idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes.

Sobre este aspecto, la Corte ha insistido en que la valoración de las particularidades del caso concreto, sigue siendo indispensable para determinar sí el mecanismo previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud es

de agosto 27 de 2012, ambas M. P. Nilson Pinilla Pinilla. , T-586 de 2014 ,M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T- 557 de 2017, M.P Alberto Rojas Ríos.

⁷⁵ Corte Constitucional,, T- 736 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁷⁶ Corte Constitucional, ver entre otras, las Sentencias T-603 de 2015, T-098 y T-400 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-450 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁷⁷ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

⁷⁸ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

idóneo y eficaz, máxime si nos encontramos ante sujetos de especial protección constitucional, escenario en el cual, se debe proponer porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita⁷⁹.

Así las cosas, en lo concerniente a menores de edad en situación de discapacidad, el derecho a la salud cobra mayor relevancia, toda vez que se trata de sujetos que, por su temprana edad y situación de indefensión, requieren de especial protección. Por esta razón, la Corte ha concluido que el análisis de procedencia del amparo debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

1.2.3.2. Adicionalmente, a través de la sentencia T-592 de 2016, esta Corporación afirmó que “(...) *resulta desproporcionado enviar las diligencias y actuaciones que se han realizado por vía de tutela a dicha Superintendencia, cuando se evidencien circunstancias en las cuales esté en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, pues la eventual demora que implica reiniciar un trámite, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría conducir al desamparo de los derechos o a la irreparabilidad in natura de sus consecuencias, en especial cuando se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión*”.⁸⁰

1.2.3.3. En este orden de ideas, la Sala encuentra configurado el requisito de subsidiariedad, y reconoce que la acción de tutela procede, en los casos objeto de revisión, como mecanismo autónomo y definitivo para proteger los derechos fundamentales invocados. Lo anterior, por cuanto el trámite ante la Superintendencia de Salud no sería del todo idóneo y eficaz, respecto a la necesidad prioritaria de garantizar el derecho a la salud de sujetos especial protección constitucional, los cuales han sido aparentemente vulnerados por las entidades accionadas.

Una vez superado el análisis de los presupuestos formales para la procedencia de las acciones de tutela que se revisan, la Sala continuará por presentar las consideraciones a las que haya lugar para efectos de resolver cada caso concreto.

2. Problemas jurídicos a resolver

De conformidad con las circunstancias fácticas que fueron expuestas y de acuerdo con las decisiones adoptadas por los jueces de las instancias, en el marco de las acciones de tutela objeto de análisis, le corresponde a la Sala Séptima de Revisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-447 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa).

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencias T-862 de 2013, T-316A de 2013, T-678 de 2014 y T-450 de 2016

2.1. ¿Vulnera la EPS CAJACOPI los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de un menor que padece de hidrocefalia, al no realizarle, aun cuando estaba autorizado, el procedimiento quirúrgico de “*reducción de cráneo*” ordenado por su médico tratante, con fundamento en su elevado costo? (**Expediente T 6.486.644**).

2.2. ¿Vulnera la EPS FAMISANAR los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana de un menor que padece de parálisis cerebral espástica, al negarse a autorizarle el servicio de una enfermera diurna así como también el suministro de pañitos húmedos, una silla de ruedas y el cubrimiento de los gastos de transporte para que su madre pueda llevarlo a sus consultas médicas? (**Expediente T 6.472.202**).

2.3. ¿Vulnera la EPS SANITAS los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de un niño que padece hemofilia tipo A severa, al suspender el suministro directo a su madre de las dosis de profilaxis, incluida una dosis de urgencia del medicamento FACTOR VIII que requiere el menor tanto para tratar su enfermedad? (**Expediente T-6.416.011**)

Para resolver los problemas jurídicos anteriormente planteados, la Sala abordará, desde la jurisprudencia de esta Corporación, los siguientes ejes temáticos: (i) El derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. (ii) Procedencia de la acción de tutela para reclamar protección especial de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de discapacidad o enfermedad. (iii) Los principios de integralidad y continuidad en materia de seguridad social en salud. (iv) El derecho al diagnóstico médico como elemento integral del derecho fundamental a la salud. (v) La procedencia de la acción de tutela para acceder al suministro de insumos, servicios y tecnologías expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud. (vi) El cubrimiento de los gastos de transporte por parte de las Entidades Prestadoras de Salud. (vii) El suministro domiciliario del servicio de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud, para finalmente, (viii) resolver los casos concretos.

3. Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que “*la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”.

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración

Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación⁸¹ y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015⁸² le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el “(...) *trato a la persona conforme con su humana condición*(...)”⁸³.

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015⁸⁴ fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que “*la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano*”. Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “*pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente*”⁸⁵.

⁸¹ Mediante sentencia T-760 de 2008, la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es autónomo “*en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna*”. Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

⁸² El artículo 1 de la ley en cita establece que: “*La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección*”. Por su parte, el artículo 2 dispone: “*El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.*”

⁸³ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁴ “*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*”.

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

4. Procedencia de la acción de tutela para reclamar protección especial de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de discapacidad o enfermedad. Reiteración de jurisprudencia.

Como ya se dijo, el orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela. Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política⁸⁶, en el cual se establecen como derechos fundamentales de los niños *“la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”*, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de *“asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”*.

En lo que corresponde específicamente a las personas en situación de discapacidad o enfermedad, el artículo 13 Superior le ordena al Estado la protección especial de aquellas personas que por sus condiciones físicas o mentales se hallan en condiciones de debilidad manifiesta⁸⁷. Por su parte, el artículo 47 del mismo Texto Constitucional le impone al Estado el deber de adelantar *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*.

A partir de la lectura de los referidos mandatos constitucionales, este Tribunal ha considerado que el propósito del constituyente en esta materia estuvo orientado a implementar y fortalecer la recuperación y la protección especial de quienes padecen de algún tipo de patología que produce una disminución *física, sensorial o psíquica*, incentivando así, el ejercicio real y efectivo de la igualdad⁸⁸.

4.1. Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño⁸⁹ reitera expresamente el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su salud. De esta manera, prevé

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-397 de 2004; T-943 de 2004; T-510 de 2003; T-864 de 2002; T-550 de 2001; T-765 de 2011 y T-610 de 2013

⁸⁷ Artículo 13 de la Constitución Política *“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”*

⁸⁸ Corte Constitucional, T – 086 de 2016 (M.P Alberto Rojas Ríos).

⁸⁹ Adoptada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

que “ *Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud*”⁹⁰. Del mismo modo, el artículo 3.1 de dicha Convención se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en “*todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*”

Bajo la misma línea, el literal f) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 establece que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para las niñas, niños y adolescentes. Estas medidas deben encontrarse formuladas por ciclos vitales: *prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años*. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica.

Esta disposición normativa reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes en los siguientes términos:

“Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes [...] y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”. (Negrilla fuera del texto original).

A propósito de lo último, esta Corporación⁹¹ ha precisado que el derecho a la salud implica, no solo su reconocimiento sino la prestación continua, permanente, y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación en salud. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud deben “*procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así*

⁹⁰ Artículo 24 de la Ley 12 de 1991.

⁹¹ Corte Constitucional sentencias T-335 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-672 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-837 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-765 de 2008 (M.P. Jaime Araújo Rentería), entre otras

*como (...) el suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados.*⁹²

4.2. Ahora bien, tratándose de la prestación del servicio de salud requerido por menores de edad o personas en situación de discapacidad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de manera dúctil, en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de este tipo de sujetos⁹³.

Esta Corporación ha sostenido que cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: *“En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud”*⁹⁴. (Subrayado fuera del texto original)

4.3. En atención a lo expuesto, la acción de tutela resulta procedente cuando se trate de solicitudes de amparo relacionadas o que involucren los derechos de los niños, niñas o adolescentes, más aún si estos padecen alguna enfermedad o afección grave que les genere algún tipo de discapacidad. Lo anterior, por cuanto se evidencia la palmaria debilidad en que se encuentran dichos sujetos y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita del acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares.

5. Los principios de integralidad y continuidad en materia de seguridad social en salud. Reiteración jurisprudencial

5.1. De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como *“la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”*.

Dicho criterio fue posteriormente reiterado en la Ley 1122 de 2007⁹⁵ y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud, la cual en su artículo 8º dispuso que:

“los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con

⁹² Corte Constitucional Sentencia T- 158 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-121 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-447 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa).

⁹⁵ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

En atención a la normativa en la materia, las personas afiliadas al régimen de seguridad social en salud tienen derecho a recibir los servicios de promoción y fomento de la salud, y de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, lo que significa que las empresas promotoras de salud están obligadas a prestar la atención a sus afiliados y a los beneficiarios de estos últimos, respetando en todo caso dicho principio de integralidad.

5.2. Por su parte, la propia jurisprudencia ha señalado que el principio de integralidad supone que el servicio suministrado debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida. En ese sentido, este Tribunal ha sido enfático al señalar que: *“en virtud del principio de integralidad en materia de salud, la atención y el tratamiento a que tiene derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos por la ley”*.⁹⁶

Del mismo modo, este Tribunal ha sostenido que el médico tratante debe determinar cuáles son las prestaciones que requiere el paciente, de acuerdo con su patología. De no ser así, le corresponde al juez constitucional determinar, bajo qué criterios se logra la materialización de las garantías propias del derecho a la salud. En tal sentido, la Corte mediante sentencia T-406 de 2015 sostuvo:

“Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-133 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) , T- 406 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

Aparte de lo expuesto este Tribunal también se ha referido a algunos criterios determinadores en relación al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. En tal sentido ha señalado que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.”⁹⁷ (Subrayado fuera del texto original)

A partir de la jurisprudencia antes reseñada, el principio de integralidad se constituye como una garantía fundamental para que las personas que se encuentran disminuidas en su salud, reciban una atención oportuna, eficiente y de calidad.

5.3. Ahora bien, en cuanto al principio de continuidad la Ley 1122 de 2007 y posteriormente la Ley 1751 de 2015 establecieron que *“las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”*.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha entendido este principio, en términos generales, como la ejecución de los procedimientos de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea aceptable su suspensión sin una justificación constitucional pertinente⁹⁸. En palabras de la Corte:

“Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los

⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-365 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T- 091 de 2011(M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁹⁸ Corte Constitucional, ver sentencias - reiteración de jurisprudencia, T-296 de 2016, T-331 de 2015, T-940 de 2014, T-904 de 2014, T-691 de 2014, T-875 de 2013, T-804 de 2013, T-133 de 2013, T-1083 de 2007, T-662 de 2007, T-842 de 2005, T-802 de 2005., T – 405 de 2017, entre otras.

usuarios.” Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud.”

A propósito de esto último, la Corte en sentencia T-234 de 2014 manifestó que una de las características de todo servicio público es la continuidad en la prestación eficiente del mismo, aspecto que en materia de salud implica su oferta ininterrumpida, constante y permanente dada la necesidad y la trascendencia que tiene para los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Lo anterior significa que, una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de tal forma que aquel no sea suspendido o retardado durante la recuperación o estabilización de paciente.

Bajo esta línea, este Tribunal ha reiterado los criterios que deben tener en cuenta las EPS, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio que ofrecen a sus usuarios, específicamente sobre tratamientos médicos ya iniciados, bajo el entendido de que:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”

En suma, el acceso al servicio de salud de conformidad con la ley y la jurisprudencia de la Corte debe darse en términos de continuidad, lo que implica que las entidades prestadoras de salud no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de tratamiento, impidiendo con ello la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes⁹⁹.

De este modo, la ley y la jurisprudencia de esta Corporación reconocen la importancia en la garantía de los principios de integralidad y continuidad en el acceso al servicio de salud, máxime si se está en presencia de sujetos vulnerables y de especial protección constitucional.

6. El derecho al diagnóstico médico como elemento integral del derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencias T-124 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T- 673 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

La posibilidad de que un paciente cuente con una valoración médica integral, a partir de la cual, el profesional en la salud determine los servicios, insumos y procedimientos necesarios para el tratamiento de su patología, constituye un elemento esencial en la protección de derecho a la salud. Así lo consideró la Corte mediante sentencia T-760 de 2008 en la cual se precisó que *“en la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud”*¹⁰⁰.

Sobre el particular, los literales a), c) y d) del artículo 10° de la Ley 1751 de 2015 se refieren al diagnóstico médico al señalar que, todo paciente tiene derecho a obtener una atención en salud integral, oportuna y de alta calidad; a mantener una comunicación plena, permanente y expresa y clara con el profesional de la salud tratante, y a su vez, a obtener información clara, apropiada y suficiente sobre el tratamiento y los procedimientos a seguir ante determinada patología. En palabras de la Corte, el derecho al diagnóstico debe entenderse como *“una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere”*¹⁰¹.

En relación con este derecho, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el diagnóstico efectivo se encuentra compuesto por tres etapas a saber: *identificación, valoración y prescripción*. La etapa de *identificación* comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una *valoración* oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso, quienes, *prescribirán* los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente¹⁰².

Bajo este contexto, el diagnóstico ha sido entendido por la Ley y por la propia jurisprudencia no solo como un instrumento científico que permite la materialización de una atención integral en salud, sino también como un derecho del paciente a que el profesional médico evalúe su situación y determine cuáles son los servicios, procedimientos, insumos y/o tecnologías que requiere para preservar o recuperar su salud. Con base en lo anterior, la Corte mediante sentencia T- 1325 de 2001 consideró que *“(…) los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular”*.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia T- 100 de 2016 (M.P. María Victoria Calle)

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2016, T-725 de 2007, T-717 de 2009, T-047 de 2010, T-050 de 2010 y T-020 de 2013 entre otras.

No obstante, este Tribunal ha considerado que, ante la existencia de un hecho notorio, a partir del cual se pueda inferir la necesidad del paciente en el acceso a un servicio, insumo y/o tecnología, el juez de tutela podrá ordenar la prestación de la atención que resulte necesaria para efectos, no solo de preservar y recuperar su salud, sino también, para garantizarle las mejores condiciones de existencia.

De no verificarse un “*hecho notorio*” por parte del juez constitucional, le corresponde a la entidad prestadora del servicio de salud, a través de sus profesionales, determinar con base en un diagnóstico, las necesidades del paciente¹⁰³, de lo contrario, estaría invadiendo el ámbito de competencia de la *lex artis* que rige el ejercicio de la medicina.

En conclusión, el diagnóstico es un elemento esencial del derecho a la salud, por cuanto es indispensable para determinar cuáles son los servicios y tratamientos que, de cara a la situación particular de cada paciente, son los más idóneos y efectivos para lograr su recuperación o para proporcionarle unas condiciones de vida más digna.

7. La procedencia de la acción de tutela para acceder al suministro de insumos, servicios y tecnologías expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud.

7.1. Como bien se anotó, la Ley 1751 de 2015 desarrolló los principios de continuidad e integralidad que habían sido inicialmente reconocidos por la Ley 100 de 1993 para la prestación del servicio de salud en el territorio nacional. Sin embargo, la referida ley estableció en su artículo 15 criterios de exclusión, que restringen la financiación de algunos servicios y tecnologías con recursos públicos.

De acuerdo con los parámetros previstos en el mencionado artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social diseñó el nuevo Plan de Beneficios en Salud¹⁰⁴ PBS – anteriormente conocido como Plan Obligatorio de Salud (POS) – y mediante las Resoluciones 5269 y 5267 del 22 de diciembre de 2017 definió expresamente los servicios y tecnologías excluidos y no excluidos del mismo.

En lo que corresponde a las exclusiones contempladas en las precitadas resoluciones, es preciso señalar que las mismas, no son de ninguna manera absolutas, en efecto, la jurisprudencia de la Corte, mediante sentencia C -313

¹⁰³ Corte Constitucional, sentencias T – 056 de 2015 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), T-208 de 2017 (M.P. José Antonio Lizarazó Ocampo.), T – 178 de 2017 (M.P. José Antonio Lizarazó Ocampo.),)

¹⁰⁴ El Plan de Beneficios en Salud es el esquema de aseguramiento que define los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del sistema de salud para la prevención, paliación y atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas. Es actualizado anualmente con base en el principio de integralidad y su financiación se hace con recursos girados a cada Empresa Promotora de Salud (EPS) de los fondos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por cada persona afiliada; los montos varían según la edad y son denominados Unidad de Pago por Capitación (UPC).

de 2014 (mediante la cual se realizó la revisión previa de constitucionalidad del proyecto de ley Estatutaria de Salud) se refirió categóricamente a la posibilidad de inaplicar las disposiciones normativas que regulan la materia. Sobre este punto, precisó que cuando se trate de aquellos elementos excluidos del plan de beneficios, deben verificarse los criterios que han orientado a esta Corporación para resolver su aplicabilidad o inaplicabilidad. En palabras de la Corte:

“(...) el juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de dichos derechos (Art. 2º C.P.), está en la obligación de inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o fármaco correspondiente, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.¹⁰⁵”(Sobre estos criterios se empezó a hablar en la sentencia SU- 480 de 1997, seguidamente, mediante sentencia T- 237 de 2003 se fueron desarrollando de manera autónoma, para posteriormente seguir siendo utilizados por la Jurisprudencia de esta Corporación en materia de acceso a, medicamentos, servicios e insumos en salud)

En este sentido, mediante el precitado fallo de constitucionalidad, este Tribunal matizó las exclusiones previstas dentro del nuevo Plan de Beneficios en Salud, en tanto le atribuyó al juez constitucional la facultad de aplicar o inaplicar, en razón de los criterios desarrollados por la jurisprudencia, las normas que proscriben el suministro de determinado servicio o tecnología.

¹⁰⁵ Desde la sentencia SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se fueron decantando tales criterios y particularmente en la sentencia T-237 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño,

7.2. Adicionalmente, sobre el Plan de Beneficios en Salud cabe advertir que una de las resoluciones que se ocupó reglamentar el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el PBS reconoció algunos *servicios o tecnologías complementarias* que si bien no pertenecen propiamente al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo de este derecho, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad¹⁰⁶.

En consecuencia, el legislador estableció un procedimiento específico para su suministro. A saber:

“(...) Prescripciones de servicios o tecnologías complementarias. Cuando el profesional de la salud prescriba alguno de los servicios o tecnologías complementarias, deberá consultar en cada caso particular, la pertinencia de su utilización a la Junta de Profesionales de la Salud que se constituya de conformidad con lo establecido en el siguiente capítulo y atendiendo las reglas que se señalan a continuación: 1. La prescripción que realice el profesional de la salud de estos servicios o tecnologías, se hará únicamente a través del aplicativo de que trata este acto administrativo. 2. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud — IPS, una vez cuenten con el concepto de la Junta de Profesionales de la Salud, deberán registrar la decisión en dicho aplicativo, en el módulo dispuesto para tal fin. 3. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud — IPS que cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, la solicitud de concepto se realizará al interior de la misma. 4. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud — IPS que no cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, o por un profesional habilitado como prestador de servicios independiente, deberá dar aplicación a lo dispuesto en la presente resolución y la entidad encargada del afiliado solicitará el concepto de una Junta de Profesionales de la Salud de su red de prestadores.”¹⁰⁷

En suma, aquellos servicios y tecnologías complementarias podrán ser suministrados a los afiliados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y/ o las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), a través de la plataforma virtual denominada “MIPRES”¹⁰⁸ y estas a su vez, podrán realizar

¹⁰⁶ Ministerio de Protección Social. Resolución 3951 de 2016. Artículo 3, numeral 8

¹⁰⁷ Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016 “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios de Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

¹⁰⁸ Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016. “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de

el recobro correspondiente de manera posterior a la prestación del servicio¹⁰⁹. Esto último, en atención a si se encuentra en el régimen contributivo, donde el recobro se realizará directamente ante la EPS o ante la Entidad territorial a la que haya lugar, en el caso del régimen subsidiado¹¹⁰.

7.3. Ahora bien, en lo que se refiere específicamente a algunos elementos de “aseo”, como es el caso de los pañitos húmedos, y ciertas ayudas técnicas, como ocurre particularmente con las sillas de ruedas, estos insumos se encuentran expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

En el primer caso, es decir, frente a los pañitos húmedos, la exclusión se encuentra prevista en numeral 42¹¹¹ del anexo técnico que se refiere al “*Listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la Salud*”, contenido en la Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017¹¹².

Así mismo, tratándose de las sillas de ruedas, su exclusión se prevé en el párrafo 2° del artículo 59 de la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 “*Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)*”, el cual señala expresamente que “*no se financian con recursos de la UPC sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos*”. (Subrayado fuera del texto original).

7.4. Sin perjuicio de lo expuesto, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido que, aun cuando los pañales, los pañitos húmedos y las cremas antipañalitis están excluidos del Plan de Beneficios en Salud, como quiera que no se orientan a prevenir o remediar una enfermedad, los mismos permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia¹¹³, razón por la cual es posible obtener su suministro por vía de la acción de tutela. En esa misma línea, la Corte ha considerado que es posible la entrega de ayudas técnicas como las sillas de ruedas, pues:

Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”. Artículo 5. Reporte de la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC será realizada por el profesional de la salud, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS-EOC, a través del aplicativo que para tal efecto disponga este Ministerios, el cual operará mediante la plataforma tecnológica del Sistema Integral de Información de la Protección Social – SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica. (...).

¹⁰⁹ Ministerio de salud y Protección Social. Resolución 3951 de 2016. “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

¹¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T- 558 de 2017 (M.P. Iván Humberto Escurecería Mayolo)

¹¹¹ “*toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo*”. Respecto a insumos de aseo la Corte Constitucional ha catalogado los pañales desechables como elementos integrantes de este concepto. Corte Constitucional, sentencias T-594 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas), T-216 de 2014 (M.P. María Victoria Calle) y T-025 de 2014 (M.P. Manuel José Cepeda).

¹¹² “*Por la cual se adopta el listado servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud*”.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencias T-056 de 2015 (MP. Martha Victoria SÁCHICA Méndez) y T-096 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-120 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-552 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), entre otras.

” (...) es apenas obvio que un paciente que presenta una enfermedad por la cual no es posible ponerse de pie o que aun permitiéndole tal acción le genera un gran dolor, o incluso que la misma le implique un esfuerzo excesivo, requiere de un instrumento tecnológico que le permita moverse de manera autónoma en el mayor grado posible. En estos casos, una silla de ruedas a menos que se logre demostrar que existe otro instrumento que garantice una mejor calidad de vida a la persona”¹¹⁴.

7.5. Así las cosas, es preciso decir que en el marco del amparo constitucional las exclusiones previstas en el Plan de Beneficios en Salud no son una barrera inquebrantable, pues le corresponde al juez de tutela verificar, a partir de las particularidades del caso concreto, cuándo se reúnen los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia para aplicar o inaplicar una exclusión o cuándo, ante la existencia de un hecho notorio, surge la imperiosa necesidad de proteger el derecho a la salud y a la vida digna de quién está solicitando la prestación del servicio, insumo o procedimiento excluido¹¹⁵.

8. El cubrimiento de los gastos de transporte por parte de las Entidades Prestadoras de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

Si bien es cierto el servicio de transporte no tiene la naturaleza de prestación médica, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal han considerado que en determinadas ocasiones dicha prestación guarda una estrecha relación con las garantías propias del derecho fundamental a la salud, razón por la cual surge la necesidad de disponer su prestación.

8.1. En desarrollo del anterior planteamiento, la Resolución 5269 de 2017, “*Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)*” establece, en su artículo 120, que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre en ambulancia básica o medicalizada cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio. Así mismo, el artículo 121 de la misma Resolución se refiere al transporte ambulatorio del paciente a través de un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención descrita en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado.¹¹⁶

¹¹⁴ Corte Constitucional T – 260 de 2017 (, M.P. Alberto Rojas Ríos).

¹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T- 597 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T – 178 de 2017 (M.P. Antonio José Lizarazu Ocampo).

¹¹⁶ Resolución 5269 de 2017, ART. 120. —**Transporte o traslados de pacientes.** El plan de beneficios en salud con cargo a la UPC financia el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos 1. Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio pre hospitalario y de apoyo terapéutico en ambulancias 2. Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

Sobre el particular, la Corte ha sostenido que en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución y, tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, le corresponde a la EPS cubrir el servicio. Ello, en procura de evitar los posibles perjuicios que se pueden llegar a generar como consecuencia de un obstáculo en el acceso al derecho fundamental a la salud.

Respecto de este tipo de situaciones, la jurisprudencia constitucional ha condicionado la obligación de transporte por parte de la EPS, al cumplimiento de los siguientes requisitos:

*“que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”*¹¹⁷(resaltado fuera del texto original).

8.2. Por otro lado, en lo que se refiere igualmente al tema del transporte, se pueden presentar casos en los que dada la gravedad de la patología del paciente o su edad avanzada surge la necesidad de que alguien lo acompañe a recibir el servicio. Para estos casos, la Corte ha encontrado que *“si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas” (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante*¹¹⁸.

En conclusión, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el PBS, existen otras circunstancias en que, a pesar de encontrarse excluidos, el traslado se torna de

Igualmente para estos casos está financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contra referencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente. Asimismo, se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

ART. 121. —**Transporte del paciente ambulatorio.** El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención descrita en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica. AR.—Las EPS o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial.

¹¹⁷ Corte Constitucional sentencia T-154 de 2014 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez)

¹¹⁸ Corte Constitucional sentencia T-154 de 2014 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez), T- 062 de 2017 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

vital importancia para poder garantizar la salud de la persona. Por este motivo la Corte ha considerado que el juez de tutela debe analizar la situación en concreto y determinar si a partir de la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, se le debe imponer a la EPS la obligación de cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de eliminar las barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud¹¹⁹.

9. El suministro domiciliario del servicio de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud.

La Resolución 5269 de 2017¹²⁰ a la cual se ha hecho mención en títulos anteriores, se refiere a la atención domiciliaria como una “*modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia*”¹²¹. De manera puntual el artículo 26 de la misma Resolución establece que esta atención podrá estar financiada con *recursos de la UPC* siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente. Por el contrario, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud no tiene la obligación de asumir dichos gastos. Textualmente, el artículo en comento dispone que:

“Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud.

PARRAGRAFO: En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes”

En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, el cual debe ser asumido por las EPS, siempre que: (i) medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente¹²², y (ii) de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de

¹¹⁹ Corte Constitucional sentencia T- 062 de 2017 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹²⁰ Antes la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016 que define los servicios de salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) que deberán ser garantizados por las EPS a los afiliados al sistema, se observa que ella define la atención domiciliaria como “ (...) la modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia.”.

¹²¹ Numeral 6º del glosario contenido en la Resolución No. 5269 de 2017.

¹²² El referido servicio deberá, de conformidad con la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016.

apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar¹²³.

En cuanto al primer presupuesto para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que “*sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso*”¹²⁴. Así las cosas, el juez de tutela no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial y que por la materia, están sujetas al respeto de la *lex artis*¹²⁵.

Conforme a lo anterior, la Corte ha considerado que los cuidados básicos de algún sujeto que depende de otros para ejecutar sus labores diarias¹²⁶, ya sea

¹²³ Corte Constitucional, sentencia T-226 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹²⁴ En el mismo sentido esta Corte lo ha expresado de la siguiente manera: “*en el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.*” Criterio expresado en la Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la cual reiteró la posición desarrollada, entre otras, en las siguientes sentencias: T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-819 de 1999, Álvaro Tafur Galvis, T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. // Así pues, “*Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.*” Sentencia T-345 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-226-15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

¹²⁶ *Las actividades de la vida diaria son aquellas actividades que realizamos diariamente o prácticamente a diario y que nos permiten el disfrute de una vida en condiciones de dignidad suficiente. // Incluyen la satisfacción de nuestras necesidades más básicas como la comida, el aseo y la comunicación con los demás y todo aquello que conforma el desenvolvimiento en el contexto que la persona habita*. Dentro de las actividades básicas de la vida diaria encontramos las siguientes: “*vestirse, asearse, comer, uso del WC y control de esfínteres, desplazarse dentro del domicilio*”. Y al interior de las actividades instrumentales las que a continuación se enuncian: “*tomar la medicina, hablar por teléfono, desplazarse fuera del hogar y en medios de transporte, subir escalones, realizar actividades domésticas (limpiar, recoger, etc.), administrar el propio dinero, visitar al médico, realizar gestiones, comprar bienes necesarios y relacionarse con otras personas*” (Gobierno de España., Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad., & Cruz Roja Española. *SerCuidadora/SerCuidador. Guías de apoyo para personas cuidadoras*. Recuperado el 06 de marzo de 2014, de <http://www.sercuidador.org/Guias-apoyo-personas-cuidadoras-CRE/pdf/SerCuidadora-Guias-apoyo-personas-cuidadoras-CruzRoja.pdf>).¹²⁶ El referido servicio deberá, de conformidad con la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016.

¹²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-226 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹²⁶ En el mismo sentido esta Corte lo ha expresado de la siguiente manera: “*en el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce*

por su avanzada o corta edad, o por las enfermedades que la aquejan, pueden ser prestados por una persona sin conocimientos especializados en el ámbito de la salud. Por lo general, la ley y la jurisprudencia han reconocido que en virtud del principio de solidaridad¹²⁷ este apoyo puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador que no necesariamente debe ser un profesional de la salud¹²⁸.

En suma, las EPS no están en la obligación de prestar la atención domiciliaria, cuando se presentan las siguientes circunstancias:

“(i) Que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas; (ii) Que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y; (iii) Que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador

al paciente.” Criterio expresado en la Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la cual reiteró la posición desarrollada, entre otras, en las siguientes sentencias: T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-819 de 1999, Álvaro Tafur Galvis, T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. // Así pues, “Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.” Sentencia T-345 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-226-15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

¹²⁶ *Las actividades de la vida diaria son aquellas actividades que realizamos diariamente o prácticamente a diario y que nos permiten el disfrute de una vida en condiciones de dignidad suficiente. // Incluyen la satisfacción de nuestras necesidades más básicas como la comida, el aseo y la comunicación con los demás y todo aquello que conforma el desenvolvimiento en el contexto que la persona habita*”. Dentro de las actividades básicas de la vida diaria encontramos las siguientes: “vestirse, aarse, comer, uso del WC y control de esfínteres, desplazarse dentro del domicilio”. Y al interior de las actividades instrumentales las que a continuación se enuncian: “tomar la medicina, hablar por teléfono, desplazarse fuera del hogar y en medios de transporte, subir escalones, realizar actividades domésticas (limpiar, recoger, etc.), administrar el propio dinero, visitar al médico, realizar gestiones, comprar bienes necesarios y relacionarse con otras personas” (Gobierno de España., Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad., & Cruz Roja Española. *SerCuidadora/SerCuidador. Guías de apoyo para personas cuidadoras*. Recuperado el 06 de marzo de 2014, de <http://www.sercuidador.org/Guias-apoyo-personas-cuidadoras-CRE/pdf/SerCuidadora-Guias-apoyo-personas-cuidadoras-CruzRoja.pdf>

¹²⁷ Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades.

¹²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-226-15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.¹²⁹”

10. Análisis de los casos.

Inicia la Sala por reiterar que las acciones de tutela bajo revisión son procedentes, puesto que como se explicó en la parte considerativa de esta providencia, las personas que reclaman sus derechos son sujetos de especial protección constitucional por doble vía : (i) son menores de edad, por tanto sus derechos prevalecen sobre los demás, así mismo (ii) son personas en situación de discapacidad lo que los coloca en una posición de debilidad manifiesta, motivo por el cual, esta Corporación ha reconocido que los requisitos para que proceda la acción constitucional deben flexibilizarse con el fin de analizarse el caso planteado para determinar si es viable el amparo de los derechos solicitados.

Así las cosas, procede la Corte a resolver los casos concretos.

10.1 Expediente T- 6.486.644.

En el presente caso, la madre del menor Isaac Lubin Aristizábal Martínez, que padece de hidrocefalia, acudió a la acción de tutela para solicitarle al juez que le ordene a la EPS CAJACOPI, la práctica de la cirugía de “*reducción de cráneo*” prescrita a su hijo por el médico tratante, la cual, aun cuando está autorizada, no se ha llevado a cabo por la accionada, aduciendo su elevado costo.

La entidad demandada guardó silencio tanto en la contestación de tutela como en el curso del proceso de revisión, sobre las razones por las cuales se abstuvo de llevar a cabo la operación en mención.

De la referida acción constitucional conoció en única instancia el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Colombia (Atlántico), que mediante sentencia del 30 de junio de 2017 resolvió declarar su improcedencia.

10.1.1. A partir de lo anterior, y conforme con los fundamentos expuestos previamente en relación con el derecho fundamental a la salud y los principios que lo rigen, le corresponde a la Sala Séptima de Revisión, como ya se dijo, establecer sí se vulneraron los derechos fundamentales invocados por la madre del menor, con ocasión de que la EPS CAJACOPI no ha practicado la cirugía de reducción de cráneo que requiere, por razón de su alto costo.

Para efectos de darle solución al objeto de la *litis*, es preciso señalar que de los elementos de juicio allegados al proceso, la Sala encontró probados los siguientes hechos:

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2014 y T-226 de 15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) -reiteración de jurisprudencia.

- (i) La acción de tutela se promueve en favor de un menor de 13 años de edad que padece hidrocefalia desde su nacimiento.
- (ii) Se encuentra afiliado en el régimen subsidiado a la EPS CAJACOPI en calidad de beneficiario de su madre.
- (iii) Como consecuencia de la enfermedad, y parte del tratamiento de la misma, su médico tratante le ordenó una cirugía de “*reducción de cráneo*”.
- (iv) Conforme a lo anterior, la accionada autorizó mediante orden médica número 857300028783 del 4 de mayo de 2017, la práctica del referido procedimiento.
- (v) No obstante, la cirugía no se ha realizado, por cuanto, según lo aduce la madre del menor, la entidad demandada le informó que “*el valor de la operación era demasiado alto y no podía llevarse a cabo*”.

En consideración de lo expuesto, es claro que la patología que padece Isaac Lubin Aristizábal Martínez desde su nacimiento supone una atención médica continua e integral que contenga todos los servicios médicos necesarios para su tratamiento y rehabilitación. Ello incluye, el cuidado, el suministro de medicamentos, las intervenciones quirúrgicas y las prácticas de rehabilitación a las que haya lugar, previo criterio del profesional médico especialista en la materia.

A juicio de la Sala, la cirugía de “*reducción de cráneo*” prescrita por el médico tratante del menor en mención, hace parte, sin dubitación alguna, del tratamiento integral propio de su enfermedad que, además, no puede ser interrumpido ni suspendido, en virtud de los principios de continuidad e integralidad previstos inicialmente en la Ley 100 de 1993 y actualmente en la Ley Estatutaria de Salud¹³⁰, aplicados también por la jurisprudencia constitucional.

Sobre el particular, cabe recordar que de conformidad con la Ley 1751 de 2015 “*las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas*”. Adicionalmente, se prevé que “*Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada*”.

¹³⁰ Ley 1751 de 2015.

Bajo este contexto, para la Sala la conducta desplegada por la EPS CAJACOPI de abstenerse a llevar a cabo la cirugía prescrita al menor Isaac Lubin Aristizábal Martínez para tratar su patología de hidrocefalia, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y la integridad física, en tanto desconoce los principios de integralidad y continuidad que se constituyen, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia constitucional, como elementos axiales de la garantía del derecho a la salud.

Tal desconocimiento resulta de mayor relevancia si se tiene en cuenta que el procedimiento médico solicitado por la tutelante fue autorizado por la misma entidad demandada, sin que el mismo se haya llevado a cabo, al parecer, por razones de tipo económico; circunstancia que no exonera a la accionada de su práctica, máxime si nos encontramos ante la presencia de un sujeto de especial protección constitucional, como se advierte en el caso *sub judice*.

10.1.2. Ahora bien, encuentra la Corte necesario precisar dos aspectos en relación con el hecho de que la cirugía, no obstante encontrarse autorizada, no se ha practicado por razones de costos:

- (i) Inicialmente, no advierte la Sala que el procedimiento de “*reducción de cráneo*” para el tratamiento de patologías como la hidrocefalia se encontrara expresamente excluido de los servicios del Plan Obligatorio de Salud¹³¹ vigente para el momento en que le fue ordenada dicha cirugía al menor, así como tampoco, se verifica su exclusión dentro del nuevo Plan de Beneficios en Salud de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 5267 de 2017.
- (ii) Adicionalmente, del material probatorio arrimado al expediente se pudo establecer que la señora Martínez Maury hace parte del régimen subsidiado en salud con un puntaje del 11.72 en el SISBEN¹³², lo que denota que ciertamente no cuenta con los recursos económicos suficientes para asumir el costo del tratamiento que demanda la enfermedad de su hijo y, en particular, el valor de la intervención que con urgencia necesita el mismo.
- (iii) En plena correspondencia con lo anterior, el procedimiento en cuestión fue prescrito por el médico tratante del menor sin que exista evidencia alguna de que este pueda ser reemplazado por otro tipo de atención prevista en el Plan de Beneficios en Salud actualmente vigente.

Así las cosas, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional concluye que los derechos fundamentales invocados por la madre de Isaac Lubin Aristizábal Martínez, están siendo vulnerados por la entidad demandada, al no practicarle la cirugía ordenada por su médico tratante y autorizada por la misma entidad.

¹³¹ Resolución 5521 de 2013, Ministerio de Salud y Protección Social.

¹³² Se consultó el sitio web del SISBEN <https://www.sisben.gov.co/atencion-al-ciudadano/Paginas/consulta-del-puntaje.aspx>.

En casos como el que es objeto de revisión, donde está de por medio la garantía de los derechos de menores de edad en condición de debilidad manifiesta, la Corte ha considerado que la EPS tiene la obligación legal de prestar el servicio de salud de forma integral y continua, sin imponer barreras administrativas como excusas para no llevar a cabo la prestación efectiva de los mismos, más aun cuando estos han sido previamente autorizados.

Por tanto, se revocará la decisión de instancia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Colombia, que declaró improcedente la acción de amparo promovida por la señora Ángela Mercedes Martínez Maury en representación de su menor hijo y, en su lugar, se protegerán los derechos fundamentales invocados por la misma.

En consecuencia, se ordenará a la EPS CAJACOPI que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, inicie las gestiones necesarias para que, en caso de no haberse llevado a cabo, le sea practicada al menor Isaac Lubin Aristizábal Martínez la cirugía consistente en “*reducción de cráneo*”, garantizando los demás servicios médicos que en razón a dicha intervención y de su patología requiera el mismo para el restablecimiento de su salud, todo de conformidad con lo ordenado por el médico tratante.

10.2 Expediente T- 6.472.202.

10.2.1. En el segundo caso objeto de estudio, el señor Héctor Hugo García Ríos, actuando como agente oficioso del menor Carlos Andrés Uribe Moncada que padece de parálisis cerebral, solicitó ante el juez de tutela la protección de sus derechos a la vida, a la salud y a la dignidad humana, los cuales fueron presuntamente vulnerados por la EPS FAMISANAR al no autorizar la asignación de una enfermera diurna, pañitos húmedos, una silla de ruedas, y el servicio de transporte para el menor y su acompañante.

10.2.2. La entidad accionada, por su parte, sostuvo en su escrito de contestación que, de acuerdo con su patología, el menor Carlos Andrés Uribe Moncada ha recibido, por parte de la EPS, todos los servicios y tecnologías POS y no POS que le han sido prescritos. Respecto de la silla de ruedas precisó que “*el usuario ya cuenta con una silla de ruedas, además a la misma se le realizó mantenimiento en diciembre de 2016*”.

En relación con los otros servicios solicitados señaló que, además de que no se encuentran incluidos en el POS (ahora Plan de Beneficios en Salud – PBS), tampoco hay orden médica que dé cuenta de la necesidad de los mismos.

10.2.3. De la referida acción constitucional conoció en única instancia el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Zipaquirá que, mediante sentencia del 9 de agosto de 2017, resolvió negar el amparo invocado por considerar que la demandada ha garantizado la atención

y el acceso a los servicios de salud requeridos por el menor, de acuerdo con las ordenes médicas expedidas por los profesionales en salud tratantes.

10.2.4. A partir de las pruebas allegadas al proceso, la Sala encontró probados los siguientes hechos:

- (i) Carlos Andrés Uribe Moncada de 17 años de edad padece, desde su nacimiento, de parálisis cerebral, con una pérdida de capacidad laboral del 97,7%.
- (ii) El menor tiene su lugar de residencia en el municipio de Lenguazaque – Cundinamarca.
- (iii) Pertenece al régimen contributivo de salud en calidad de beneficiario de su madre, quien tiene un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente.
- (iv) Como consecuencia de su patología, la EPS FAMISANAR le entregó una silla de ruedas, la cual fue reparada en diciembre de 2016.
- (v) No existe prescripción médica que indique la necesidad de los insumos y servicios en salud tales como, pañitos húmedos, enfermera diurna y servicio de transporte para asistir a las terapias y citas programadas.
- (vi) En el trámite de la tutela, la EPS demostró que ha autorizado los servicios, medicamentos, insumos y tecnologías que han sido prescritos al menor.

10.2.5. Para efectos de establecer sí la entidad demandada vulneró los derechos invocados por el agente oficioso del menor Carlos Andrés Uribe Moncada, en tanto no ha autorizado los servicios e insumos en salud solicitados, como son pañitos húmedos, silla de ruedas y servicio de enfermería y transporte, la Sala procederá a realizar un breve análisis respecto de la procedencia de cada una de las solicitudes del actor, a la luz del Plan de Beneficios en Salud.

Es preciso empezar por advertir que de la lectura de las Resoluciones 5267¹³³ y 5269¹³⁴ de 2017, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social se puede sostener que las prestaciones derivadas del servicio de salud, se dividen en tres grandes categorías: i) servicios y tecnologías que se encuentran incluidos expresamente en el PBS, ii) servicios y tecnologías que están taxativamente excluidos del PBS y iii) servicios y tecnologías que no se encuentran incluidos, pero que tampoco han sido excluidos del PBS.

10.2.6 *Respecto de la solicitud de una silla de ruedas para el menor:* sobre este punto la Sala pudo constatar que desde hace 4 años la EPS hizo entrega de esta tecnología a Carlos Andrés Uribe Moncada. No obstante, aduce su agente oficioso que pese a que la EPS autorizó su mantenimiento en diciembre

¹³³ “Por la cual Adopta el Listado de Servicios y tecnologías que serán Excluidas de la Financiación de Recursos públicos asignados a la Salud”.

¹³⁴ “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”

de 2016 “(...) ésta quedó en peor estado del que estaba anteriormente”, dificultándose así la movilidad del menor. A partir de lo anterior, solicita el accionante que le sea suministrada una silla de ruedas en condiciones óptimas.

Sobre el particular, y tal como quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia, el artículo 59 de la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 “*Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)*”, dispuso expresamente que “*no se financian con recursos de la UPC sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos*”. (Subrayado fuera del texto original).

Sin perjuicio de lo anterior, y tomando en consideración las circunstancias fácticas que dieron lugar a la acción de tutela, la Sala encuentra satisfechos los requisitos dispuestos por la jurisprudencia de esta Corporación mediante sentencia C- 313 de 2014 relativos a la posibilidad de inaplicar las normas que excluyen esta prestación y, en consecuencia, prever su autorización aun cuando no esté incluido en el Plan de Beneficios en Salud, a saber:

a. Para la patología que padece el agenciado, la falta de una silla de ruedas en óptimas condiciones supone una barrera para el ejercicio del derecho a la vida digna, toda vez que el menor no se encuentra en condiciones para moverse. Incluso, ante la restricción funcional que su estado de salud le genera, permanece inmóvil hasta que otras personas tengan la voluntad de ayudarlo a desplazarse.

b. Seguidamente, la Sala no advierte que exista otro elemento dentro del Plan de Beneficios en Salud que pueda permitir la movilización del menor y, en consecuencia, pueda sustituir o reemplazar la silla de ruedas.

c. A partir de lo dicho por la madre del menor, su ingreso mensual corresponde a un salario mínimo, tiene a su cargo dos hijos y no posee bienes muebles e inmuebles. Al respecto, la accionada le informó, igualmente, a este Despacho que la señora María Consuelo Moncada Gil, tiene un ingreso base de cotización de \$ 737.717.

Lo anterior, da cuenta de que, en efecto, la madre del menor Carlos Andrés Uribe Moncada no tiene los recursos económicos suficientes para costear una nueva silla de ruedas.

d. Por último, aunque el cambio de la silla de ruedas no haya sido prescrito por medio de orden médica, para la Sala es clara la existencia de un hecho notorio que presupone la necesidad de la misma, pues como se pudo constatar, el accionante presenta una discapacidad del 97,7% lo que a simple vista, demuestra que requiere de ese elemento para ser movilizad.

Así las cosas, la Sala encuentra acreditados los requisitos establecidos por la jurisprudencia para autorizar la entrega de una silla de ruedas que cumpla con los estándares para atender las necesidades propias de la patología que padece el menor.

10.2.7. *Respecto del suministro de pañitos húmedos.* Es necesario recordar que este insumo ha sido explícitamente excluido del Plan de Beneficios en Salud de conformidad con lo dispuesto numeral 42¹³⁵ del anexo técnico que se refiere al “*Listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la Salud*”, contenido en la Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017¹³⁶.

Sobre esta solicitud, la Sala encuentra que no hay lugar a inaplicar su exclusión por cuanto los pañitos húmedos se constituyen en un elemento que no resulta imprescindible, en cuanto puede ser sustituido y/o reemplazado por otros medios habituales para la limpieza como lo es el papel sanitario, entre otros.

Adicionalmente, en el expediente no existe prueba que demuestre que el uso de los mismos haya sido prescrito por su médico tratante o por un especialista de la salud, en razón de la patología del menor. Por tanto, ante la ausencia de justificación que permita inferir la necesidad excepcional de cubrir en el presente caso dichos insumos, considera la Sala que no es procedente mediante el amparo de tutela ordenar la entrega de los pañitos húmedos.

10.2.8. *Respecto del servicio de enfermera domiciliaria.* Como se expuso previamente, este servicio no ha sido expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud, con lo cual debe entenderse incluido en el mismo. Sin embargo, en atención a lo previsto en la Resolución 5269 de 2017 su prestación se encuentra condicionada al concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual, a partir de la patología que padece el paciente, debe determinar la necesidad y pertinencia de este servicio y, en consecuencia, solicitarlo mediante un aplicativo denominado “MIPRES”. Lo anterior, en atención a lo dispuesto por el artículo 5º de la Resolución 3951 de 2016.¹³⁷

Conforme a lo anterior, en el presente caso no encuentra la Sala que se cuente con una orden del médico tratante, a partir de la cual se pueda inferir la necesidad de dicho servicio. Por el contrario, la solicitud del servicio en discusión fue directamente presentada por el agente oficioso del menor.

¹³⁵ “toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo”. Respecto a insumos de aseo la Corte Constitucional ha catalogado los pañales desechables como elementos integrantes de este concepto. Corte Constitucional, sentencias T-594 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas), T-216 de 2014 (M.P. María Victoria Calle) y T-025 de 2014 (M.P. Manuel José Cepeda).

¹³⁶ “Por la cual se adopta el listado servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

¹³⁷ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016 “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud”, artículo 5º: “El Reporte de la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. La prescripción de los servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC será realizada por el profesional de la salud, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS—EOC, a través del aplicativo que para tal efecto disponga este Ministerio, el cual operará mediante la plataforma tecnológica del Sistema Integral de Información de la Protección Social — SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica”

En ese contexto tal y como lo ha puesto de presente esta Corporación, en los casos en que no existe prescripción del médico tratante y el servicio de atención médica domiciliaria sea solicitado directamente por los pacientes, su reconocimiento está supeditado a que medie la prescripción de un profesional de la salud en el que “*se indique la pertinencia y oportunidad de la misma*”, con el fin de que ésta pueda ser exigida a través de la acción constitucional¹³⁸. Dicho concepto, de conformidad con la Resolución 3951 de 2016, le corresponde expedirlo a la Junta Médica a la que se refiere el artículo 11¹³⁹ de tal disposición normativa.

10.2.9. Por tal motivo, la Corte ordenará que un médico de la EPS FAMISANAR, en un término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de este fallo, se sirva a prescribir el servicio solicitado por el agente oficioso de Carlos Andrés Uribe Moncada, para que luego, la Junta Médica de la que habla el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016 determine la pertinencia y oportunidad del mismo, tomando en consideración la patología, el nivel de discapacidad que tiene el menor y las limitaciones físicas y la edad que tiene su madre para asumir “*en tiempo completo*” el cuidado de su hijo.

En caso de que llegase a ser afirmativo el concepto de los profesionales de la salud en relación de la necesidad de este servicio, se le ordenara a la accionada que expida la autorización, y proceda al cubrimiento del mismo.

10.2.10. *Respecto del servicio de transporte.* Finalmente, en cuanto a la autorización del servicio de transporte al menor y su acompañante, es preciso señalar que en tanto el mismo no se encuentra excluido del Plan de Beneficios en Salud, debe entenderse incluido.

No obstante, actualmente su prestación se encuentra regulada por los artículos 120 y 121 de la Resolución No. 5269 de 2017, en los cuales se establece que el servicio de transporte en ambulancia debe correr a cargo de la EPS en dos circunstancias específicas, a saber: (i) cuando se presenten patologías de urgencia o (ii) cuando el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir la atención. Así mismo, se precisó que el transporte en un medio diferente a la ambulancia podrá, igualmente, ser autorizado por la EPS cuando se requiera acceder a una atención en salud que **tenga lugar en un municipio distinto a la residencia del paciente**¹⁴⁰. (Subrayado fuera del texto original)

Así, aun cuando el servicio de transporte no se encuentra excluido del PBS su accesibilidad está condicionada al cumplimiento de los presupuestos antes enunciados, de manera que, en los casos en que la situación fáctica bajo

¹³⁸Corte Constitucional, sentencia T- 552 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

¹³⁹ Artículo 11. “Prescripciones de servicios o tecnologías complementarias. Cuando el profesional de la salud prescriba alguno de los servicios o tecnologías complementarias, deberá consultar en cada caso particular, la pertinencia de su utilización a la Junta de Profesionales de la Salud (...)”.

¹⁴⁰ Parágrafo del artículo 121 de la Resolución No. 5269 de 2017,

análisis no se enmarque dentro de los mismos, el cargo de la prestación no le corresponde ser asumida directamente a la EPS.

10.2.10.1. Respecto al servicio de transporte, la Corte, acorde con los mandatos legales, ha señalado que si bien no tiene propiamente la naturaleza de prestación médica, existen circunstancias en las cuales el no acceso al mismo afecta las garantías propias del derecho fundamental a la salud. De este modo, ha considerado que le corresponde al juez constitucional analizar la situación en concreto y determinar si a partir de la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, se le debe imponer a la EPS la obligación de cubrir los gastos de transporte.

10.2.10.2. En el caso objeto de estudio, se advierte que de las pruebas que obran en el expediente se pudo establecer que el domicilio del menor es en el municipio de Lenguazaque (Cundinamarca) y de acuerdo con la información suministrada por la accionada “*las terapias y controles médicos están a cargo de la I.P.S CAFAM Ubaté*”. Con lo cual, entiende la Sala que el agente oficioso solicita el servicio de transporte para que el menor pueda ser trasladado desde su lugar de residencia hasta Ubaté, lugar donde la EPS FAMISANAR le presta los servicios de atención médica que requiere o hasta otro municipio donde se remite, si así sucede.

Ahora bien, en consonancia con las normas que regulan la materia, para la Sala es claro que en correspondencia con lo señalado por la demandada en relación con el lugar donde se le prestan los servicios médicos al niño Carlos Andrés Uribe Moncada, no existe razón alguna para que la EPS no proceda a autorizar el transporte para el menor y su acompañante. Todo esto, en atención a que la atención en salud del menor **tiene lugar en un municipio distinto al de su residencia**, hecho que da lugar a un traslado, donde se hace imperioso el uso de un vehículo, máxime si se toma en consideración el estado de salud en el que se encuentra el niño y su nivel de dependencia en relación con su madre o cuidador.

Adicionalmente, este Despacho encuentra que se cumplen con los presupuestos desarrollados por este Tribunal para imponerle a la EPS demandada la obligación de asumir los gastos de transporte del agenciado. Lo anterior, por cuanto, (i) como ya se dijo, la madre del menor no se encuentra en condiciones económicas que le permitan asumir los costos que se puedan generar para trasladar a su hijo desde Lenguazaque hasta Ubaté, con el agravante de que el menor, consecuencia de su patología, no puede ser movilizado con facilidad y (ii) el no acceso a este servicio podría afectar las condiciones de salud e integridad física del mismo como quiera que no podría asistir a los controles y citas médicas prescritas para el tratamiento adecuado de su enfermedad.

10.2.10.3. Por lo anterior, la Sala procederá a ordenarle a la EPS FAMISANAR que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta providencia, autorice el servicio de transporte que el

accionante requiere para trasladarse a sus citas médicas y sesiones de terapia en el municipio de Ubaté. Del mismo modo, de llegarse a ordenar algún tipo de atención médica que, por su especialidad, no pueda llevarse a cabo en el municipio de Ubaté, sino en uno distinto al lugar de residencia del menor, la EPS deberá suministrar y asumir la prestación del servicio de transporte que para tales efectos se requiera.

10.3 Expediente T.6.416.011.

En el último de los casos objeto de análisis, la demandante, actuando en representación de su hijo menor de edad, presentó acción de tutela invocando la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la salud y a la seguridad social, lo cuales fueron presuntamente vulnerados por la EPS SANITAS, en tanto se negó a continuar entregándole directamente¹⁴¹, la dosis del medicamento *FACTOR VIII* para profilaxis, más una dosis adicional de urgencia para mantener en casa, las cuales requiere para tratar la enfermedad de *HEMOFILIA A SEVERA*, que padece el niño desde el nacimiento.

10.3.1. En la contestación de la acción de tutela, la entidad accionada, argumentó, en términos generales, que la suspensión de la entrega directa del *FACTOR VIII* a la madre del menor, *“obedece a que el suministro de este tipo de medicamentos se encuentra exclusivamente reservado al personal médico y de ninguna manera puede ser delegable su aplicación”*.

Así mismo, precisó que el menor se encuentra inscrito en el programa *“Bienestar en casa”* que fue creado por la EPS para atender a los pacientes que padecen de este tipo de patología y mediante el cual, el niño recibe, en su domicilio, las dosis de profilaxis que requiere, de conformidad con lo previsto por su médico tratante. Por todo esto, indicó que la entidad ha garantizado el acceso a los servicios de salud, así como también el suministro del medicamento del *FACTOR VIII*.

10.3.2. Los jueces que conocieron en primera y segunda instancia de la referida acción constitucional resolvieron negar el amparo solicitado, por considerar que no se probó, por parte de la entidad demandada, la negativa de los servicios requeridos por el menor, y concretamente en relación con el suministro del *FACTOR VIII*, encontró que está siendo suministrado periódicamente en el domicilio del menor y, a petición de la madre, ante una situación de emergencia.

10.3.3. De los elementos de juicio allegados al proceso, la Sala encontró acreditados los siguientes hechos:

¹⁴¹ Aduce la peticionaria que *“hasta hace 3 años la EPS SANITAS le había suministrado las dosis del medicamento FACTOR VIII (medicamento indispensable e irremplazable para salvaguardar la vida o el sufrimiento del paciente hemofílico A) para que yo la mantuviera en casa”*. Ver a folio 1 del cuaderno principal.

- (i) El hijo de la actora, Francesco Poveda Robledo, de 13 años de edad padece desde su nacimiento de HEMOFILIA A SEVERA.
- (ii) Se encuentra afiliado a la EPS SANITAS en calidad de beneficiario de su madre.
- (iii) Para la preservación de su vida, salud e integridad física, el menor requiere del FACTOR VIII como parte de un tratamiento profiláctico¹⁴² y, a demanda¹⁴³, ante una situación de emergencia.
- (iv) Durante casi 11 años la referida EPS suministró y entregó de manera directa a su madre las dosis del medicamento ya mencionado, incluyendo la dosis de emergencia, para que ésta lo mantuviera en su hogar y lo suministrara oportunamente, previo concepto médico. Sobre el particular, señaló la accionante que “*se capacitó en la Liga de Hemofilia para la aplicación intravenosa del medicamento*”, afirmación que no fue controvertida por la accionada.
- (v) Desde el momento en que se suspendió le entrega directa del FACTOR VIII a la madre del menor, se han presentado inconvenientes en el acceso y suministro oportuno del mismo por parte de la EPS, particularmente, ante situaciones de urgencias, donde, aduce la accionante, el medicamento es aplicado de forma tardía, ocasionando ello, dolores insoportables y daños en la salud del menor que afectan su desarrollo y crecimiento.

Como consecuencia de lo anterior, el menor ingresó, por primera vez, el día 17 de junio del 2017 al servicio de urgencias de la Clínica Santa Fe y fue posteriormente hospitalizado en la Clínica Colombia por presentar “*hemartrosis*”, es decir acumulación de sangre,

¹⁴² La profilaxis es el tratamiento regular para la hemofilia con concentrado de factor que se administra a fin de prevenir los episodios hemorrágicos. El objetivo de esta terapia es prevenir las hemorragias y la destrucción de las articulaciones, y así preservar la función musculo esquelética.- “*Protocolo Clínico para tratamiento con profilaxis de personas con hemofilia a severa sin inhibidores*” Marzo de 2015, Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁴³ El tratamiento farmacológico con reemplazo de factor de la coagulación se divide en dos categorías, el tratamiento profiláctico y el tratamiento a demanda. La profilaxis es el tratamiento regular con concentrado de factor que se administra a fin de prevenir los episodios hemorrágicos. El objetivo de esta terapia es prevenir las hemorragias y la destrucción de las articulaciones, y así preservar la función músculo esquelética. Desde la década de los 80, se ha promovido la terapia en casa para pacientes con diagnóstico de hemofilia A, esta terapia permite que el paciente tenga acceso rápido al factor de coagulación, y por lo tanto, al tratamiento oportuno y óptimo. Esta opción terapéutica solo se recomienda en pacientes y cuidadores quienes han recibido un proceso educativo por parte del equipo interdisciplinario, orientado a las generalidades de la hemofilia, reconocimiento de episodios de hemorragia y sus complicaciones, primeros auxilios, cálculo de dosis a administrar, preparación, almacenamiento y administración de concentrado de Factor VIII, técnicas de asepsia, realización de punción venosa, seguimiento y reporte de eventos al equipo de salud interdisciplinario, almacenamiento y eliminación de agujas y elementos cortantes. La decisión de llevar un paciente a terapia en casa, será del equipo interdisciplinario posterior a un período de seguimiento y evaluación. El tratamiento a demanda es la aplicación del Factor VIII cuando hay evidencia clínica de sangrado. (4, 5) - *Protocolo Clínico para tratamiento con profilaxis de personas con hemofilia a severa sin inhibidores*” Marzo de 2015, Ministerio de Salud y Protección Social.

producto de una hemorragia en la articulación del tobillo, hecho que a juicio de su madre, se hubiese podido evitar, de haber contado en su domicilio con la dosis del medicamento ya mencionado.

10.3.4. Con base en la situación fáctica descrita, le corresponde a la Sala Séptima de Revisión, como ya se señaló, determinar sí la suspensión de la entrega directa del medicamento FACTOR VIII, incluyendo la dosis de emergencia a la madre del menor representado, supone una vulneración a sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física.

Dada la tecnicidad que requiere el asunto objeto de análisis, en el curso de la revisión la Sala encontró necesario requerir a la “*Liga Colombiana de Hemofílicos y otras Deficiencias Sanguíneas*”, presidida por el Dr. Sergio Robledo Riaga, médico científico en la materia, quien puso en conocimiento de este Despacho información en relación con la hemofilia y su tratamiento, la cual será utilizada a continuación para efectos de resolver el caso *sub examine*.¹⁴⁴

Inició por advertir en el referido informe, que en el contexto colombiano, “*El Protocolo Clínico para tratamiento con profilaxis de personas con hemofilia*”, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, funge como guía oficial para el manejo integral de esta enfermedad y que a su vez, la Federación Mundial de Hemofilia es el organismo internacional asesor en la materia, razón por la cual, sus guías de manejo para esta patología son aplicadas en el orden nacional.

Precisó igualmente, que desde el año 1994 los medicamentos que se utilizan para tratar la deficiencia del FACTOR VIII se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (ahora Plan de Beneficios en Salud) y que el 90% de los pacientes con hemofilia A severa, entre ellos menores de edad, reciben un tratamiento regular o profiláctico y que, “generalmente”, los cambios o suspensiones del mismo obedecen a razones de tipo administrativas o económicas, que desconocen el estado de salud de los pacientes¹⁴⁵.

De manera particular, se refirió a la EPS SANITAS al señalar que, comoquiera que ésta cambió recientemente los proveedores del programa de hemofilia, se han formulado en su contra, ante la Superintendencia de Salud, innumerables quejas por parte de las madres de los pacientes con esta enfermedad, sin que hasta el momento se verifique algún tipo de mejora en la atención suministrada¹⁴⁶.

En el punto referido a la forma como debe ser suministrado el medicamento y su dosis de emergencia “*la Liga Colombiana de Hemofílicos y otras Deficiencias Sanguíneas*” hizo las siguientes precisiones:

¹⁴⁴ Ver a folios 40 – 44 del cuaderno de revisión

¹⁴⁵ Ver a folio 41 del cuaderno de revisión.

¹⁴⁶ Ver a folio 41 del cuaderno de revisión.

Expuso que, en armonía con lo dispuesto en el capítulo 1.7 de la guía del manejo integral para la hemofilia, publicada en el 2015 por la Federación Mundial de Hemofilia, el acceso inmediato al factor de coagulación implica no solo menos dolores, disfunciones e incapacidad por largos periodos, sino además, la posibilidad de llevar una vida en condiciones normales, donde se le permita al paciente, viajar, participar en actividades físicas, entre otros. Sobre el particular aclaró que el referido factor puede “*almacenarse en un refrigerador doméstico y reconstruirse fácilmente*”. De allí que, mientras sea posible, el tratamiento de las personas con hemofilia debe tener lugar en la casa.¹⁴⁷

Bajo esta misma línea, indicó que, para efectos de que el tratamiento sea llevado a cabo en el domicilio del paciente, se requiere de la estricta supervisión del equipo médico y de la instrucción y capacitación de los interesados. Al respecto anotó que “*la terapia en casa puede iniciarse en niños pequeños con un acceso venoso adecuado y cuya familia esté interesada y haya recibido la capacitación correspondiente*”¹⁴⁸.

En relación con lo anterior, señaló que la capacitación de la familia del paciente hemofílico debe incluir conocimientos generales sobre la enfermedad y sus complicaciones, cálculo de dosis, preparación, técnicas de asepsia, donde establezcan los criterios para el correcto almacenamiento y eliminación de las agujas mediante las cuales se hace la punción venosa.¹⁴⁹

Finalmente, y para lo que le interesa a la Sala, se informó que “*definitivamente*”¹⁵⁰ se considera prudente y eficaz que el paciente cuente con una dosis preventiva y/o de urgencia en su domicilio de la cual pueda hacer uso, previo concepto médico, ante una situación de emergencia. Sobre el particular puso de presente los beneficios que esto supone para la salud y la integridad de quien padece la enfermedad señalando, entre otras cosas, que:

- El cuidado del hemofílico debe estar orientado a prevenir y tratar las hemorragias con el factor de coagulación pertinente.
- Las hemorragias agudas deben tratarse cuanto antes.
- Contar con una dosis de urgencia disminuye al máximo la cantidad de sangrados, evitando una reacción inflamatoria considerable y daños que, a largo plazo, se pueden generar en las articulaciones.
- En casos de menores de edad, esto contribuye que la vida de los mismos sea lo más normal posible, logrando un mayor desarrollo en sus habilidades físicas y mentales.
- En situaciones de tragedias naturales como terremotos, el tener el medicamento en casa hace que los hemofílicos no saturen los servicios de urgencias ya colapsados, y puedan aplicarse el factor coagulante rápidamente si han sufrido traumas.

¹⁴⁷ Ver a folio 42 del cuaderno de revisión.

¹⁴⁸ *Ibidem*

¹⁴⁹ *Ibidem*

¹⁵⁰ Ver a folios 43, 62-64 del cuaderno de revisión.

- La posibilidad de contar con una dosis de acceso inmediato le facilita al paciente la posibilidad de realizar viajes, excursiones, salidas pedagógicas, salidas al extranjero.

A partir del informe rendido por la “*Liga Colombiana de Hemofílicos y otras Deficiencias Sanguíneas*”, para la Sala resulta claro que la suspensión de la entrega directa del FACTOR VIII a la representante del menor, incluida una dosis de emergencia, puede dar lugar a la situación que denuncia la accionante. Esto es, a que la EPS no esté aplicando de forma oportuna el medicamento que es necesario e imprescindible para conservar la vida, la salud e integridad física de su hijo.

Como quedó dicho en el escrito prestado por la autoridad rectora en el tratamiento de pacientes con hemofilia en Colombia, y como se lee de los protocolos y guías internacionales sobre esta patología, que también fueron puestos de presente en el referido escrito, no es imperativo que el medicamento que demandan las personas que padecen de esta enfermedad deba ser, en todas las circunstancias, suministrado por un profesional en la salud, pues como ya se señaló, su aplicación puede realizarse de forma directa, previa capacitación, por un familiar o cuidador, en el caso de los menores, o incluso por el mismo interesado. Todo esto, bajo la estricta supervisión de un equipo médico correspondiente¹⁵¹.

En el caso *sub examine*, la Sala encuentra que, como quiera que la accionante había venido aplicando, por más de 11 años, el factor de coagulación a su hijo y que, además, fue capacitada ante la entidad competente para tales efectos, las razones presentadas por la EPS SANITAS, en cuanto a la suspensión de la entrega directa a la madre del FACTOR VIII que requiere Francesco Poveda Robledo, van en contravía del propósito de que el suministro periódico de dicho medicamento, incluyendo la dosis de emergencia, se aplique de manera regular y oportuna, ocasionando esto, por tanto, riesgos sobre la condición de la salud del menor, quien, como consecuencia de las decisiones de tipo administrativo adoptadas por la EPS, se ha visto sometido a largas esperas para recibir la dosis que necesita del medicamento en mención, con las implicaciones que eso tiene en el control de su enfermedad y de los dolores que ésta le produce.

No advierte la Sala que, desde el punto de vista técnico y legal exista prohibición que, expresamente, le impida al personal no médico, como es el caso de los padres o cuidadores del enfermo hemofílico suministrar el medicamento que se requiere para el tratamiento de dicha patología. Sobre el particular el “*Protocolo clínico para tratamiento con profilaxis de personas con hemofilia A severa*” expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social -Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud- se refiere concretamente a la hemofilia A severa señalando que “*Desde la década de los 80, se ha promovido la terapia en casa para pacientes con diagnóstico de hemofilia A, esta terapia permite que el paciente tenga acceso rápido al factor*

¹⁵¹ Ver a folio 62 y 63 del cuaderno de revisión.

de coagulación, y por lo tanto, al tratamiento oportuno y óptimo. Esta opción 19 terapéutica solo se recomienda en pacientes y cuidadores quienes han recibido un proceso educativo por parte del equipo interdisciplinario, orientado a las generalidades de la hemofilia, reconocimiento de episodios de hemorragia y sus complicaciones, primeros auxilios, cálculo de dosis a administrar, preparación, almacenamiento y administración de concentrado de factor VIII, técnicas de asepsia, realización de punción venosa, seguimiento y reporte de eventos al equipo de salud interdisciplinario, almacenamiento y eliminación de agujas y elementos cortantes. La decisión de llevar un paciente a terapia en casa, será del equipo interdisciplinario posterior a un período de seguimiento y evaluación”¹⁵².

De este modo, el mismo Protocolo destaca la importancia en el desarrollo y mejoramiento de las técnicas de administración e introducción del tratamiento en casa, demostrándose, en estos casos que previa capacitación del enfermo hemofílico o de un familiar o cuidador, se reporta un avance positivo en los resultados en salud y calidad de vida de las personas con el diagnóstico¹⁵³.

En consecuencia, la Sala le ordenará a la EPS SANITAS que, en el marco del Programa de Hemofilia con el que cuenta la entidad, reanude la entrega del FACTOR VIII para profilaxis, incluyendo la dosis de emergencia, a la señora Rocío del Socorro Robledo Blanco, para que ésta realice el suministro del mismo, de conformidad con lo que disponga su médico tratante.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del treinta de junio (30) de junio de 2017 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Colombia (Atlántico) dentro del **expediente T-6.486.644** mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Ángela Mercedes Martínez Maury en representación de su menor hijo Isaac Lubin Aristizábal Martínez contra la EPS CAJACOPI. En su lugar **CONCEDER** el amparo solicitado, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la EPS CAJACOPI que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, inicie las gestiones necesarias para que, en caso de no haberse llevado a cabo, le sea practicada al menor hijo Isaac Lubin Aristizábal Martínez la cirugía

¹⁵² “Protocolo clínico para tratamiento con profilaxis de personas con hemofilia A severa” Ministerio de Salud y Protección Social, 2015. Parte introductoria.

¹⁵³ “Protocolo clínico para tratamiento con profilaxis de personas con hemofilia A severa” Ministerio de Salud y Protección Social, 2015.

consistente en “*reducción de cráneo*”, garantizando los demás servicios médicos que en razón de dicha patología requiera el menor para el restablecimiento de su salud, todo esto de conformidad con lo prescrito por el médico tratante.

TERCERO.- REVOCAR la sentencia del nueve (9) de agosto de 2017 proferida por Juzgado Primero Municipal de Zipaquirá (Cundinamarca) con Funciones de Control de Garantías, dentro del **expediente T-6.472.202**, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela instaurada por el señor Héctor Hugo García Ríos en calidad de agente oficioso del menor Carlos Andrés Uribe Moncada contra la EPS FAMISANAR. En su lugar **CONCEDER** el amparo solicitado, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO.- ORDENAR a la EPS FAMISANAR que en un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, se sirva : (i) reemplazar la silla de ruedas que el menor requiere para su movilidad, garantizando la idoneidad de la misma, (ii) previa prescripción médica, evaluar en la Junta Médica de la que habla el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016 la necesidad y pertinencia en autorizar el servicio de enfermería para el menor agenciado, tomando en consideración las limitaciones físicas del mismo y la edad que tiene su madre, como única persona al cuidado del menor . De encontrarse la necesidad en el servicio, proceda a otorgar el mismo para efectos de que empiece a ser prestado de manera inmediata y (iii) autorizar el servicio de transporte que el menor requiere para trasladarse a sus citas médicas y sesiones de terapia en el municipio de Ubaté (Cundinamarca). Del mismo modo, de llegarse a ordenar algún tipo de atención médica que, por su especialidad, no pueda llevarse a cabo en el municipio de Ubaté, sino en un distinto al lugar de residencia del agenciado, se le ordena a la EPS asumir la prestación del servicio de transporte que para tales efectos se requiera.

QUINTO.- REVOCAR las sentencias del siete (7) de julio de 2017 y del veintidós (22) de agosto del 2017 proferidas por el Juzgado cuarenta y cuatro (44) Penal Municipal del Bogotá y por el Juzgado cuarenta y nueve (49) Penal del Circuito de la misma ciudad dentro del **expediente T-6.416.011**, mediante las cuales se negó el amparo invocado por la señora Rocío del Socorro Moncada Blanco en representación de su menor hijo Francesco Poveda Robledo, contra la EPS SANITAS. En su lugar **CONCEDER** el amparo solicitado, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO.- ORDENAR a la EPS SANITAS que en un término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, se sirva a reanudar la entrega del medicamento FACTOR VIII para profilaxis, incluyendo una dosis de emergencia, a la señora Rocío del Socorro Robledo Blanco, para que esta realice el suministro de éste, de conformidad con lo que disponga su médico tratante.

SEPTIMO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General