



SALA DE DECISIÓN N° 005 CONSTITUCIONAL

Cartagena de Indias D.T. y C., Enero treinta (30) de dos mil diecisiete (2017)

Acción	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-003-2016-00255-01
Demandante	CARLOS DARÍO MACÍAS MENCO
Demandado	NUEVA EPS
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	TRATAMIENTO INTEGRAL A PACIENTE DE LA TERCERA EDAD Y DIAGNOSTICADO CON CÁNCER DE PRÓSTATA

I. OBJETO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dirimir la impugnación presentada por la parte accionada contra la sentencia del primero (1) de diciembre de 2016¹, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en la que se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor CARLOS DARÍO MACÍAS MENCO.

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el señor CARLOS DARÍO MACÍAS MENCO, identificado con la C.C. No. 982.469 de Sucre.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de LA NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS

IV. ANTECEDENTES

4.1. Pretensiones.

CARLOS DARÍO MACÍAS MENCO, en su calidad de accionante, solicita se le protejan los derechos fundamentales a la salud, la vida digna, integridad personal, derecho a un diagnóstico, tratamiento digno del paciente con cáncer; en consecuencia, se ordene a la entidad que dé cumplimiento inmediato a la medida provisional solicitada sin que se oponga para su negativa lo contemplado en el POS ni ningún tipo de barreras; de igual forma, solicita ordenar a la entidad promotora de salud que se le garantice

¹ Fols. 47- 54 cdno 1

SENTENCIA No 03. /2017

la entrega permanente (es decir que no haya demora) de todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos en la cantidad y periodicidad que ordenen sus médicos tratantes, y además se le garantice una atención prioritaria e integral por la patología que presenta y por su edad; así mismo, solicita ordenar a La Nueva Empresa Promotora De Salud – Nueva Eps que cada vez que sea remitido a otra ciudad para recibir servicios o atención médica, la mencionada entidad se sirva de garantizar su traslado (ida y regreso) en ambulancia, gastos de alojamiento y alimentación para sí y un acompañante, en el caso de ser requerido; entre otras.

4.2. Hechos².

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

Afirma el actor que se encuentra afiliado al sistema de salud NUEVA EPS, en el régimen contributivo.

Alega que, fue diagnosticado con cáncer de próstata, por lo que su médico tratante le ordenó estudio de GAMMAGRAFÍA ÓSEA (CORPORAL TOTAL O SEGMENTARIA – CANTIDAD 1), con el fin de determinar si el tumor hizo metástasis. En consecuencia, la NUEVA EPS lo remite a la IPS INVERSIONES RADIÓLOGOS ECOGRAFIAS DEL CARIBE S.A en la ciudad de Barranquilla, en donde según manifiesta el actor, no tiene parientes ni conocidos lo que resulta preocupante para el accionante toda vez que no conoce la ciudad a la que fue remitido su estudio.

Informa que, en virtud de lo anterior, presentó derecho de petición ante la NUEVA E.P.S, para que el procedimiento le fuese realizado en la Ciudad de Cartagena, pero el mismo le fue negado.

El actor expone que, presenta dolencias y afecciones de salud que son connaturales a su edad, por lo que resulta ser más complicado su desplazamiento a la ciudad de Barranquilla para la realización del examen mencionado en líneas anteriores. Además arguye que, no tiene quien lo acompañe, puesto que la nieta con la que vive es madre cabeza de familia y pasa la mayor parte del tiempo trabajando, al mismo tiempo que no cuenta con la capacidad económica para asumir los gastos del procedimiento ordenado por el médico tratante en la ciudad de Cartagena.

² Fols. 1-5 cdno 1

SENTENCIA No 03. /2017

Por último, pone de presente el actor que es una persona de especial protección, toda vez que su edad es de 85 años y que sumado a ello padece una enfermedad considerada por la legislación Colombiana como catastrófica y ciertamente riesgosa, lo cual lo hace merecedor de una protección reforzada por parte del estado colombiano, razón por la cual acude ante los estrados judiciales con el fin de que se le garantice el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y de los diferentes principios que lo soportan.

4.3 CONTESTACIÓN DE LA NUEVA EPS³

LA NUEVA EPS, en el informe solicitado, aduce que existe, hecho superado, en cuanto que, al usuario CARLOS DARÍO MACÍAS MENCO se le autorizó el examen Gammagrafía Ósea (Corporal Total o Segmentaria) con N° de autorización 65163255, direccionada a la IPS Inversiones Radiólogos Ecografistas del Caribe, ubicada en la Ciudad de Barranquilla.

En lo que atañe a la autorización del traslado en ambulancia, se le comunicó al usuario que debía dirigirse a la oficina de atención al afiliado ubicada en el barrio Manga avenida Jiménez #19 – 71, y con ello aportar la prescripción médica, historia clínica y formato de justificación no POS actualizados, para proceder a radicar y dar trámite a su requerimiento.

V. FALLO IMPUGNADO⁴

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena, mediante sentencia del primero (1) diciembre de 2016, resolvió tutelar los derechos invocados por la accionante; en consecuencia, ordenó a la NUEVA EPS que dentro del término de veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de la decisión tomada, realice al señor CARLOS DARÍO MACÍAS MENCO el examen Gammagrafía Ósea (Corporal o Segmentaria – Cantidad 1), ya sea en la ciudad de Cartagena o en su defecto que la NUEVA EPS le garantice al actor el traslado en ambulancia (ida y vuelta), con el debido acompañamiento requerido para realizar dicho estudio en la Ciudad de Barranquilla donde fue ordenado, previos los trámites que impone el traslado en cuestión pero de forma urgente teniendo en cuenta las circunstancias en las que se encuentra el accionante tratándose de una persona de la tercera edad, además de la patología que padece el mismo.

³ Fols. 29- 30 cdno 1

⁴ Fols. 47- 54 cdno 1

VI. IMPUGNACIÓN**6.1. NUEVA EPS⁵**

La entidad impugnó el fallo de tutela con relación al numeral cuarto en lo referente al Tratamiento Integral ordenado en aquel, solicitando su revocatoria, para lo cual planteó los siguientes argumentos:

Alega que respecto al tratamiento integral referido, por parte de la entidad de NUEVA EPS, no se pueden ordenar tratamientos integrales a ningún tipo de pacientes, en virtud a que estos ordenamientos son realizados por médicos tratantes del paciente y que van conforme a los requerimientos del mismo, en virtud a que la entidad no conoce con certeza el comportamiento y desarrollo de la patología.

Sostiene que, la acción de tutela no resulta procedente para la reclamación de futuras prestaciones de servicios de salud, razón por la cual solicita que el presente fallo no sea confirmado al no demostrarse circunstancias apremiantes que determinen la afectación de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

VII. RECuento PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis 2016⁶, proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)⁷, siendo finalmente recibido y admitido por esta Magistratura el día trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)⁸.

VIII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Copia de la historia clínica del actor en la cual se señala que padece de tumor maligno en la próstata⁹.
- Copia de la relación de Gammagrafías que se realizan en el Centro de Medicina Nuclear del Caribe en el Barrio Bocagrande es esta ciudad¹⁰

⁵ Fols. 58- 60 cdno 1

⁶ Fols. 69 cdno 1

⁷ Fol. 3 cdno 2

⁸ Fol. 5 cdno 2

⁹ Fols. 7-10 cdno 1

SENTENCIA No 03. /2017

- Derecho de petición presentado por el accionante a la accionada solicitando le sea autorizado en la ciudad de Cartagena el procedimiento de Gammagrafía Ósea¹¹.
- Respuesta por parte de la accionada a la petición elevada por el tutelante¹².
- Copia de orden de servicios N° 4830109522 en la que se ordena el procedimiento de Gammagrafía ósea corporal total o segmentaria ordenada por el Dr. Gabriel Manotas¹³.
- Copia de autorización de servicios N° 60527305 con fecha de 2 de agosto de 2016, en la que se autoriza el procedimiento de Gammagrafía Ósea en una IPS de Barranquilla, orden con vigencia de 60 días¹⁴.
- Copia simple de la guía de envío vía correo certificado, por medio de la cual la entidad le notificó al paciente de la autorización para la realización del procedimiento¹⁵

IX. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**9.1. La competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

9.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:

¿Vulnera LA NUEVA EPS los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad personal, vida digna del señor CARLOS DARÍO MACÍAS MENDO de 85 años de edad y diagnosticado con Cáncer de próstata, al alegar que, por parte de la entidad no pueden ser ordenados tratamientos integrales a ningún tipo de pacientes, bajo el entendido que las ordenes son realizados por médicos tratantes del paciente y que van conforme a los requerimientos del mismo y por tanto no conoce con certeza el comportamiento y desarrollo de la patología?

¹⁰ Fol.11 cdno 1

¹¹ Fol 12 cdno 1

¹² Fols. 13-14 cdno 1

¹³ Fol. 16 cdno 1

¹⁴ Fol. 17 cdno 1

¹⁵ Fols. 31- 33 cdno 1

SENTENCIA No 03. /2017

Para abordar los problemas planteados, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii). La salud como derecho fundamental susceptible de ser amparado mediante acción de tutela; iii) El principio de integralidad en el derecho a la salud; iv) Derecho fundamental autónomo a la salud de las personas de la tercera edad; v) Derecho fundamental a la salud y su especial protección tratándose de personas con Cáncer; vi) Caso concreto.

9.3 TESIS DE LA SALA

En ese orden de ideas, la Sala sostendrá que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que el actor padece de una enfermedad catalogada para la H. Corte Constitucional como catastrófica y ruinosa, además su condición se agrava debido a su condición especial de paciente de tercera edad, cuya protección debe ser integral, en atención al grado de vulnerabilidad en la que se encuentra.

9.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

SENTENCIA No 03. /2017

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

9.5 La salud como derecho fundamental susceptible de ser amparado mediante acción de tutela.

La Constitución Política, en sus artículos 48 y 49, consagra el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley¹⁶. Así mismo, su prestación debe ser continua¹⁷, es decir, de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea admisible su interrupción sin la debida justificación constitucional. Los artículos superiores citados, han sido desarrollados paulatinamente por sendas jurisprudencias de la Corte Constitucional, en las que se han precisado las pautas de su aplicación, alcance y defensa.

En tal sentido, se destaca la sentencia T-760 de 2008, mediante la cual se analizó los requisitos establecidos -excesos y carencias- en la regulación legal de la prestación del servicio de salud en el país, y en la que se determinó que todas las personas pueden hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud, ante cualquier amenaza o violación, reafirmando la categoría autónoma de fundamentalidad para el derecho a la salud, bajo el siguiente tenor:

¹⁶ El artículo 2° de la ley 100 de 1993, define los principios sobre los cuales debe basarse el servicio público esencial de seguridad social y la forma como debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, así:

“a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; (...)

d. INTEGRALIDAD. Es 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; (...).”

¹⁷ Relacionadas con el principio de continuidad en la prestación del servicio, entre muchas otras, pueden verse las sentencias: T-059 de 1997, T-515 de 2000, T-746 de 2002, C-800 de 2003, T-685 de 2004, T-858 de 2004, T-875 de 2004, T-143 de 2005, T-305 de 2005, T-306 de 2005, T-464 de 2005, T-508 de 2005, T-568 de 2005, T-802 de 2005, T-842 de 2005, T-1027 de 2005, T-1105 de 2005, T-1301 de 2005, T-764 de 2006, T-662 de 2007, T-690 A de 2007, T-807 de 2007, T-970 de 2007 y T-1083 de 2007.

SENTENCIA No 03. /2017

“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que ‘todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente’, y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos. Observa el Comité que el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de ‘buena salud’, sino a garantizar ‘toda una gama de facilidades, bienes y servicios’ que aseguren el más alto nivel posible de salud.”

Con esa perspectiva, por su naturaleza prestacional, la salud es considerada un derecho fundamental¹⁸ y un servicio público de amplia configuración legal; no obstante, corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo. En tal razón la propia Corte Constitucional ha considerado que:

*“En materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, **todas las personas sin excepción** pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.*

Por tal motivo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección”¹⁹.

¹⁸ Con la misma línea jurisprudencial en torno a la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en las cuales se ha indicado que esta garantía es de raigambre fundamental, puede consultarse las sentencias T-999/08, T56610

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.

Ello quiere decir, que procede el amparo en sede de tutela, cuando resulta imperioso, velar por los intereses de cualquier persona, que así lo requiera²⁰. En ese orden, la materialización del derecho fundamental a la salud, exige que todas las entidades que prestan dicho servicio, se obliguen a la óptima prestación del mismo, en la búsqueda del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, conforme al marco normativo señalado, comoquiera que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, como es el caso del derecho a la vida y a la dignidad humana.²¹

Ahora bien, acerca los servicios no incluidos en el POS, en la antes mencionada sentencia T- 760 de 2008 se dijo: *“Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él)...²²”*; Posición reiterada en sendas sentencias²³, en las que se reconocen ciertos criterios para determinar la procedencia de otorgar los medicamentos NO POS, a saber:

²⁰ Al respecto es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007, donde se señaló: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.”

²¹ En la sentencia T-790 de 2012, la Corte Constitucional, indicó: “Por consiguiente, fue con la Observación General 14 que se estableció que el derecho a la salud debe ser garantizado por el Estado en el más alto nivel posible que les permita a las personas vivir en condiciones dignas.// En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado diversos escenarios de protección donde el suministro de ciertos medicamentos o procedimientos resultan necesarios para procurar la garantía de la dignidad humana de las personas que atraviesan por especiales condiciones de salud. Verbigratia, sobre las personas que tienen dificultades de locomoción y que por este motivo no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares, este Tribunal indicó: //siendo este aspecto uno de los más íntimos y fundamentales del ser humano, los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad en intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia”.

²² En igual sentido, ver sentencias T-138/08, T-110/09, T-1227/09.

²³ Sobre el tema se puede consultar las siguientes sentencias: T-1066 de 2006, T-464 de 2006, T-434 de 2006, T-774 de 2005, T-732 de 2005, T-736 de 2004, T-065 de 2004.

SENTENCIA No 03. /2017

- i) Que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física;
- ii) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio;
- iii) Que el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; y,
- iv) Que el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido.

En todo caso, corresponderá al juez de tutela verificar el cumplimiento de estos presupuestos y una vez comprobados se podrá ordenar a la EPS correspondiente, suministrar los procedimientos y medicamentos, para que se lleve a cabo el tratamiento y se realice el procedimiento médico solicitado.

9.6. El principio de integralidad en el derecho a la salud

Teniendo en cuenta la importancia para la debida prestación del servicio a la salud, la H. Corte Constitucional ha manifestado la relevancia de que este derecho se preste en atención al principio de Atención Integral, manifestando lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T 760 de 2008 en la que se estableció lo siguiente:

“(…) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse

SENTENCIA No 03. /2017

por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS).”²⁴ (Subrayas pertenecientes a la Sala)

Este concepto del principio de atención integral, ha sido tomado por la Corte, en el entendido de que no solo se atiende a lo preceptuado por la norma superior sino que se ha regulado en conjunto con las normas de la seguridad social, tales como el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, la que enuncia el principio en estudio, de la siguiente manera:

“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone:

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

SENTENCIA No 03. /2017

“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”.

En igual sentido, desarrolla el principio en estudio, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, así:

“Artículo 8°. La integralidad. 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.”

Es así como para la Corte Constitucional este principio, es de vital importancia a la hora de aplicarlo con relación al derecho a la salud.

En concordancia con todo esto, el máximo intérprete de la constitución aplica de manera explícita y recalca de manera directa la importancia no solo de la cobertura del derecho fundamental a la salud, sino que este se haga efectivo a través del principio de atención integral, como quiera que cuando se ampare por los fallos constitucionales no quede nada al azar, que se convierta en un obstáculo para su materialización²⁵.

No obstante lo anterior, es menester aclarar que el principio de atención integral debe ser aplicado por las EPS por obligación constitucional y legal, pero las órdenes emanadas de los jueces de tutela, deben contar con el correspondiente soporte fáctico de donde se desprenda la certeza de la vulneración o amenaza del derecho fundamental pretendido, y en caso de que carezcan de ello, no puede expedirse una protección concreta de un servicio que es hipotético o eventual.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-576 de 2008. “que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente”.

9.7 Derecho fundamental autónomo a la salud de las personas de la tercera edad

El derecho fundamental autónomo a la salud de personas de la tercera edad, merece un especial tratamiento, toda vez que los mismos se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y fragilidad propias de su edad, y así lo ha entendido la Corte Constitucional en sentencia T- 989 de 2005 M.P Rodrigo Escobar Gil, al manifestar que

“Para el caso de las personas de la tercera edad, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad”

De igual forma, y atendiendo a la debilidad manifiesta que presentan las personas de avanzada edad, el estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a los mismos, bajo condiciones favorables para el adulto mayor. Por lo que la Corte constitucional ha hecho énfasis a lo anterior exponiendo que

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran.”²⁶

9.8 Derecho fundamental a la salud y su especial protección tratándose de personas con cáncer.

A este punto, es menester manifestar que tratándose de personas que padecen enfermedades ruinosas o catastróficas como lo es el cáncer, son merecedoras de protección constitucional rigurosa, dado que el estado debe propender por el mejoramiento de la calidad de vida del sujeto diagnosticado con este tipo de patología.

²⁶ Sentencia T-540 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Ante lo anterior, la H. Corte Constitucional hace énfasis en que

“las personas que padecen cáncer merecen una protección constitucional reforzada, protección que atiende a su condición de debilidad manifiesta y que exige del Estado y de la sociedad los mejores esfuerzos para mejorar la salud y la calidad de vida del paciente. En virtud de esta especial protección, el principio de solidaridad cobra especial relevancia cuando se trata de la protección y el cuidado de los pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas.

La Constitución establece en su artículo 95 numeral 2, el deber de solidaridad social “según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes.”²⁷

Por otro lado, las entidades prestadoras del servicio de salud deben garantizar la protección especial que el paciente con cáncer requiere, con el fin de estimular la calidad de vida y no contribuir al desmejoramiento de quien presente esta patología.

Así las cosas, la Corte Constitucional se ha referido a este aspecto aduciendo que

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

9.9 CASO CONCRETO

En el presente asunto, el actor solicitó el amparo de sus derechos fundamentales de salud, vida digna, integridad personal, por encontrarse presuntamente transgredidos por la NUEVA EPS; así las cosas, advierte la Sala que se encuentran demostrados los siguientes hechos:

²⁷ Sentencia T- 326 de 2010 M.P Luis Ernesto Vargas Silva

²⁸ Sentencia T- 920 de 2013 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

SENTENCIA No 03. /2017

El señor CARLOS DARÍO MACÍAS MENCO fue diagnosticado con tumor maligno de próstata como consta en la historia clínica²⁹, razón por la cual el médico tratante Gabriel Manotas de León, le ordenó una GAMMAGRAFÍA ÓSEA (CORPORAL TOTAL O SEGMENTARIA) cuya orden de servicios es la N° 4830109532³⁰; así mismo, mediante autorización de servicios N° 60527305 con fecha de 2 de agosto de 2016 se le autoriza al accionante el procedimiento de Gammagrafía Ósea en una IPS de Barranquilla, orden con vigencia de 60 días³¹.

Ahora bien, ciertamente el paciente cuenta con una orden para la realización del procedimiento, pero sus aflicciones connaturales a su edad y el grado de afectación de su salud propias a la patología que padece, no le es posible el traslado a la Ciudad de barranquilla, ciudad a la que fue remitido para la realización del examen requerido.

Se encuentra probado además que, la entidad notificó autorización de gammagrafía Ósea (Corporal total o segmentaria) vía correo certificado con número de guía 834010499937³²

En cuanto a la petición del actor, respecto a que se ordene a la accionada a garantizar una atención prioritaria e INTEGRAL por la patología y edad del mismo, esta Sala comparte la decisión pronunciada por el *a- quo*, toda vez que el paciente no tenga la necesidad de iniciar un nuevo trámite de acción de tutela para garantizar el amparo de sus derechos fundamentales en atención a su patología y a su edad.

De acuerdo con lo anterior, y previo a concluir el asunto, se tiene que las razones en que se basó el juez de primera instancia se encuentran ajustadas a los preceptos constitucionales y legales analizados, con el fin de que la entidad accionada, cumpla con los mandatos normativos atrás expuestos que coinciden con los jurisprudenciales, orden que no está tutelando hechos futuros no acaecidos, sino recordando el principio de atención integral consagrado en la ley 100 y normas posteriores; motivo por el cual la decisión impugnada se confirmará en su totalidad.

X. CONCLUSIÓN

Colofón de lo expuesto, la respuesta al problema jurídico planteado es positivo, por cuanto la nueva empresa promotora de salud – Nueva EPS-, se encuentra vulnerando el derecho fundamental a la salud, vida digna, integridad personal de señor CARLOS DARÍO MACÍAS MENCO, al No

²⁹ fols. 7- 10 cdno 1

³⁰ fol. 16 cdno 1

³¹ fol. 17 cdno 1

³² fol. 31 cdno 1



SENTENCIA No 03. /2017

garantizarle un tratamiento integral acorde a la patología presentada por el mismo y por la avanzada edad que presenta, lo que puede generar un deterioro mayor al estado de salud del accionante.

XI. DECISIÓN

Atendiendo lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida el uno (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena, dentro de la presente acción de tutela.

SEGUNDO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y **ENVÍESE** copia de la presente decisión al juzgado de origen.

CUARTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen del diligenciamiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 03 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ****EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**