

Sentencia T-121/15

Referencia: Expediente T-4.574.405

Acción de Tutela instaurada por la señora XX,
en representación de su hijo YY, contra
Cooameva EPS

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela dictados por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Garantías de Barranquilla y por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, en el asunto de la referencia

I. ANTECEDENTES

1.1. Cuestión previa

La presente acción de tutela tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de un menor, en el ámbito del tratamiento de datos sensibles, relativos a la salud y a la vida sexual^[1]. Por dicha razón, y en aras de proteger su intimidad, privacidad y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales^[2], se emitirán respecto de este caso dos copias del mismo fallo, diferenciándose en que se sustituirán los nombres reales en aquella copia que se publique en la gaceta de la Corte Constitucional.

1.2. Hechos

La señora XX instauró acción de tutela el día 20 de mayo de 2014 contra Coomeva EPS, en representación del menor YY, por considerar que la citada empresa trasgredió el derecho a la salud de su hijo al no autorizar todos los procedimientos ordenados por el médico tratante. La acción constitucional fue admitida por la autoridad judicial de primera instancia el 22 mayo de 2014^[3], y los hechos relevantes se resumen así:

(i) El hijo de la actora, quien tenía 12 años al momento de instaurar la tutela, nació con una enfermedad congénita denominada *epispadias* (malformación del pene).

(ii) El médico tratante dictaminó que dicho padecimiento comprende el encordanamiento dorsal del pene, por lo que ordenó los procedimientos quirúrgicos: *corrección de hipospadias* y *corrección de angulación del pene*.

(iii) Según la demandante, de manera verbal, la EPS le informó que sólo podía autorizar el primer procedimiento, sin proceder a la correspondiente corrección de la curvatura del pene.

(iv) Ante esta situación, la actora acudió nuevamente al médico tratante, quien –según ella– le manifestó que ambas cirugías son necesarias, máxime cuando su hijo se encuentra entrando en la adolescencia, con el fin de evitar secuelas físicas y emocionales.

1.3. Solicitud de amparo constitucional

1.3.1. Con fundamento en los hechos relatados, la demandante solicitó al juez constitucional que ordenara la realización de los procedimientos ordenados por el médico

tratante (*corrección de hipospadias y la corrección de angulación del pene*). Igualmente, requirió que se ordenara a la EPS exonerarla de la cancelación de copagos y/o cuotas moderadoras que se llegasen a causar por la prestación de los servicios.

1.3.2. Para sustentar su solicitud, hizo un recuento pormenorizado de la jurisprudencia de esta Corporación, desde la protección del derecho a la salud a través de la conexidad, hasta su reconocimiento como derecho fundamental autónomo. A continuación, refirió a la importancia de su defensa en tratándose de niños, para lo cual reseñó lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta, en concordancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

A partir lo anterior y debido a la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los niños, enfatizó que es una obligación particular del Estado, de la sociedad y de la familia velar por su efectiva protección. Por ello, a su juicio, la acción de tutela se torna en el mecanismo idóneo para proteger el derecho fundamental invocado.

1.3.3. En cuanto al asunto de fondo, adujo que es responsabilidad de las EPS el aseguramiento de sus afiliados, que comprende –entre otras– el acceso efectivo y de calidad a la prestación de los servicios que se requieran para garantizar el derecho a la salud. En cuanto a los medicamentos o procedimientos excluidos del POS, apuntó que la jurisprudencia de la Corte ha señalado ciertos requisitos, que se cumplen en este caso y que –en sus palabras– definió de la siguiente manera: (i) que exista una orden del médico tratante adscrito a la EPS; (ii) que esta última se niegue a prestar el servicio por no estar contemplado en el plan obligatorio; (iii) que aquel se requiera para garantizar la salud y no pueda ser sustituido por otro dentro del POS; y (iv) que no cuenten con capacidad económica suficiente para acceder a lo prescrito por el médico tratante.

Finalmente, debido a que carece de recursos económicos, indicó que no le debían imponer la carga de pagar los copagos y/o las cuotas moderadoras para los servicios que su hijo requiera, pues ello afectaría su acceso efectivo a lo ordenado por los profesionales de la salud.

1.4. Contestación de la parte demandada

La Empresa Promotora de Salud Coomeva EPS guardó silencio durante el término otorgado por la autoridad judicial de primera instancia para ejercer su derecho de defensa.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 4 de junio de 2014, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla resolvió declarar la improcedencia del amparo deprecado. A juicio del *a-quo*, la acción no resultaba procesalmente inviable, pues 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[4]. Aunado a lo anterior, señaló que en la sentencia C-119 de 2008[5], al decidir la exequibilidad del citado artículo, esta Corporación consideró que dicha atribución, de naturaleza jurisdiccional, sería principal y prevalente. De manera que la acción de tutela sólo estaría llamada a proceder ante el posible acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Visto lo anterior, en criterio del juez de instancia, no se evidencia tal situación apremiante frente al caso concreto y tampoco se observa que la demandante hubiese acudido a la referida Superintendencia, en uso de la vía procesal dispuesta para resolver la controversia propuesta.

2.2. Impugnación

En la oportunidad procesal, la accionante impugnó el fallo de tutela sin aducir razones distintas a las propuestas en la sustentación de la demanda.

2.3. Sentencia de segunda instancia

En sentencia del 31 de julio de 2014, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla que decidió confirmar la decisión del *a-quo*, básicamente por las mismas razones esbozadas por dicha autoridad.

2.3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

(i) Historia clínica perteneciente al menor Diego Andrés Velilla, en la que se indica que padece hipospadias y encordamiento del pene, y que fue operado a los dos años de edad. Por lo demás, como plan de manejo, figura la corrección de ambas condiciones (cuaderno 1, folio 24).

(ii) Solicitud de procedimiento quirúrgico de *corrección de hipospadias* (cod. 584500) y *corrección de angulación peneana* (cod. 649804), dispuesta por el médico tratante (cuaderno 1, folios 25 a 26).

(iii) Copia de tarjeta de identidad del menor YY, en la que figura como fecha de nacimiento el 11 de octubre de 2001 (cuaderno 1, folio 27).

2.4 Pruebas decretadas por la Sala de Revisión

En Auto del 9 de febrero del año en curso, el Magistrado Sustanciador decretó la práctica de pruebas destinadas a establecer: (i) si los procedimientos ordenados por el médico tratante ya habían sido realizados; y (ii) si la Superintendencia Nacional de Salud se había pronunciado sobre el asunto. De igual manera, (iii) se preguntó sobre la capacidad económica de la accionante y de su núcleo familiar; y (iv) del tipo de afiliación en salud

Vencido el término otorgado por esta Corporación y a pesar del requerimiento, no se recibió respuesta alguna por la accionante. Por su parte, mediante escrito radicado en esta Corporación el 19 de marzo del año en curso, Coomeva EPS indicó que la señora XX, actualmente, se halla retirada de la EPS, en donde se encontraba afiliada como cotizante dependiente. También arguyó que, en este momento, se espera la valoración del menor para reprogramar el procedimiento quirúrgico de reparación de *hipospadias*, mas no se refirió a la corrección de angulación *peneana*[\[6\]](#).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución

Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 10 de noviembre de 2014, proferido por la Sala de Selección número Once.



3.2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

3.2.1. La señora XX instauró acción de tutela contra Coomeva EPS, con el fin de que se ordenara a esta empresa autorizar los procedimientos ordenados por el médico tratante de su hijo, quien padece una enfermedad congénita denominada *epispadias* (malformación del pene).

Según la demandante, en su caso, se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia de este Tribunal para ordenar la realización de procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, ya que fueron ordenados por el médico tratante, no existen otros dentro del plan que puedan remplazarlos, se requieren para garantizar el derecho fundamental a la salud y no cuenta con capacidad económica para asumir su costo directamente.

Por otra parte, la EPS guardó silencio durante el trámite de la acción de tutela y sólo tras el requerimiento respondió algunos de los interrogantes planteados por el Magistrado Sustanciador. En efecto, solo se pronunció sobre la realización de uno de los procedimientos (corrección de *hipospadias*) y mencionó que la señora XX se encontraba retirada de la EPS, en donde había estado afiliada como cotizante dependiente.

Ambas autoridades judiciales de instancia declararon improcedente el amparo, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que le confiere competencias a la Superintendencia Nacional de Salud para dirimir controversias atinentes a la 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, pongan en riesgo o amenacen la salud del usuario.

3.2.2. A partir de los hechos y elementos probatorios allegados al proceso, le corresponde a esta Sala de Revisión, determinar si la negativa de la EPS Coomeva de autorizar los procedimientos ordenados por el médico tratante del menor YY, para tratar la malformación congénita que padece, conculca su derecho fundamental a la salud.

Para resolver este problema jurídico y en atención a las consideraciones de las autoridades judiciales de instancia, inicialmente (i) la Sala se pronunciará sobre el derecho fundamental a la salud, en los aspectos referentes a su naturaleza, elementos, principios y derechos que de él emanan; luego de lo cual (ii) abordará el examen del requisito de subsidiariedad, en relación con el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud. Finalmente, con sujeción a los temas expuestos, (iii) se resolverá resolver el caso concreto.

3.3. Del derecho fundamental a la salud: naturaleza, elementos, principios y derechos que de él emanan. Reiteración de jurisprudencia

3.3.1. La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, al referirse a la seguridad social, la describe como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”*. Con posterioridad, al pronunciarse sobre el derecho a la salud, el artículo 49 dispone 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.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...).”

En numerosas oportunidades y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público^[7].

En cuanto a la primera faceta, la salud debe ser prestada de manera oportuna^[8], eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad^[9] e igualdad^[10]; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.

3.3.2. Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015^[11], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014^[12]. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable^[13] y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

3.3.3. En cuanto a su naturaleza, para los efectos de esta sentencia, resulta importante reiterar que se trata de un derecho irrenunciable en lo que a su titularidad se refiere, debido –precisamente– a su categorización como derecho fundamental. Asunto diferente a su ejercicio, que depende –en principio– de la autonomía de la persona. Esta diferenciación fue puesta de presente en la citada Sentencia C-313 de 2014, en los siguientes términos:

“El atributo de la irrenunciabilidad predicable de un derecho fundamental pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente. Con todo, resulta oportuno distinguir entre la titularidad del derecho y el ejercicio del mismo, pues, entiende la Sala que la titularidad de los derechos fundamentales es irrenunciable, pero, el ejercicio de los mismos por parte del titular es expresión de su autonomía. Así pues, si una persona en su condición de titular del derecho fundamental a la salud, se niega a practicarse un procedimiento, esto es, a materializar el ejercicio del derecho, *prima facie* prevalece su autonomía. En cada caso concreto habrá de decidirse, si es admisible constitucionalmente la renuncia del ejercicio del derecho, pues, tal uso de la autonomía, puede entrar en tensión con otros valores y principios constitucionales”.

3.3.4. En lo atinente a su cobertura, como mandato general, es claro que el derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. De igual manera, comprende la satisfacción de otros derechos vinculados con su realización efectiva, como ocurre con el saneamiento básico, el agua potable y la alimentación adecuada. Por ello, según el legislador estatutario, el sistema de salud: “*Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud*”^[14].

Dentro de este contexto, en el ámbito internacional, se ha destacado que este derecho implica que se le asegure a las personas, tanto individual como colectivamente, las condiciones necesarias para lograr y mantener el “*más alto nivel posible de salud física y mental*”^[15]. Para ello, sin duda alguna, es necesario prever desde el punto legal y regulatorio, condiciones de acceso en todas sus facetas, desde la promoción y la prevención, pasando por el diagnóstico y el tratamiento, hasta la rehabilitación y la paliación. Por esta razón, se ha dicho que el acceso integral a un régimen amplio de coberturas, es lo que finalmente permite que se garantice a los individuos y las comunidades la mejor calidad de vida posible.

De esta manera, como lo ha señalado la jurisprudencia, el derecho a la salud no se limita a la prestación de un servicio curativo, sino que abarca muchos otros ámbitos, como ocurre, por ejemplo, con las campañas informativas para el auto cuidado.

3.3.5. En aras de garantizar el citado derecho fundamental, el legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado, reguladas en el artículo 5 de la Ley 1751 de 2015, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responden al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía^[16]. Dichas obligaciones incluyen, a *grosso modo*, dimensiones positivas y negativas. En las primeras, el Estado tiene el deber de sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población; mientras que, en las segundas, se impone el deber a los actores del sistema de no agravar la situación de salud de las personas afectadas^[17].

3.3.6. En cuanto a los elementos que rigen el derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que se trata de aquellos componentes esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Así, en la citada Sentencia C-313 de 2014, se indicó que:

“[A] partir de dichos elementos se configura el contenido esencial del derecho, el cual aparece como un límite para las mayorías, de tal modo que decisiones del principio mayoritario que cercenen alguno de estos elementos pueden eliminar el derecho mismo y por ello deben ser proscritas del ordenamiento jurídico. // Por lo que tiene que ver con la interrelación, estima la Corte que es perfectamente explicable, dado que la afectación de uno de los 4 elementos, pone en riesgo a los otros y, principalmente, al mismísimo derecho. Si bien es cierto, se trata de elementos distinguibles desde una perspectiva teórica, todos deben ser satisfechos para lograr el goce pleno del derecho”.

De conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud incluye los siguientes elementos esenciales: la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional^[18].

Más allá de que cada uno de estos elementos identifica aspectos esenciales del derecho y que constituyen la fuente de las obligaciones del Estado y de otros actores del sistema, no deben entenderse como parámetros independientes, pues de su interrelación depende la efectiva garantía del derecho a la salud. Específicamente, en relación con cada uno de ellos, se ha dicho que: (i) *la disponibilidad* implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población; (ii) *la aceptabilidad* hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida.

Por su parte, (iii) *la accesibilidad* corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De

igual manera, se plantea la necesidad de garantizar la accesibilidad económica y el acceso a la información.

Finalmente, (iv) *la calidad* se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

3.3.7. En lo que atañe a los principios que se vinculan con la realización del derecho a la salud, desde el vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad^[19]. Para efectos de esta sentencia, la Sala ahondará en cuatro de ellos, que resultan relevantes para resolver el asunto objeto de revisión.

3.3.7.1. El principio de *continuidad* en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, en ningún caso, por razones administrativas o económicas, entre otras razones, porque ello constituiría un agravio a la confianza legítima. Sobre este punto, en reiteradas ocasiones, la Corte ha manifestado que: “*Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. (...) [La] Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.*”^[20]

La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que garantiza la integralidad en la prestación de los servicios, hasta tanto se logre la recuperación o estabilidad del paciente. Por ello, repugna al ordenamiento constitucional, las interrupciones arbitrarias que afectan la salud e integridad de las personas.

3.3.7.2. Uno de los principios más relevantes que incorpora la ley estatutaria es el *pro homine*, fundado en la dignidad humana. De acuerdo con este mandato, las normas han de ser interpretadas en favor de la protección y goce efectivo de los derechos de los individuos, en procura de que los preceptos legales se conviertan en instrumentos que respeten en la mayor medida posible, las garantías y prerrogativas esenciales para la materialización de la mejor calidad de vida de las personas.

En lo que respecta al derecho a la salud, este Tribunal ha dicho que el principio *pro homine* implica el deber de hacer una interpretación restrictiva de las exclusiones del sistema y, de contera, una exégesis amplia de aquello que ha de entenderse incluido en él. Puntualmente, en la precitada Sentencia C-313 de 2014, se expuso lo siguiente: “*En relación con el derecho a la salud, el principio pro homine se concretaría en la siguiente fórmula: ‘la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. (...)’*^[21]. Esta fórmula, obviamente varía si el ordenamiento jurídico supone como punto de partida para el goce efectivo del derecho la inclusión como regla y la exclusión de servicios como excepción”.

Por lo demás, es relevante traer a colación que, en cada caso concreto, la aplicación del principio *pro homine* dependerá del análisis que se haga de las particularidades del asunto y de lo que en él resulte más favorable para la protección del derecho. Al respecto, en la sentencia previamente mencionada, se expuso que:

“No puede renunciar de antemano esta Corporación al escenario específico del caso y a las circunstancias propias que, de manera excepcional, puedan orientar una decisión más favorable y proporcional en procura del derecho fundamental a la salud. Con todo, una concepción de las prestaciones en salud que asuma la inclusión como regla y, la exclusión como excepción, clausura en mucho las tensiones y dudas que impelen al intérprete a apelar al principio *pro homine*”.

3.3.7.3. Otro de los principios que incluye la Ley 1751 de 2015 es de *prevalencia de derechos*. De acuerdo con el literal f) del artículo 6 de la ley en cita, le compete al Estado “*implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán 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*”.

De ahí que, en tratándose de menores de edad, 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, a partir de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política^[22], la jurisprudencia constitucional ha establecido que, como respuesta a su naturaleza prevalente^[23], en lo que atañe al examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud, la Corte ha concluido que su análisis debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos^[24].

3.3.7.4. Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud le dedica un artículo especial al principio de *integralidad*, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación de este servicio^[25].

Este mandato implica que el sistema debe brindar servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud posible o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su salud en todas sus facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones.

Para los efectos de esta sentencia, resulta relevante indicar que, en atención del principio *pro homine*, como previamente se dijo, en caso de que existan dudas en torno a si el servicio se halla excluido o incluido dentro de aquellos previstos en el régimen de coberturas, ha de prevalecer una hermenéutica que favorezca la prestación efectiva del mismo. En efecto, el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 establece que: “*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*”.

Ahora bien, en el artículo 15 de la citada Ley 1751 de 2015, se establecen unos criterios tendientes a determinar aquellos servicios que no serán financiados por los recursos públicos asignados a la salud, cuya reglamentación se realizará en un lapso de dos años por el Ministerio de Salud y Protección Social, a partir de la entrada en vigencia de la ley en cita. Sobre el particular, la norma en cita dispone que:

“Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso administrativas.

Parágrafo 3°. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas.”

Como se observa de lo expuesto, a futuro, como regla general, se entenderá que todo está cubierto por el plan de salud a excepción de aquellas prestaciones que cumplan con los criterios establecidos en la norma citada, pues la restricción para la financiación de ciertos servicios resulta legítima dentro de una dinámica donde la exclusión sea la excepción. Sin embargo, en virtud del principio *pro homine*, como reiteradamente se ha señalado, de cumplirse ciertas condiciones, aun cuando el servicio esté excluido por dichas normas, podrá ser suministrado, básicamente en aplicación del criterio de “*requerir con necesidad*”, cuando ello se torne claramente indispensable para asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, en la Sentencia C-313 de 2014, esta Corporación indicó que “(...) *al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como “requerido con necesidad”, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud (...)*”^[26]. De manera que, tal requerimiento se presenta si se cumplen 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.”^[27]

Por consiguiente, con sujeción al criterio de necesidad, siempre que se verifique el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez de tutela puede ordenar a una entidad promotora de salud la entrega del medicamento o la prestación del servicio excluido del POS, con el fin de brindar la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios, sin perjuicio de que su financiamiento no recaiga directamente sobre ella, como ocurre, por ejemplo, en el régimen contributivo, en donde dicha obligación está a cargo del FOSYGA^[28].

3.3.8. Ahora bien, dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, las personas tienen la potestad de exigir ciertos derechos, cuya lista es abierta en atención a la naturaleza dinámica del citado derecho. Así, la Ley 1751 de 2015 enlistó algunos de ellos, que fueron agrupados por esta Corporación, en la Sentencia C-313 de 2014, de la siguiente manera:

- (i) Un primer grupo compuesto por aquellos derechos relacionados con el acceso al derecho.
- (ii) Un segundo conjunto relativo al acceso a la información.
- (iii) Un tercer grupo asociado a la calidad del servicio.
- (iv) Un cuarto grupo relativo a la aceptabilidad del servicio.
- (v) Un quinto conjunto relacionado con otros derechos como la intimidad, la prohibición de sometimiento a tratos crueles e inhumanos y el derecho no soportar las cargas administrativas del sistema imputables a las entidades que lo conforman.

3.3.8.1. En esta ocasión, la Sala se concentrará en estudiar algunos de ellos que resultarán de vital importancia para la solución del caso analizado en esta oportunidad^[29]. En el primero grupo, esto es, en lo referente a los derechos vinculados con el acceso al derecho a la salud, se destaca que:

- (i) Los usuarios tienen derecho a acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad. Este derecho involucra la garantía de obtener una prestación del servicio acorde con los principios antes expuestos que permita una efectiva protección de sus derechos fundamentales.
- (ii) Los pacientes recibirán prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley, siempre que prevalezcan los preceptos constitucionales. Al respecto, la Corte ha sido enfática en afirmar que no podrán alegarse razones de ley para no suministrar la prestación necesaria y vulnerar el derecho.
- (iii) El individuo tiene derecho a la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos, este derecho a su vez implica el acceso a todos los servicios de salud requeridos, ya sea para prevención, tratamiento o paliación, en el momento oportuno, de manera integral y con los requerimientos de calidad necesarios para garantizar su efectividad.
- (iv) Así mismo, el paciente tendrá derecho a agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad. Sobre este derecho, la Corte explicó que deberá entenderse como la potestad del usuario de exigir los servicios de salud, no sólo los necesarios para la superación de su enfermedad, sino también aquellos vinculados con la paliación, rehabilitación, recuperación y prevención de la enfermedad.

3.3.8.2. En cuanto a los derechos de los usuarios relacionados con la calidad del servicio, se resaltan los siguientes:

- (i) Durante todo el proceso de la enfermedad, las personas tienen derecho a que se le preste asistencia de calidad, por trabajadores de la salud debidamente

capacitados y autorizados para ejercer la actividad médica o clínica. Esta prerrogativa está estrechamente relacionada con el elemento de la calidad e idoneidad del personal que rige la prestación del servicio de salud, desarrollada en consideraciones anteriores; y hace referencia a que el paciente debe contar con la certeza y seguridad de que su salud está en manos del personal calificado y adecuado para el tratamiento, prevención, paliación o rehabilitación de sus padecimientos.

- (ii) Los pacientes deberán recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad. Lo anterior, no debe entenderse como un privilegio, por el contrario, debe comprenderse como una constante en la prestación de los servicios públicos esenciales como expresión del respeto por la dignidad humana.

3.3.8.3. Finalmente, el paciente tiene el derecho de exigir que no se le trasladen las cargas administrativas, cuya obligación les corresponde asumir a los encargados en la prestación del servicio de salud, con el propósito de que no constituyan un obstáculo para la eficiente prestación del servicio. Al respecto, la Corte ha dicho que:

“(…) cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos.”^[30]

3.3.9. En suma, para los efectos de esta sentencia, la Sala reitera que la salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible.

Como derecho, está delimitado por ciertos elementos, de los cuales –para los fines de esta sentencia– se ahondan en tres: la *disponibilidad*, que supone, entre otros aspectos, que se preste efectivamente el tratamiento que se requiera; la *accesibilidad*, que implica que las cargas económicas o físicas no puedan tornarse en un impedimento para acceder al servicio; y la *calidad*, que significa la atención adecuada de lo que requiera la persona.

Por lo demás, la salud está regida por ciertos principios, de los cuales, en esta ocasión, la Sala destaca cuatro: la *continuidad*, que implica que una vez iniciado el tratamiento deba seguirse con él sin que sean admisibles interrupciones arbitrarias; la *integralidad*, que repercute en que deba prestarse todo aquello necesario para alcanzar el máximo nivel de salud posible; el principio *pro homine*, según el cual ha de efectuarse una interpretación restrictiva de las exclusiones del sistema y, en caso de presentarse las cuatro condiciones esbozadas según el criterio de “*requerir con necesidad*”, ha de llevarse a cabo el procedimiento^[31]; y, por último, el *principio de prevalencia de los derechos*, entre los cuales se hace especial énfasis en el carácter diferencial del derecho fundamental a la salud, en tratándose de sujetos de especial protección constitucional, como ocurre con los niños.

Por último, la Sala resalta que el derecho a la salud incorpora, a su vez, el reconocimiento de ciertos derechos exigibles por los usuarios, como lo son: el acceso oportuno, de calidad y sin la imposición de cargas administrativas imputables a las entidades que integran el sistema.

3.4. Requisito de subsidiariedad respecto del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud creado por la Ley 1122 de 2007

3.4.1. Tal y como lo ha expuesto esta Corporación en su jurisprudencia^[32], los artículos 86 de la Carta y 6 del Decreto 2591 de 1991, establecen el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, que puede ser instaurada por cualquier persona ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, bajo las siguientes condiciones: (i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, (ii) que aun existiendo otras acciones, éstas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, (iii) que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

A partir de lo expuesto, este Tribunal ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los asociados. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria sólo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar la plena e *inmediata* protección a los derechos específicos involucrados en cada asunto^[33].

3.4.2. Sobre el tema de seguridad social en salud, las Leyes 1122 de 2007^[34] y 1438 de 2011^[35] otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir, con las atribuciones propias de un juez, algunas controversias entre las EPS (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios.

Específicamente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, señala que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la *“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[n] en riesgo o amenace[n] la salud del usuario”*.

3.4.3. Este trámite jurisdiccional, según fue expuesto por esta Sala en la Sentencia T-728 de 2014^[36], inicia con la presentación de una petición informal, que no requiere derecho de postulación, en la cual se deben narrar los hechos que originan la controversia, la pretensión y el lugar de notificación de los sujetos procesales. Dentro de los 10 días siguientes a la radicación del oficio se debe dictar el fallo, el cual puede ser impugnado dentro de los 3 días siguientes. El procedimiento debe llevarse a cabo con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente el derecho al debido proceso de las partes.

De lo anterior, la Sala observa que, en principio, el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud podría resultar idóneo y eficaz, pues su propósito es servir como herramienta protectora de derechos fundamentales y su uso debe ser difundido y estimulado para que se actúe con celeridad y bajo el mandato de resolver los conflictos desde la perspectiva constitucional.

Sin embargo, el término para resolver en segunda instancia los conflictos ventilados a través de tal procedimiento no fue regulado por legislador, deficiencia que es advertida por la Sala en este caso y que conlleva, en eventos como los estudiados, que la acción de tutela se valore como el mecanismo adecuado para la protección material de los derechos constitucionales, máxime cuando en el conflicto se halla un sujeto de especial protección involucrado.

Además, la Sentencia C-119 de 2008^[37], que en este apartado se cita en atención a que los jueces de instancia apelaron a ella para justificar la decisión de declarar improcedente la acción de tutela instaurada en el caso concreto, expresamente indicó que no analizaría, en esa oportunidad, la idoneidad del mecanismo en comento. En efecto, en dicha providencia se expuso: *“la Corte hace ver que no se pronuncia sobre la idoneidad del*

procedimiento que debe observar la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, asunto este que no forma parte de los cargos de la demanda, como tampoco sobre la salvaguarda del derecho de acceso a la Administración de Justicia, cargo que tampoco fue propuesto en la acusación”.

Tales cargos giraron, en primer lugar, en torno al cumplimiento de los requisitos de independencia e imparcialidad para la función jurisdiccional de autoridades administrativas. Asunto que se resolvió indicando que existía cosa juzgada en virtud de la Sentencia C-117 de 2008[38]. En segundo lugar, trataron sobre las facultades de las autoridades administrativas de aplicar la excepción de inconstitucionalidad y se absolvió bajo el entendido de que también están facultadas para emplear tal medida, no siendo ésta una potestad exclusiva del juez de tutela.

3.4.4. En este orden de ideas, cuando se evidencien circunstancias en las cuales esté en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, y se trate de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión, esta Sala ha sostenido que resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, pues la demora que implica esta actuación, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría degenerar en el desamparo de los derechos o la irreparabilidad *in natura* de las consecuencias[39].

3.5. Caso concreto

3.5.1. En el presente asunto, la Sala revisa un caso en el cual la madre de un menor instauró acción de tutela con el objeto de que el juez constitucional, tras amparar el derecho fundamental a la salud de su hijo, ordene la realización de todos los procedimientos decretados por el médico tratante para atender la enfermedad congénita que padece denominada *epispadias* (malformación del pene) y que fueron negados por la EPS demandada, quien sólo le autorizó la realización de uno de ellos.

En efecto, el médico dispuso la práctica de dos procedimientos quirúrgicos denominados: *corrección de hipospadias* y *corrección de angulación del pene*, más sólo le aprobaron el primero de ellos[40]. Por su parte, la entidad demandada guardó silencio durante el término otorgado por la autoridad judicial de primera instancia para ejercer su derecho de defensa y respondió parcialmente los requerimientos formulado por el Magistrado Sustanciador, con el fin de esclarecer múltiples elementos fácticos del caso.

3.5.2. En lo que respecta a las decisiones judiciales que se revisan, ambas autoridades, con similares argumentos, resolvieron declarar improcedente el amparo deprecado, debido a la existencia de un mecanismo de defensa jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud que podría dilucidar el asunto.

3.5.3. Sea lo primero advertir que, en lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela impetrada por la señora XX, a juicio de esta Sala de Revisión, en la medida en que se trata de la salud de un menor de edad, que requiere una atención pronta para corregir la malformación congénita que padece y que el asunto ya se encuentra en sede de revisión ante esta Corporación, el amparo constitucional sí resulta procesalmente viable, pues supondría una carga desproporcionada para un niño –sujeto de especial protección– remitir el asunto ante la Superintendencia Nacional de Salud, máxime cuando –como se señaló en las anteriores consideraciones– dicho procedimiento aún no tiene una segunda instancia reglamentada.

3.5.4. Por lo demás, la señora XX, se halla legitimada para formular la acción de tutela, ya que –como madre del menor YY– busca que su derecho fundamental a la salud sea protegido. De allí que sea claro que se cumple con el requisito de legitimación por activa.

Por otra parte, en cuanto a la EPS Coomeva, también resulta evidente que, para ese momento, era la responsable de atender la salud del menor, y que un médico adscrito a ella, ordenó los procedimientos al hijo de la accionante[41]. Así las cosas, no cabe duda de que se trata de un particular encargado de la prestación de un servicio público, frente al cual se predica la legitimación por pasiva, en los términos del artículo 86 del Texto Superior.

3.5.5. En cuanto al cumplimiento del requisito de inmediatez, también es innegable que la demandante obró con premura tras la negativa de la EPS de autorizar todos los procedimientos a su hijo y que, al menos, adelanta trámites desde el 11 de abril de 2013 para que la EPS lo trate[42]. De hecho, tras la comunicación de Coomeva, recibida por esta Corporación el 19 de marzo de este año, es claro que el menor aún no ha sido atendido[43] y que se encuentra en espera de ser revalorado para reprogramar uno de los procedimientos ordenados por el médico tratante.

3.5.6. Ahora bien, respecto del asunto de fondo, es claro que se cumplen los requisitos para inaplicar las exclusiones del POS, conforme a los principios de integralidad y *pro homine* desarrollados en las consideraciones precedentes.

En efecto, la ausencia del procedimiento acarrea que la malformación congénita que el menor padece no sea corregida de manera integral, con lo cual se afecta su derecho fundamental a la salud. Además, la Sala presume que no existe otro tratamiento que lo pueda remplazar, ante el recurrente silencio –en diferentes etapas procesales– de la EPS demandada. En este orden de ideas, también es claro que los dos procedimientos fueron ordenados por el médico tratante del menor, que se encuentra adscrito a la EPS demandada, tal y como se desprende de la historia clínica obrante en el expediente, al igual que de la solicitud por los procedimientos de corrección de *hipospadias* y corrección de angulación *peneana* visibles en el acervo probatorio[44].

En cuanto a la capacidad económica de la señora XX, a pesar de que no aportó elementos de los que se pudiera inferir la ausencia de tales medios para sufragar por sí misma lo que requiere su hijo, lo cierto es que, de manera oficiosa, esta Sala revisó en el Sistema Integral de Información de la Protección Social Registro Único de Afiliados y constató que, en este momento, la demandante se halla en el régimen subsidiado desde el 15 de septiembre de 2014. Igualmente, en dicho sistema se observa que aparece como inactiva en el régimen de seguridad social en pensiones. De allí que pueda inferirse, sin que la EPS haya aportado alguna prueba en contrario, que en el momento en el cual la actora elevó la acción de tutela, carecía de medios económicos para solventar los mencionados gastos para la atención integral de la condición que padece su hijo. Tal ausencia de medios económicos, también conlleva que la Sala decrete que, en virtud del principio de accesibilidad, no se le cobren a la demandante copagos o cuotas moderadoras para los servicios que requiere su hijo.

3.5.7. De las anteriores consideraciones se concluye que la EPS demandada, al momento de autorizar exclusivamente uno de los dos procedimientos que requiere el menor, afectó tres elementos del derecho fundamental a la Salud: la *disponibilidad*, por cuando se abstuvo de ofrecer lo necesario para alcanzar el máximo nivel de salud posible; la *accesibilidad*, ya que la ausencia de capacidad económica de la señora YY implicó la imposibilidad de tratar a su hijo; y la *calidad*, pues la falta de autorización repercutió en el adecuado manejo de la malformación que padece el menor.

Igualmente, afectó cuatro principios: la prevalencia de derechos de un sujeto de especial protección constitucional fue desconocida, ya que no fue atendido de manera que se respetasen los elementos que componen el derecho fundamental a la salud. Igualmente, se alejó de interpretar las exclusiones de manera restrictiva en franca oposición al principio *pro homine*, y desconoció el principio de integralidad, al no brindar todo aquello requerido con necesidad por el menor para superar una condición en la cual no alcanza el máximo nivel de salud posible. Finalmente, al no atender al menor conforme con lo ordenado por su médico tratante, desconoció el principio de continuidad. De allí que, las actuaciones de la EPS, conculcaron los derechos de acceso oportuno y con calidad que se derivan del derecho fundamental a la Salud. Por lo demás, también incidió en el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos del menor, cuya importancia fue resaltada por esta Corporación en la sentencia T-627 de 2012[45].

3.5.8. Ahora bien, debido a que la actora se halla afiliada a una EPS del régimen subsidio, podría concluirse que sería ésta la responsable de autorizar y realizar los procedimientos ordenados por el médico tratante del menor. Sin embargo, a juicio de esta Sala, tal aproximación desconocería el principio de continuidad, según el cual, una vez iniciado un procedimiento, habrá de culminarse sin que sean legítimas interrupciones arbitrarias. En efecto, ha de insistirse que la primera vez que el menor Diego Andrés Velilla fue operado, tenía dos años de edad y que fue su médico tratante, quien ordenó, como plan de manejo, corregir ambas condiciones (*hipospadias y angulación del pene*)^[46]. De allí que deba ser la EPS ante la que se ha tratado al menor, la responsable de continuar el tratamiento, máxime si se tiene en cuenta que las actuaciones comeditas por esta empresa, desconocieron los elementos y principios del derecho fundamental a la salud previamente mencionados. Adicionalmente, según la comunicación recibida el 19 de marzo de 2015, es claro que la EPS Coomeva continúa siendo la responsable de la atención del menor, ya que, expresamente, indicó que se halla en espera de una nueva valoración por parte de un cirujano pediatra para reprogramar el procedimiento quirúrgico de corrección de *hipospadias*^[47].

3.5.9. En suma, la Sala revocará las decisiones de instancia y, en su lugar, concederá el amparo del derecho fundamental a la salud del menor Diego Andrés Velilla. En consecuencia, ordenará a la EPS Coomeva que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, autorice –si aún no lo ha hecho– los procedimientos quirúrgico de corrección de hipospadias (cod. 584500) y corrección de angulación peneana (cod. 649804), ordenados por el médico tratante del referido niño. Además, en virtud del principio de accesibilidad, dispondrá que la EPS no podrá exigir ningún tipo de copago o cuota moderadora a la señora XX, para la realización de los mentados procedimientos.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 31 de julio de 2014 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, mediante la cual confirmó la decisión adoptada el 4 de junio de 2014 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de Garantías de la misma ciudad, a través del cual se declaró la improcedencia de la acción. En su lugar, **conceder** el amparo al derecho fundamental a la salud del menor YY, deprecado por la señora XX, seccional Barranquilla.

Segundo.- ORDENAR a la EPS Coomeva que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta Sentencia, **autorice** –si aún no lo ha hecho– los procedimientos quirúrgico de corrección de hipospadias (cod. 584500) y corrección de angulación peneana (cod. 649804), ordenados por el médico tratante del menor YY. Igualmente, advertirle que no podrá exigir ningún tipo de copago o cuota moderadora a la señora XX, para la realización de los mentados procedimientos.

Tercero.- Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Ley 1581 de 2012, art. 5.

[2] Constitución Política, art. 44 y Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.

[3] Cuaderno 1, folio 29.

[4] El artículo mencionado y su literal a) disponen que: *“Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a. 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 (...)”*.

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

[6] Cuaderno 3, folio 31.

[7] Sentencias T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[8] En la Sentencia T-460 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se indicó que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, lo cual implica *“que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”*

[9] Sentencia T-460 de 2012, en la cual se cita la Sentencia T-760 de 2008.

[10] Sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[11] *Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.*

[12] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[13] 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.”*

[14] Artículo 4 de la Ley 1751 de 2015.

[15] Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[16] Al respecto, en la Sentencia C-313 de 2014, se indicó que: *“Con estos presupuestos, procede la Corte, a valorar las obligaciones de las cuales se hace responsable al Estado, en el artículo 5 en evaluación. El precepto señala al Estado como responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho. Para la Corte, tales responsabilidades de respeto, protección y garantía son congruentes con las obligaciones legales de carácter general de respeto protección y cumplimiento, establecidas en la observación 14. No encuentra la Sala razones para censurar ninguna de las tres responsabilidades que el legislador estatutario le endilga al Estado colombiano en materia de la búsqueda del goce efectivo del derecho. Ahora, advierte la Corporación que el precepto adoptado por el legislador debe comportar una interpretación amplia del derecho objeto de regulación, por ende, la norma, según la cual, únicamente serían responsabilidad del Estado las tres obligaciones estipuladas en el enunciado legal, no es de recibo en el ordenamiento constitucional colombiano”*.

[17] El artículo 5 de la Ley 1751 de 2015 dispone que: “*El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:*

a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas;

b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema;

c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales;

d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio;

e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;

f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población;

g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas;

h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud;

i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población;

j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio”.

[18] En relación con cada uno de ellos la norma en cita establece que:
*“a) **Disponibilidad.** El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;*

*b) **Aceptabilidad.** Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud,*

permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) **Accesibilidad.** Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) **Calidad e idoneidad profesional.** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

[19] El artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 contempla que: “a) **Universalidad.** Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

b) **Pro homine.** Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;

c) **Equidad.** El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;

d) **Continuidad.** 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;

e) **Oportunidad.** La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;

f) **Prevalencia de derechos.** El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán 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;

g) **Progresividad del derecho.** El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

h) **Libre elección.** Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación;

i) **Sostenibilidad.** El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;

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

k) **Eficiencia.** El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;

l) **Interculturalidad.** Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global;

m) **Protección a los pueblos indígenas.** Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI);

n) **Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.** Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección”.

[20] Sentencia T-234 de 2014, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

[22] Al respecto, la norma en cita dispone que: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. (...)”

[23] El inciso 3 del artículo 44 del Texto Superior, establece que: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

[24] Así, por ejemplo, en la Sentencia T-681 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, se manifestó que: “[Dado] que la salud y particularmente la de niños, niñas y adolescentes ha sido reconocida como derecho fundamental, siendo manifiesto el deber de protección especial cuando padecen de alguna situación de discapacidad, por virtud de los artículos 13, 44 y 47 de la carta, es posible reafirmar que el estudio que el juez de tutela efectúe sobre la viabilidad jurídica del otorgamiento de un tratamiento integral y/o especializado no incluido en el POS, encaminado a lograr la recuperación del niño en sus condiciones de salud, resultará mucho menos estricto respecto del que se haría en caso de tratarse de un sujeto de derecho de otras condiciones.” Subrayado por fuera del texto original. En el mismo sentido se pueden consultar las Sentencias T-258A de 2012 y T-133 de 2013.

[25] El artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 establece que: “**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”.

[26] En pertinente indicar que en la aludida sentencia el término “necesidad” fue declarado inexequible en múltiples artículos, entre otras razones, porque resultaba indeterminado y, por lo mismo, incidía negativamente en el acceso a la salud. Sin embargo, es claro que el párrafo citado en su totalidad es esclarecedor sobre lo qué entiende esta Corporación por el criterio de “requerir con necesidad”, pues cubija las exclusiones del sistema y no corresponde a una regla que abarque los tratamientos, insumos o medicamentos que se hallen incluidos en él. De manera general, en la sentencia en cita, se dijo que: “Como se puede apreciar, la providencia transcrita incorpora todos los elementos de lo que la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal Constitucional ha denominado, refiriéndose a las tecnologías o servicios en materia de salud, como “requerido con necesidad”. Si bien es cierto, en esta decisión, al estudiarse la constitucionalidad de preceptos como los contenidos en el literal e) del inciso 2º. del artículo 6º o, en el párrafo 1º del inciso 2 del artículo 10, la Corte aclaró que “requerido con necesidad” no podía entenderse en el sentido acuñado por la jurisprudencia, igualmente, resulta cierto que al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como “requerido con necesidad”, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud, pero, también se advierte cuál es su lugar y, en cuales circunstancias opera.// La precisión inmediatamente referida resulta importante, pues, la expresión en comentario no tiene el mismo significado a lo largo del texto expedido por el legislador estatutario. En suma, al momento de resolverse la aplicabilidad o inaplicabilidad de alguna de las exclusiones, el intérprete correspondiente, habrá de atender lo considerado por la jurisprudencia en las numerosas decisiones de tutela en las cuales ha tenido oportunidad de proteger el derecho a la salud acorde con las exigencias indicadas en la providencia antes transcrita”

[27] Sentencia T-237 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[28] En Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se dijo que: “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”.

[29] Para mayor información al respecto consultar el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 y lo analizado sobre el particular en la Sentencia C-313 de 2014.

[30] Sentencia T- 234 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[31] Es decir: que se trate de un servicio, tratamiento o medicamento excluido del POS; que no pueda ser remplazado por otro; que haya sido ordenado por el médico tratante; y que la persona no cuente con los medios económicos para sufragar los costos por su cuenta.

[32] Al respecto, puede consultarse, entre otras, la sentencia 728 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[33] En Sentencia T- 646 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), esta misma Sala de Revisión hizo una reiteración idéntica sobre el tema.

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

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

[36] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

[38] M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

[39] Al respecto, ver la sentencia T-316A de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[40] A pesar de que la empresa demandada fue requerida por esta Corporación para esclarecer la afirmación efectuada por la demandante en relación con la negativa de autorizar ambos servicios, Coomeva guardó silencio sobre uno de ellos: *corrección de la angulación peneana*. Por tal motivo, y en atención a que se trata del derecho a la salud de un sujeto de especial protección constitucional, la Sala dará aplicación a la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y tendrá por ciertos los hechos cuya indagación se efectuó mediante la solicitud de informe.

[41] Cuaderno 1, folio 26.

[42] Cuaderno 1, folio 26, respaldo.

[43] Cuaderno 3, folio 31.

[44] Cuaderno 1, folios 24 a 26.

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

[46] Cuaderno 1, folios 24 a 26.

[47] Cuaderno 3, folio 31.