

Sentencia T-1029/07

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Debe estar plenamente acreditada

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Alcance

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida

SITEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cuotas moderadoras o copagos no pueden convertirse en barreras de acceso al servicio

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Madre en representación de hija mayor de edad

ACCION DE TUTELA-Solicitud de examen de diagnóstico a paciente con embarazo de alto riesgo para determinar malformaciones genéticas del nasciturus

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos excluidos del POS

ACCION DE TUTELA-Realización por EPS de examen de amniocentesis genética a la paciente y exoneración de los copagos

Referencia: expediente T-1713372

Acción de tutela instaurada por Alba Lilia Rojas Melo, actuando como agente oficiosa de su hija Leidy Yohanna Agredo Rojas, contra Coomeva E.P.S.

Magistrado Ponente

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME ARAUJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión de las sentencias proferidas por los Juzgados Quince Civil Municipal de Cali, el 6 de junio de 2007, y Doce Civil del Circuito de Cali, el 11 de julio de 2007, dentro de la acción de tutela impetrada por Alba Lilia Rojas Melo, quien actúa como agente oficiosa de Leidy Yohanna Agredo Rojas, contra Coomeva E.P.S.

### I. ANTECEDENTES.

La señora Alba Lilia Rojas Melo, quien actúa como agente oficiosa de su hija mayor de edad Leidy Yohanna Agredo Rojas, indica que dada la imposibilidad física de su representada para buscar directamente la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida por cuanto “está con riesgo de aborto”, presentó acción de tutela con el fin de que sean protegidos, con ocasión de la no autorización y realización del examen de diagnóstico denominado amniocentesis genética, por parte de Coomeva E.P.S., por encontrarse excluido del Plan Obligatorio de Salud -POS-.

#### 1. Hechos.

Refiere la peticionaria, que su agenciada se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, como beneficiaria de su esposo, y que actualmente está en estado de embarazo.

Señala que el médico tratante dispuso la práctica del examen denominado amniocentesis genética, con el fin de determinar si el nasciturus presenta algún tipo de malformación genética, el cual fue negado por Coomeva E.P.S., considerando que se encuentra excluido del plexo de medicamentos, tratamientos y procedimientos dispuestos en el Plan Obligatorio de Salud -POS-.

#### 2. Pretensiones.

Con fundamento en la situación fáctica, la accionante pide al juez constitucional la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, ordenando en consecuencia que Coomeva E.P.S. autorice y disponga la práctica del examen especializado denominado amniocentesis genética, el cual se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.

### 3. Intervención de la parte demandada.

La doctora Sandra Milena Urrutia Gutiérrez, analista jurídica regional sur occidente de la entidad demandada, dentro de la oportunidad procesal prevista por el juez de instancia, solicitó no tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida, por estimar que no existe vulneración alguna con fundamento en las siguientes consideraciones.

En primer término, indicó que Leidy Yohanna Agredo Rojas se encuentra afiliada a Coomeva E.P.S., desde el 16 de julio de 2006, en calidad de beneficiaria, contando a la fecha de contestación de la acción de amparo constitucional propuesta, con 56 semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Agregó que en efecto el médico ginecólogo-obstetra tratante de la peticionaria, doctor Alejandro Ospina, dispuso el procedimiento diagnóstico denominado amniocentesis genética, el cual fue autorizado mediante orden de servicios N° 70449 del 9 de mayo de 2007, “a fin de garantizar la práctica del mismo”, razón por la cual no existe negación de servicios y en consecuencia no se configuró afectación alguna a derechos fundamentales.

Concluyó señalando que a la “paciente AGREDO ROJAS se le han prestado todos los servicios médico asistenciales que ha requerido toda vez que estos le han sido ordenados por los médicos de nuestra red que tienen a cargo el caso y corresponden a servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud.”

### 4. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Quince Civil Municipal de Cali, mediante sentencia del 6 julio de 2007, dispuso no tutelar los derechos fundamentales reclamados.

Luego de hacer algunas consideraciones referentes a la naturaleza del derecho a la seguridad social, y al principio de solidaridad como orientador de ese servicio público, concluyó que la entidad demandada desde el 8 de mayo de 2007, autorizó la práctica del examen ordenado por el médico tratante de la accionante denominado amniocentesis genética, razón por la cual “por sustracción de materia la acción propuesta no puede prosperar.”

### 5. Impugnación.

Dentro del término previsto en el Decreto 2591 de 1991 (Art. 31), la actora presentó escrito de impugnación, en el que en primer lugar, hace un recuento de la situación fáctica planteada en la solicitud de tutela, y de otra parte, indica que la omisión en la que ha incurrido la E.P.S. demandada, está causando un daño grave en la vida de Leidy Yohanna y de su hijo que está por nacer, poniendo en entredicho el derecho fundamental a la vida que a partir de lo establecido en la Constitución Política es inviolable.

Por lo anterior, la peticionaria pide al juez constitucional revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar ordenar a Coomeva E.P.S. que autorice la realización del examen denominado amniocentesis genética “con el respectivo pago del examen en mención.”

#### 6. Sentencia de segunda instancia.

Mediante sentencia del 11 de julio de 2007, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Cali, decidió confirmar la sentencia adoptada por el a quo, por considerar que en el expediente no aparece probado que la entidad accionada haya negado la prestación del servicio médico requerido por la paciente.

Por el contrario, estimó que Coomeva E.P.S. autorizo el examen dispuesto por el médico tratante, mediante orden de servicios N° 70449 del 9 de mayo de 2007, situación que no evidencia vulneración alguna de derechos fundamentales.

#### 7. Solicitud de adición de la sentencia.

La peticionaria mediante escrito radicado ante el ad quem el 23 de julio de 2007, solicitó la adición de la sentencia adoptada, en el sentido de que sea eximida de los copagos que se generen con ocasión de la práctica del examen ordenado por el médico tratante, en tanto su costo es de aproximadamente \$ 680.000 “y su lectura tiene un costo mucho más elevado, es decir casi \$ 2.000.000 según me lo dijo uno de los médicos y esta no ha sido autorizada.”

Agregó que la no realización del procedimiento en mención, pone en peligro la vida de su hija y la del nasciturus, máxime cuando el examen ha debido realizarse entre el tercero y quinto mes de gestación, con el fin de evitar futuros problemas de salud.

El juzgador de segunda instancia mediante proveído del 23 de julio de 2007, negó la solicitud formulada, considerando en primer lugar, que la petición fue presentada por fuera del

término de ejecutoria de la sentencia que se encuentra previsto en el Código de Procedimiento Civil (Art. 311), y de otra parte, por considerar que no existe oscuridad en la providencia dictada que resolvió la impugnación propuesta, ni omitió resolver sobre los extremos de la litis, “ni sobre otros puntos de obligatorio pronunciamiento pues en él se consideró que la entidad accionada no se ha negado a la prestación del servicio médico requerido por la señora LEYDI YOHANA AGREDO ROJAS, que ponga en peligro su integridad personal, pues entre las pruebas aportadas se observa la orden de servicio, en donde se autoriza a la paciente a la realización del examen requerido, y por ende a la lectura del resultado que es el paso a seguir como consecuencia del examen a practicar (...)”.

#### 8. Pruebas que reposan en el expediente.

- Cédula de ciudadanía de Leidy Yohanna Agredo Rojas (f. 1 del cuaderno de primera instancia).
- Formato de seguimiento de Leidy Yohanna Agredo Rojas (f. 2 ibídem).
- Orden del médico ginecólogo y obstetra tratante, que dispone la realización del examen especializado denominado amniocentesis genética (f. 3 ibíd.).
- Orden de servicio expedida por Coomeva E.P.S., mediante la cual se autoriza la realización del examen de diagnóstico dispuesto por el galeno tratante (f. 4 ibíd.).

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para revisar la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, el 2 de agosto de 2007.

### 2. Problema jurídico y esquema de resolución.

Con fundamento en la situación fáctica planteada y en las decisiones de los jueces de instancia, le corresponde determinar en esta oportunidad a la Sala de Revisión, si existe

afectación de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de Leidy Yohanna Agredo Rojas, con ocasión de la no realización del examen de diagnóstico denominado amniocentesis genética, el cual fue autorizado mediante orden de servicios N° 70449 del 9 de mayo de 2007 por parte de Coomeva E.P.S., pero que sin embargo no se realizó, por no haberse cancelado los copagos correspondientes.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional referente (i) a la agencia oficiosa en materia de tutela; (ii) al derecho a la salud y su fundamentalidad por conexidad con el derecho a la vida; (iii) a la procedencia excepcional de la acción de tutela para disponer la exoneración de los copagos y (iii) resolverá el caso concreto.

### 3. Legitimación por activa. La agencia oficiosa en la acción de tutela.

El artículo 86 (inciso primero) de la Constitución Política dispone, que “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

A su vez, el Decreto 2591 de 1991 (Art. 10)<sup>1</sup>, en relación con la legitimidad e interés en materia de acción de amparo constitucional establece:

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud” (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Si bien es cierto que una de las características procesales de la acción tutelar es la informalidad<sup>2</sup>, esta Corporación ha indicado que la legitimación para presentar la solicitud de amparo, así como para actuar dentro del proceso, debe encontrarse plenamente acreditada<sup>3</sup>.

De esta forma, tanto la Constitución Política (Art. 86), como el Decreto 2591 de 1991 (Arts. 1° y 10), en armonía con la jurisprudencia constitucional, coinciden en señalar que la

legitimación por activa en la acción de tutela se refiere al titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, considerando válidas tres vías procesales adicionales para la interposición de la acción de tutela: (i) a través del representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados (menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas); (ii) por intermedio de apoderado judicial (abogado titulado con poder o mandato expreso); y (iii) mediante agente oficioso.<sup>4</sup>

Ahora bien, en relación con la interposición de la acción de amparo constitucional a través de agente oficioso, la Corte ha señalado que esta figura procesal se deriva de la imposibilidad del titular de los derechos fundamentales de promover su propia defensa ante el juez de tutela<sup>5</sup>. Es decir, a fin de garantizar la protección y eficacia de los derechos fundamentales del agenciado, la ley y la jurisprudencia admiten la interposición de la acción de tutela a través de un tercero indeterminado<sup>6</sup> que actúe a su favor, sin la mediación de poderes.

Así las cosas, esta Corporación ha reiterado que la presentación de la solicitud de amparo a través de agente oficioso, tiene lugar (i) cuando el agente oficioso manifiesta actuar en tal sentido y (ii) cuando de los hechos y circunstancias que fundamentan la acción, se infiere que el titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden su interposición directa, razón por la cual la Corte ha considerado improcedentes las acciones de tutela impetradas a nombre de terceros en casos en los cuales no se comprueba la imposibilidad circunstancial de que éstos promuevan su propia defensa<sup>7</sup>.

4. El derecho a la salud y su carácter fundamental por conexidad con el derecho a la vida digna e integridad personal.

El derecho a la salud previsto en el artículo 49 de la Constitución Política, como un derecho constitucional y un servicio público a cargo del Estado y en favor de todos los habitantes del territorio nacional, plantea a partir de su naturaleza prestacional, la necesidad de que el legislador disponga medidas encaminadas a garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>8</sup>.

La jurisprudencia constitucional de manera reiterada, ha señalado prima facie que el ámbito de protección del derecho a la salud no lo constituye la acción de tutela, a menos que el juez

constitucional acuda al criterio de la conexidad para determinar su fundamentalidad<sup>9</sup>, es decir, que estando íntimamente ligado con un derecho de naturaleza subjetiva como la vida o la integridad personal, se transmute para que sea protegido mediante acción de amparo constitucional<sup>10</sup>.

La protección del derecho a la salud, igualmente se encuentra consagrada en instrumentos internacionales, los cuales a partir de lo establecido en el artículo 93 de la Carta Fundamental hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano, en virtud del bloque de constitucionalidad<sup>11</sup>.

De otra parte, esta Corporación ha considerado que el derecho a la vida debe ser comprendido en una acepción amplia, al considerar que tal derecho no se debe entender desde una dimensión meramente biológica, sino como un derecho cualificado que implica el reconocimiento y búsqueda de una vida digna, pues limitarlo solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sería no concebir que se trata de un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna<sup>12</sup>.

Conforme a lo anterior, el derecho constitucional fundamental señalado en el artículo 11 de la Carta Política, implica además que el titular alcance un estado lo más lejano posible al sufrimiento<sup>13</sup> y que, en consecuencia, pueda desempeñarse en sociedad como un individuo normal con una óptima calidad de vida, único sentido en el que puede interpretarse el artículo 11 superior, entendido armónicamente con el principio de dignidad humana contenido en el artículo 1° de la Constitución<sup>14</sup>.

Este principio impone, entonces, a las autoridades el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la integridad, la libertad y la autonomía de hombres y mujeres por el solo hecho de existir, independientemente de cualquier consideración.

5. La exigencia de pago de las cuotas moderadoras y copagos no puede convertirse en una barrera para la prestación del servicio público de salud. Inaplicación de las normas referentes a la obligación de realizar pagos compartidos o cuotas moderadoras a los afiliados del régimen de seguridad social en salud.

Esta Corporación en reiteradas oportunidades<sup>15</sup>, ha considerado que la exigencia de pagos compartidos y cuotas moderadoras a los afiliados del Sistema de Seguridad Social en Salud, no es absoluta. En tal sentido, la Corte ha precisado que con el propósito de garantizar la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los afiliados o beneficiarios del Sistema de Salud, en los casos en que como consecuencia de su situación económica no puedan efectuar tales pagos para acceder a la prestación de los servicios médicos que requieren, corresponde la inaplicación de las normas legales y reglamentarias que disponen dicha exigencia<sup>16</sup>.

Significa lo anterior, que el cobro de las cuotas moderadoras y pagos compartidos de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 (Art. 183)<sup>17</sup>, no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre o de afiliados que no tengan la suficiente capacidad económica, pues se trataría de una situación en la que sin duda alguna, estaría afectando derechos constitucionales fundamentales, con un argumento que a partir del valor normativo de la Constitución resultaría ser de orden formal.

Así las cosas, cuando el juez constitucional se encuentra frente a este tipo de situaciones, debe inaplicar la legislación correspondiente y ordenar la prestación de los servicios requeridos por el afiliado al Sistema de Salud, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Política, pues en un Estado de Derecho no es plausible que una ley permita el desconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos<sup>18</sup>.

En tal contexto, el intérprete constitucional ha dispuesto en la jurisprudencia los requisitos que deben cumplirse para que proceda la inaplicación de la normatividad referente a pagos compartidos o cuotas moderadoras, cuando:

Así las cosas, el juez constitucional tiene el deber, siempre y cuando encuentre cumplidos los requisitos en mención, de acudir a la excepción de inconstitucionalidad, inaplicando las disposiciones que regulan lo relativo a pagos de cuotas moderadoras o pagos compartidos, y dando aplicación directa a la Constitución Política con el fin de realzar y proteger los derechos fundamentales que se encuentren en cuestión.

## 6. Solución del caso concreto.

Alba Lilia Rojas Melo, actuando como agente oficiosa de su hija mayor de edad Leidy

Yohanna Agredo Rojas<sup>20</sup>, quien se encuentra en estado de embarazo, interpuso acción de tutela con el fin de que le sean protegidos los derechos fundamentales a la salud y a la vida, solicitando en consecuencia la exoneración de los pagos compartidos que se generen con ocasión de la práctica del examen de diagnóstico denominado amniocentesis genética, el cual busca determinar si el nasciturus presenta malformaciones genéticas.

La entidad accionada estimó que no existe la vulneración iusfundamental reclamada, en tanto el examen ordenado por el médico obstetra tratante fue ordenado mediante orden de servicios N° 70449 del 9 de mayo de 2007, razón por la cual pidió “no tutelar los derechos invocados por la accionante porque no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales de la señora LEYDI JOHANNA AGREDO ROJAS por parte de COOMEVA EPS S.A.”.

Por su parte, los jueces de instancia partiendo de la existencia de un hecho superado, consideraron que disponer por vía de tutela una orden en el sentido de que la E.P.S. demandada autorice el suministro del examen ordenado por el médico tratante, resultaría inane e innecesaria, en tanto en el expediente se encuentra probado que fue autorizado oportunamente, lo cual permite concluir que no existió transgresión alguna de los derechos reclamados, razón por la cual no accedieron a la protección constitucional solicitada.

En primer lugar, estima la Sala que la madre de Leidy Yohanna Agredo Rojas, se encuentra legitimada en la causa por activa para instaurar la solicitud de tutela, en tanto anuncia esta calidad con la presentación de la demanda tuitiva (folio 5 del cuaderno de primera instancia), y de otra parte, porque la condición de salud de su hija al momento de la interposición de la acción de amparo constitucional era muy delicada, pues se encontraba “con riesgo de aborto”, lo cual le dificulta pedir directamente la protección de sus derechos fundamentales. Esta situación igualmente la corrobora la entidad accionada al indicar como diagnóstico “[s]upervisión de embarazo de alto riesgo”(folio 2 ibídem), razón adicional para concluir que desde el punto de vista formal la acción de tutela interpuesta es procedente.

Así las cosas, se confirman en este caso los parámetros señalados por la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que “[e]s claro, entonces, que los únicos eventos en que el padre de un mayor de edad puede ejercer la defensa directa de los derechos fundamentales de éste, es cuando el hijo, mayor de edad, se encuentre en imposibilidad de ejercer

directamente su defensa, hecho que tendrá que ponerse en conocimiento del juez al momento de instaurarse la acción de tutela, o en el trámite de la misma. Se acepta que el padre puede actuar como agente oficioso de su hijo mayor de edad, más no como su representante”<sup>21</sup>

De otra parte, considera la Sala que en aras de resolver el caso objeto de revisión, no partirá de la existencia de un hecho superado, como equivocadamente lo hicieron los jueces de instancia, pues del análisis de la solicitud de tutela y de las pruebas allegadas a la misma, se concluye sin mayor dificultad que el petitum de la accionante está orientado a que el juez de tutela ordene a Coomeva E.P.S., la exoneración de los copagos<sup>22</sup> que se generen con ocasión de la realización del procedimiento dispuesto por el galeno tratante denominado amniocentesis genética<sup>23</sup>, el cual fue autorizado oportunamente por Coomeva E.P.S. mediante orden de servicio N° 7044924, por encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud (Resolución 5261 de 1994, Art. 67)<sup>25</sup>, razón por la cual la protección constitucional que dispondrá en la presente oportunidad esta Sala de Revisión, esta encaminada a proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida, en el sentido de ordenar la exoneración de los pagos compartidos que se generen con ocasión de la práctica del examen dispuesto por el médico tratante a Leidy Yohanna Agredo Rojas.

En tal contexto, la Sala realizará la verificación de los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional, para determinar si en efecto procede o no la protección solicitada.

1. Que la falta del servicio médico, medicamento, tratamiento o procedimiento vulnere o amenace los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de quien lo requiere.

A partir de la demanda de tutela y de las pruebas que reposan en el expediente, se concluye que el derecho fundamental a la vida de Leidy Yohanna Agredo Rojas y del nasciturus<sup>26</sup>, se encuentra seriamente comprometido, en tanto el estado de gravidez exige vigilancia médica permanente, pues es un “embarazo de alto riesgo”, como lo diagnosticó directamente la E.P.S. demandada.

Adicionalmente se trata de una prueba que pretende diagnosticar los defectos congénitos, cromosómicos y genéticos del hijo que está por nacer, razón por la cual era deber de Coomeva E.P.S., no solamente autorizar el examen por encontrarse incluido en el Plan

Obligatorio de Salud, sino que, adicionalmente y por generarse la cancelación de pagos compartidos, verificar la situación particular de la señora Agredo Rojas, con el fin de garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, pues sería tanto como garantizar derechos solamente desde una perspectiva formal, cuestión contraria a la esencia del Estado Social de Derecho.

Similar estudio exhaustivo le correspondía efectuar a los jueces de instancia, con el fin de garantizar un acceso efectivo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y no solamente como se observa en las decisiones de instancia, partir erradamente de la existencia de un hecho superado, cuando en realidad lo que pretende la accionante es el dictado de una orden de exoneración de los copagos que se generen con ocasión de la práctica de la amniocentesis genética, ordenada por el médico obstetra tratante.

Así las cosas y a partir de las consideraciones expuestas, considera la Sala que el primer requisito se encuentra satisfecho.

2. Que el servicio médico, medicamento, tratamiento o procedimiento no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.

Comoquiera que se trata de un procedimiento que se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud (Resolución 5261 de 1994, Art. 67), y en tanto el médico tratante no advierte la existencia de un examen que sustituya el ordenado, considera la Sala que resulta innecesario hacer más elucubraciones sobre el particular, razón por la cual se entiende cumplido el segundo requisito.

3. Que el interesado no pueda directamente costear el servicio médico, medicamento, tratamiento o procedimiento, ni pueda acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni pueda pagar las sumas que por acceder a éstos efectúe la E.P.S., con la respectiva autorización legal.

De conformidad con lo previsto en el Acuerdo 260 de 2004 (Arts. 2° y 3°), expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios, y son definidos como aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado que se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, teniendo como finalidad ayudar a financiar el Sistema General de

Seguridad Social en Salud, los cuales “en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales” (Art. 5°).

Ahora bien, en relación con la incapacidad económica para sufragar el valor de los copagos, la accionante manifiesta en la solicitud de tutela que “somos personas de escasos recursos económicos y no tenemos dinero con que cubrir el valor que están cobrando”<sup>27</sup>, negación indefinida que no fue controvertida por la E.P.S. demandada, no obstante la información socioeconómica que reposa en sus archivos.

Si bien es cierto que la obligación de pagar los copagos en principio está en cabeza de afiliado beneficiario al Sistema, dichos pagos no pueden constituirse en un obstáculo para la prestación efectiva del servicio de salud de Leidy Yohanna Agredo Rojas (Constitución Política, Art. 49 y Ley 100 de 1993, Art. 187), pues se demostró en el proceso de tutela que carece de los recursos económicos suficientes para costear el pago correspondiente, que le permita acceder a la práctica del examen de diagnóstico denominado amniocentesis genética.

De esta forma, la Sala encuentra satisfecho el tercer requisito dispuesto por la jurisprudencia constitucional, no sin antes advertir a Coomeva E.P.S., que podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, únicamente por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.

4.- Que el servicio médico, medicamento, tratamiento o procedimiento haya sido ordenado por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.

A folio 3 del cuaderno de primera instancia, se encuentra la remisión efectuada por el doctor E. Alejandro Ospina, “ginecología y obstetricia R.M. 18844”, médico adscrito a Coomeva E.P.S, vínculo que adicionalmente fue admitido por la entidad demandada en el escrito de contestación de la acción de tutela, al indicar que “[a] la usuaria AGREGO ROJAS, le ha sido ordenado por su médico tratante Doctor ALEJANDRO OSPINA, Especialista en Ginecología y Obstetricia, el procedimiento diagnóstico denominado AMNIONCENTESIS GENÉTICA (...)”.

Con fundamento en lo expuesto y constatado el cumplimiento de las condiciones previstas

por la jurisprudencia de esta Corporación, la Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Cali, el 11 de julio de 2007, que a su vez confirmó la decisión proferida por el Juzgado Quince Civil Municipal de Cali, el 6 de junio de 2007, que negó la protección constitucional solicitada, y en su lugar, concederá la tutela de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de Leidy Yohanna Agredo Rojas, ordenando en consecuencia a Coomeva E.P.S. que en el improrrogable término de cuarenta (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, practique a Leidy Yohanna Agredo Rojas el examen de diagnóstico denominado amniocentesis genética, exonerándola de la cancelación de los copagos correspondientes, siempre y cuando el médico tratante en un término de veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, considere que aún debe practicarse.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Cali, el 11 de julio de 2007, que a su vez confirmó la decisión adoptada por el Juzgado Quince Civil Municipal de Cali, el 6 de junio de 2007, que negó la protección constitucional solicitada, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales de Leidy Yohanna Agredo Rojas a la Salud y a la vida.

Segundo.- ORDENAR a Coomeva E.P.S., que en el improrrogable término de cuarenta (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, practique a Leidy Yohanna Agredo Rojas el examen de diagnóstico denominado amniocentesis genética, exonerándola de la cancelación de los copagos correspondientes, siempre y cuando el médico tratante en un término de veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, considere que aún debe practicarse.

Tercero.- ADVERTIR a Coomeva E.P.S, que podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y

Garantía -FOSYGA-, únicamente por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

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

2 En lo pertinente, el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, señala: “(...) La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. // En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. (...)”

3 Mediante sentencia T-899 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, esta Corporación sostuvo que: “La exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante

las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.”

Adicionalmente, sobre tema pueden consultarse las siguientes sentencias: T-978 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-542 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-451 de 2006, M. P. Jaime Araujo Rentería, T-809 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

4 Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-531 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-492 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-552 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-947 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

5 En sentencia T-294 de 2000, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte sostuvo: “no se pueden agenciar derechos ajenos, en materia de tutela, cuando no se demuestra la imposibilidad del titular de éstos de ejercer su propia defensa, bajo el entendido que sólo éste puede disponer de sus derechos y propender a su protección”<sup>5</sup>.

6 Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que el ejercicio de la agencia oficiosa, no implica la existencia de un vínculo formal, de filiación o parentesco entre el agenciado y su agente. En la sentencia T-542 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte afirmó: “En efecto, es del caso destacar que el parentesco no constituye per sé un fundamento suficiente para justificar la agencia de derechos ajenos. De manera específica, en casos en los que una madre pretende representar a su hijo mayor de edad sin sustentar claramente el impedimento de éste para interponer la tutela, la Corte ha negado la protección de los derechos invocados.” En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia T-041 de 1996.

7 Cfr. T-623 de 2005, M. P. Alvaro Tafur Galvis, T-693 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-659 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

8 Sentencia T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

9 “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueren protegidos los primeros en forma inmediata se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho

fundamental adquiere esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida” (Cfr. T-571 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein). En el mismo sentido, esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental “en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal” (Cfr. C-177 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero).

10 Recientemente mediante sentencia T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, el Tribunal Constitucional en una orientación abiertamente garantista, estimó que “Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.” Agregó que “una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra -muy distinta- la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vía que se utilicen para ese fin.” En el mismo sentido la sentencia T-270 de 2007, M. P. Jaime Araujo Rentería, dispuso: “La jurisprudencia constitucional ha avanzado en la estimación del derecho a la salud como fundamental y autónomo, susceptible de protección por vía de tutela de manera independiente, cuando su afectación pone en riesgo otros bienes fundamentales para el individuo como la vida; también ha dicho que en materia de salud cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, o cuando el procedimiento que se demanda está consagrado en el plan básico de salud, por lo cual su desconocimiento constituiría la negación de un derecho fundamental autónomamente considerado.”

11 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.” De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.” A su vez, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, como intérprete autorizado del pacto y en relación con el alcance del derecho a la salud, señaló en la Observación General N° 14, que “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los

demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.”

12 Cfr. T-096 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

13 El dolor es una situación que hace indigna la existencia del ser humano, pues no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente como individuo en la sociedad (Cfr. T-489 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-545 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-509 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

14 Cfr. T-489 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

15 Sobre el particular, pueden consultarse las sentencias T-038 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-745 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-407 de 2006, M. P. Jaime Araujo Rentería, T-381 de 2007, M. P. Jaime Araujo Rentería, T-362 de 2007, M. P. Jaime Araujo Rentería.

16 Así por ejemplo, lo sostuvo la Corte en sentencia C-542 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, al declarar la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, “en el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes.”

17 La norma en cita dispone: “DE LOS PAGOS MODERADORES. Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás

beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. // En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre.” Esta disposición debe ser interpretada armónicamente con lo dispuesto en el Acuerdo 260 de 2004 (Art. 5°) expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que señala: “Principios para la aplicación de cuotas moderadoras y de copagos. En la aplicación de cuotas moderadoras y copagos, deberán respetarse los siguientes principios básicos: // 1. Equidad. Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales (...)”

18 T-517 de 2005 y T-328 de 1998, entre otras

19 Al respecto ver sentencias T-517 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-111 de 2005, T-1213 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-908 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-617 de 2004, M. P. Jaime Araujo Rentería, T- 411 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

20 A folio 1 del cuaderno de primera instancia, la cédula de ciudadanía da cuenta de que la fecha de nacimiento de la agenciada fue el 16 de julio de 1981.

21 Cfr. T-294 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

22 De conformidad con lo previsto en el Acuerdo 260 de 2004 (Art. 7°), “[d]eberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de: // 1. Servicios de promoción y prevención. // 2. Programas de control en atención materno infantil. // 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles. // 4. Enfermedades catastróficas o de alto costo. // 5. La atención inicial de urgencias. // 6. Los servicios enunciados en el artículo precedente.

23 “En la actualidad, la amniocentesis se utiliza con frecuencia durante el segundo trimestre de embarazo (por lo general entre 15 y 18 semanas después del último período menstrual de la mujer) para diagnosticar, o con mucha mayor frecuencia descartar la presencia de ciertos

defectos congénitos. La amniocentesis es la prueba prenatal más comúnmente utilizada para diagnosticar los defectos congénitos cromosómicos y genéticos” En: [www.nacersano.org](http://www.nacersano.org).

24 Folio 4 del cuaderno de primera instancia.

25 “ARTÍCULO 67. Definir para las intervenciones quirúrgicas y procedimientos de Obstetricia, la siguiente nomenclatura y clasificación: // 1. UTERO // PROCEDIMIENTOS OBSTÉTRICOS NO QUIRÚRGICOS // 12112 Amniocentesis 03”

26 Esta Corporación mediante sentencia C-133 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell, no reconoció expresamente al nasciturus el carácter de persona humana y titular del derecho a la vida. Sobre el particular sostuvo: “Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal. // En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento.”

27 Folio 5 del cuaderno de primera instancia.