

Sentencia T-344/12

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cobertura universal

SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público de carácter obligatorio

DERECHO A LA SALUD DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD-Derecho subjetivo de quienes pertenecen a los regímenes contributivo y subsidiado

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE TRATAMIENTOS, PROCEDIMIENTOS O MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reglas de procedencia y acceso a los servicios de salud

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Régimen contributivo y subsidiado

REGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO-EPS deben satisfacer y garantizar los beneficios del Plan Obligatorio de Salud

DERECHO A LA SALUD-El derecho a la salud comprende el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran con necesidad

DERECHO A LA SALUD-Autorización de servicio médico no incluido en el POS requerido con necesidad cuando no se tiene capacidad económica para asumirlo

DERECHO A LA SALUD-Cuotas moderadoras no pueden ser obstáculo para acceder a servicios de salud cuando no se tiene capacidad económica para asumirlos

PAGOS MODERADORES-Tipos

DERECHO A LA SALUD-Pagos moderadores no pueden constituir barreras de acceso a servicios de salud para quienes no tienen capacidad económica de sufragarlos

DERECHO A LA SALUD-EPS asume directamente el servicio repitiendo contra el FOSYGA o ente territorial responsable debe autorizarlo

ACCION DE TUTELA DE PACIENTE CON ARTRITIS BENEFICIARIA DEL REGIMEN SUBSIDIADO SISBEN-Autorizar suministro de ampollas inyectables formuladas por médico tratante y exoneración de copagos

ACCION DE TUTELA DE PACIENTE BENEFICIARIO DEL REGIMEN SUBSIDIADO SISBEN- Suministro de insumos formulados por médico tratante y exoneración de copagos

Referencia: expedientes T-3.338.308 y T-3.343.721

Acción de tutela presentada por Belvy Johana Ome Hernández, y Oscar Tarcicio Velasco Marín, en forma separada, contra la Secretaría de Salud Departamental del Huila y de Saludtotal EPS, respectivamente.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside –, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela adoptados por el Juzgado Municipal de Timaná, Huila, el 29 de noviembre de 2011 y por el Juzgado 56 Penal Municipal de Bogotá, el 24 de noviembre de 2011, proferidos en los asuntos de la referencia, dentro de las acciones de tutela promovidas separadamente por Belvy Johana Ome Hernández, y Oscar Tarcicio Velasco Marín, en forma separada, contra la Secretaría de Salud Departamental del Huila y Saludtotal EPS-S, respectivamente.

De manera preliminar debe anotarse que mediante auto del 22 de marzo de 2012, la Sala Séptima de Revisión, decidió acumular los citados procesos, a fin que fueran resueltos en una sola sentencia. Lo anterior, en razón a la analogía de los problemas jurídicos en ellos contenidos, circunstancia que a la luz del principio de economía procesal, justifica la

mencionada acumulación.

1. ANTECEDENTES

1. Expediente T-3.338.308

La señora Belvy Johana Ome Hernández, a través de apoderado, presentó solicitud de tutela contra la Secretaría de Salud Departamental del Huila, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana y a la igualdad, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el suministro del medicamento que requiere para tratar su enfermedad y la exoneración de las cuotas moderadoras.

1. Hechos y razones de la acción de tutela

1. La señora Belvy Johana Ome Hernández, nació el 19 de enero de 1988, y a la fecha cuenta con 24 años de edad y es beneficiaria del régimen subsidiado de salud a través de COMFAMILIAR EPS - Huila, del Nivel 1 del Sisbén, del Municipio de Timaná, Huila.

1. Dice que es paciente con diagnóstico de artritis reumatoide no especificada, para lo cual requiere controles periódicos ya que la hinchazón y el dolor son fuertes que han llegado a afectar su calidad de vida.

1. Manifiesta que 5 de septiembre de 2011, asistió a consulta de control medicina especializada, en el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Timaná Huila,

donde se le ordenó el medicamento de ETANERCEPT (EMBREL) de 50 mg SLN 12 ampollas inyectables, aplicadas una por semana.

1. Argumenta que solicitó la autorización para su entrega a COMFAMILIAR EPS-S, donde se le informó que para el suministro del medicamento debía cancelar una cuota de copago equivalente al 5% de su valor, cuya suma era de \$500.000.00 y por su alto costo, no se encuentra en posibilidad de cancelar por ser una persona de escasos recursos económicos.

1. Fundamentos y pretensiones

La accionante solicita que se le amparen los derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana y a la igualdad, para que se ordene a la Secretaría de Salud Departamental del Huila a través del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Timaná Huila, le sea suministrado el medicamento de ETANERCEPT (EMBREL) de 50 mg SLN 12 ampollas inyectables y la exoneración del copago, máxime que por tratarse de una enfermedad de alto costo, se encuentra exenta de ese pago.

El Juzgado Municipal de Timaná, Huila, admitió la tutela el 18 de noviembre de 2011 y corrió traslado a la Secretaría de Salud Departamental del Huila.

La entidad accionada respondió mediante escrito de noviembre 21 de 2011, en el cual manifestó que el Acuerdo 008 de 2009, por el cual se aclaran y actualizan íntegramente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, el usuario tiene derecho a los beneficios del POS-S total, los cuales se le garantizan por intermedio de sus EPS-S y su red de prestadores de servicio, y los servicios no cubiertos por el POS-S, de acuerdo a la normatividad vigente serán atendidos por el Estado a través de los entes territoriales, donde el usuario debe allegar la documentación requerida para su autorización.

Agregó que el ente territorial si bien debe garantizar la autorización en la prestación del servicio, también es cierto que con el requerimiento del evento NO POS-S, el usuario no pierde su condición de afiliado a la EPS-S y es ésta la que debe garantizar la prestación integral en la atención de salud de su población afiliada. En esas circunstancias y de conformidad con la normatividad vigente, debe prestar los servicios de salud y recobrar al FOSYGA aquellos gastos en que incurra y que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud. De otro lado, insiste, el Departamento celebra contratos con las I.P.S. que tienen autonomía administrativa y financiera, por tanto son ellas quienes deben llevar a cabo los procedimientos.

Respecto a los copagos manifestó que según la normatividad vigente, los afiliados y beneficiarios del sistema, estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles, cuyos valores son establecidos de conformidad con el estrato socioeconómico de sus afiliados.

Concluyó que en ningún momento le ha negado los servicios de salud a la usuaria y por el contrario, ha autorizado diferentes tratamientos ordenados por su médico tratante y que a la fecha presente no se encuentran solicitudes de autorización en trámite que correspondan a la señora Belvy Hernández. Por lo anterior, solicitó no tutelar los derechos pretendidos por la accionante.

1. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia del formato de solicitud y justificación del uso de medicamento NO POS del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Timaná Huila, de fecha 5 de septiembre de 2011.

1. Copia de la solicitud de autorización de servicio de salud dirigida al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Timaná Huila, de fecha 5 de septiembre de 2011.

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Belvy Hernández.

1. Copia del carné de COMFAMILIAR EPS-S de la accionante.

1. Decisiones judiciales

El Juzgado Municipal de Timaná, Huila, mediante fallo de 29 de noviembre de 2011, negó el amparo solicitado al considerar que la Secretaría de Salud Departamental del Huila, no incurrió en omisión en el cumplimiento del servicio que debe prestar a los usuarios en salud, por cuanto es COMFAMILIAR EPS-S la directa responsable de la prestación de éste tipo de servicios. Además, dentro de la parte resolutive aclara que aunque no fue vinculada en el proceso se le recomendó analizar la situación particular de la accionada y agilizar los trámites para la autorización del medicamento, sin que ello se trate de orden en sede de tutela.

El fallo fue notificado personalmente el 2 de diciembre de 2011 a la accionante, sin que se evidencie impugnación por las partes intervinientes.

1. Trámite en sede de revisión

1. Mediante escrito del 11 de abril de 2012, el Representante Legal de la Caja de Compensación Familiar del Huila, respondió que no tiene responsabilidad por no ser vinculada como sujeto procesal dentro de la acción de tutela impetrada por la señora Belvy

Johana Ome.

Manifestó, que una vez realizada la vinculación en sede de revisión se constató que efectivamente la actora se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud, Nivel I del Sisbén en Timaná, pero que no se encuentran registros de solicitud de servicios con ocasión del diagnóstico de artritis reumatoidea, por lo que no se puede decir que se le están violando sus derechos fundamentales, por cuanto la EPS-S no ha tenido la oportunidad de pronunciarse en ningún sentido.

Aclaró que la tutelante radicó la solicitud del servicio ante la Secretaría de Salud Departamental del Huila, para lo cual allegó los documentos requeridos que justificaban el uso y la necesidad del medicamento NO POSS, diligenciado en debida forma por el médico tratante.

Ante lo anterior concluyó, que cuando se trata de servicios de salud NO POSS, la competencia legal para asumir la prestación del servicio, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 y 49 de la Ley 715 de 2001, le corresponde a la Secretaría de Salud Departamental del Huila, "... si el afiliado no tiene la capacidad de pago, dado que este Ente territorial, por ley, está encargado de complementar la prestación de servicios de salud EXCLUIDOS del Plan Obligatorio de Salud Subsidiada."

Por último, dijo que respecto a los copagos y cuotas moderadoras, informa que son pagos que efectúan los afiliados al sistema en los regímenes contributivo y subsidiado regulados en el Acuerdo 260 del CNSSS y cuyo recaudo corresponde a la Entidad Promotora de Salud, "... las cuales son autónomas para establecer los procedimientos de recaudo que más se adapten a su capacidad administrativa tales como bonos, estampillas, valeras o la cancelación en efectivo, directamente o mediante convenios con las IPS."

1. La IPS Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Timaná, Huila, no se pronunció sobre los hechos.

1. Expediente T-3.343.721

El señor Oscar Tarcicio Velasco Marín, presentó acción de tutela contra Salud Total EPS-S,

invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada al no autorizarle los insumos que necesita para atender su enfermedad con el argumento de que no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

1. Hechos y razones de la acción de tutela

1. El señor Oscar Tarcicio Velasco Marín, nació el 11 de enero de 1970, y a la fecha cuenta con 42 años de edad, es beneficiario del régimen subsidiado de salud a través de Salud Total EPS-S del Nivel 1 del Sisbén.

1. Manifiesta que el día 20 de julio de 2011, fue ingresado de urgencias en el Hospital Occidente de Kennedy por apendicitis la cual se complicó generando una peritonitis, razón por la cual, fue necesario que le realizaran algunas cirugías con el fin de proteger su salud y su vida.

1. Dice que dentro de los procedimientos y cirugías realizadas, fue necesaria una colectomía total, colostomía más ileostomía protectora. Sostiene que su médico tratante adscrito a Salud Total EPS-S, le prescribió para el cuidado del orificio, el uso de barreras protectoras que protejan la piel del contacto de los fluidos con el fin de evitar el riesgo de infecciones y filtración de olores y, de bolsas, donde se recogen las secreciones, las cuales deben cambiarse continuamente.

1. Sostiene que desde hace un tiempo viene solicitando estos insumos, y a la fecha de la presentación de la tutela, Salud Total EPS-S no ha autorizado su entrega, con el argumento de que no se encuentran incluidos en el POS-S.

1. Concluye que con lo anterior, se está afectando su vida en condiciones dignas, por cuanto no cuenta con los medios económicos para la compra de los insumos por ser excesivamente costosos, situación que lo está afectando tanto emocionalmente como a nivel familiar.

1. Fundamentos y pretensiones

El accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por Salud Total EPS-S, por lo tanto, solicita se le ordene a la accionada para que proceda autorizar los tratamientos y la entrega de los insumos que requiera que sean prescritos por su médico tratante, así como de un tratamiento integral y exoneración de los copagos.

1. Actuación procesal

El Juzgado Cincuenta y Seis Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, mediante auto del 15 de noviembre de 2011 admitió la tutela para lo cual, corrió traslado a Salud Total EPS-S, a la IPS Hospital Occidente de Kennedy y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, para que se pronunciaran sobre los hechos expuestos por el accionante.

1. La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, mediante oficio del 17 de noviembre de 2011, indicó que el señor Velasco se encuentra activo en Salud Total EPS-S ahora EPS-S Capital Salud, Nivel 1 del Sisbén a quien se le diagnosticó de colostomizada por hemicolectomía derecha consecutiva a peritonitis. Dice que se trata de elementos por fuera del POS-S, cuya provisión corresponde a esa Secretaría Distrital una vez sean sustentadas ante el Comité Técnico Científico de la ESE Hospital de Kennedy, cuya cuota de recuperación es de 5% acorde a su Sisbén Nivel 1.

Agregó que por tratarse de un paciente adscrito ante el régimen subsidiado en Salud Total EPS-S ahora EPS-S Capital Salud, es esta entidad la que "... debe mediar para proporcionar en tiempo los requerimientos en salud a efectos de garantizar la continuidad en los tratamientos médicos necesarios para su restablecimiento en condiciones dignas."

Respecto a la solicitud del tratamiento integral, señaló que no es posible esta prestación puesto que el hecho es incierto y la acción de tutela busca la protección de una amenaza inminente y clara que no se presenta dentro del tratamiento integral.

Respecto a la exoneración de los copagos, manifestó que el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 indica que no habrá cuota moderadora ni copagos para los afiliados del Régimen Subsidiado de Salud clasificados en el Nivel 1, pero como se trata de medicamentos con cargo a la Secretaría de Salud deberá cancelar una cuota de recuperación del 5% de conformidad con el Decreto 2357 de 1995.

1. El Hospital Occidente de Kennedy mediante escrito de 21 de noviembre de 2011, manifestó que esa entidad le viene brindando todos los servicios que ha requerido sin limitación alguna, como consta en la historia clínica y los conceptos médicos.

En cuanto a la exoneración de los copagos, argumentó que la Ley 610 de 2000, señala que si los funcionarios no aseguran la recuperación de los recursos del patrimonio estatal, serán sujetos a juicios de responsabilidad fiscal por detrimento al patrimonio del Estado, y por ello, deben cobrar los servicios médicos prestados a los usuarios (Acuerdo 17 de 10 de diciembre de 1997).

Por lo tanto solicitó se exonere al Hospital de toda acción de responsabilidad por los hechos denunciados, toda vez que ésta va dirigida a Salud Total EPS-S.

1. Salud Total EPS-S ahora EPS-S Capital Salud, mediante escrito del 21 de noviembre de 2011, manifestó que no es viable validar la pertenencia y racionalidad de los insumos solicitados, toda vez que la formula médica no cumple con los requisitos previstos en el Decreto 2200 de 2005, que en su artículo 17 señala que se deben cumplir unos requisitos

mínimos, como, nombre del prestador de salud, del médico que prescribe, lugar y fecha, nombre del paciente e identificación, así como el número de la historia clínica.

Agregó, que es claro la necesidad de los insumos solicitados por el paciente, pero que también es cierto, que los mismos se crearon a partir de la realización del procedimiento NO POS-S denominado colostomía, en consecuencia es deber de la Secretaría Distrital de Salud, a través de su IPS adscrita, en este caso el Hospital Occidente de Kennedy, garantizar la continuidad del tratamiento médico del paciente posterior a la intervención quirúrgica y en su etapa de recuperación.

Ante lo anterior, solicitó sea desvinculada de la acción de tutela presentada por el señor Oscar Tarcicio Velasco.

1. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Oscar Tarcicio Velasco.

1. Copia del carné de Salud Total EPS-S en donde consta que pertenece al Nivel 1 del Sisbén.

1. Decisiones judiciales

El Juzgado Cincuenta y Seis Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, mediante fallo de 24 de noviembre de 2011, no tuteló los derechos fundamentales

solicitados por el señor Oscar Tarcicio Velasco.

Dentro del análisis de los hechos precisó que, en el caso concreto, si bien es cierto que la acción de tutela protege a la salud como derecho fundamental, también es cierto que el accionante no acreditó que haya solicitado los insumos y como consecuencia de ello, la negativa por parte de la accionada. De igual forma sostuvo el juez de tutela, que la orden de suministro de las carayas y bolsas de colonstomía expedida por el médico tratante, es indispensable para emitir la orden de entrega correspondiente.

Por ésta razón el a-quo declaró la improcedencia de la acción de tutela, por falta de requisitos jurisprudenciales para inaplicar los límites del POS-S.

La decisión no fue impugnada por las partes intervinientes dentro del proceso.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela.

1. Problema jurídico.

Una vez relacionados los antecedentes, la Sala de Revisión observa que los problemas jurídicos de los casos aquí planteados tienen que ver con la afectación al derecho a la salud, concretamente por la negativa en el suministro de medicamentos y tratamientos, que de alguna forma afectan la posibilidad de que éste sea gozado efectivamente por las personas en situaciones concretas y específicas.

Estos casos revelan la existencia de problemas generales, graves y recurrentes en el sistema de protección del derecho a la salud, para lo cual se hace necesario determinar, si las entidades encargadas de la prestación del servicio, vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes.

1. Para analizar y resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará el precedente constitucional agrupándolos de la siguiente forma: primero, el carácter fundamental del derecho a la salud; segundo, jurisprudencia de la Corte Constitucional para ordenar el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud – POS; tercero, las cuotas moderadoras no pueden ser obstáculo para acceder a los servicios de salud para quienes no tienen la capacidad económica de asumirlos; por último, se analizarán los casos concretos.

1. El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”¹

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “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 (...).”²

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta³.

Por otra parte el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, cuando define la seguridad social como "... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con 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 (...)".

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal⁴.

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público⁵, precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.⁶

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En esta línea tenemos por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993⁷ y T-395 de 1998⁸. En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose presa, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

"Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cobija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.”

En la sentencia T-395 de 1998, la Corte aun sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, cuando al tratar una solicitud que se hiciera al ISS, a cerca de un tratamiento en el exterior, se pronunció de la siguiente forma:

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en si mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”, en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor

gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

Posteriormente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007¹⁰, amplía la tesis y dice que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que:

“la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. 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”.¹¹

Por último en la Sentencia T-760 de 2008, la jurisprudencia de esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”¹²

En este contexto, estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.”¹³

En suma, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud, se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o

POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela¹⁴.

1. Reglas de procedencia de la acción de tutela para ordenar el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud – POS.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, nace el Sistema de Seguridad Social Integral en desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales que contempla la Constitución Política de 1991. Éste, se encuentra dividido en dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

El Plan Obligatorio vigente está conformado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, hoy, de la Protección Social, y actualizada mediante el Acuerdo 008 de 2009¹⁵.

El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece que “las Entidades Promotoras de Salud –EPS– en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” Esto comprende, entre otros, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Es decir, que a partir de esta ley, garantizar la prestación de los servicios de salud que la persona requiera es responsabilidad de las EPS, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio¹⁶, (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado

previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.¹⁷

De igual forma el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, situación que para la Corte es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.¹⁸

En relación con la procedencia de los medicamentos y procedimientos no POS, la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, es que se encuentre expresamente dentro de las normas y reglamentos antes citados¹⁹.

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ordenó procedimientos por fuera del POS. Es el caso de la Sentencia SU-480 de 1997, que acumuló 7 acciones de tutela instauradas por enfermos de VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena por la negativa de suministrarles inhibidores de proteasa en la calidad y cantidad requeridos, con el fin de mejorar su calidad de vida. En ella la Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social eran de carácter prestacional, y sólo fundamentales en conexidad con el derecho a la vida. Añadió que “En el caso en el que dicho medicamento no esté contemplado en el listado oficial, pero esté de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale, aunque no esté en el listado (...) poner la paciente a realizar trámites administrativos y procedimientos judiciales para acceder al medicamento implica agravarle su estado de salud y por ende, poner en riesgo su vida”.

Igualmente esta Corporación en la Sentencia T-099 de 1999, tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una persona perteneciente a la tercera edad que sufría de incontinencia urinaria ocasionada por una disfunción cerebral y a quien la entidad demandada le había negado el suministro de pañales desechables bajo el argumento de que se encontraban excluidos del POS. En esa oportunidad consideró que tal determinación, tornaba indigna la existencia del paciente por cuanto no le permitía el goce de una óptima calidad de vida. Sobre el particular dijo este Tribunal:

“En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para

controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le permite acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona (heridas, llagas, hongos) no le permiten una vida normal, ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que se le proporcionen en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia. Recuérdese además que en tratándose de personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social se erige en fundamental y su protección se torna insoslayable en casos como el presente.

En similar sentido, en la Sentencia T-565 de 1999, señaló:

“La Corte, en numerosa jurisprudencia, ha establecido que la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

(...)

Sin embargo, en la sentencia que se revisa, el juez no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se trata de una anciana, que padece demencia senil, que no controla esfínteres y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de aseo que su situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido.

Al respecto, no se precisan profundas reflexiones para concluir que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la entidad conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre”.

Posteriormente la jurisprudencia constitucional consideró el derecho a la salud como fundamental, en los casos en que estaban involucrados sujetos de especial protección como, personas de tercera edad, personas en condiciones de discapacidad y niños.

Es el caso de la Sentencia T-1081 de 2001, con ocasión de la acción de tutela adelantada por un señor de 70 años al que su médico le había ordenado cirugía de catarata en el ojo derecho y la EPS se negó a suministrarle el lente intraocular y los medicamentos prescritos debido a que no estaban contemplados en el POS. En ella sostuvo, que el derecho a la salud en los adultos mayores es un derecho fundamental y autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.

Tenemos también que en la Sentencia T-899 de 2002²⁰, amparó el derecho a la salud y a la vida digna de una persona que padecía de incontinencia urinaria originada por una cirugía de próstata que le había sido practicada. En dicha ocasión se ordenó a la EPS demandada la entrega de pañales, pese a que no se allegó al expediente la formulación del médico tratante adscrito a esa entidad. A juicio de esta Corporación, la enfermedad que padecía el petente, si bien no comprometía su derecho a la vida, sí le impedía llevar una vida en condiciones dignas²¹.

Siguiendo la misma línea de protección, la Sentencia T-069 de 2005²² estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticado sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, le fue ordenada la utilización permanente de audífonos, para lo cual el actor solicitó a la entidad de salud el suministro de los elementos. Sanitas EPS emitió respuesta negativa indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos.

En esta ocasión la Corte afirmó, que:

“la negativa de las entidades de salud en suministrar tratamientos, elementos y medicamento excluidos del POS a menores de edad, configura una vulneración a derechos fundamentales esenciales, más aún cuando se trata de menores de edad que se encuentran en condición de discapacidad. En esa situación, se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección; “por una parte, por ser un menor de edad, cuyo

derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela; y por la otra, por sufrir de una discapacidad, lo que lo hace sujeto de que el Estado, directamente o a través de los medios correspondientes, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta”²³.

Cabe resaltar que varios de los anteriores casos comparten situaciones comunes; primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes, segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del plan obligatorio de salud, y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico. Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizan el acceso a los servicios de salud (medicamentos o tratamientos) excluidos del POS.

Así las cosas, la Corte estableció los siguientes criterios sobre la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no están incluidos en el plan obligatorio:

a. la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante²⁵.

La anterior subregla surgió principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la Sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico

tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque se acreditaba que el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y cuando, se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de “necesidad” del paciente.

Posteriormente, y como se anotó antes, la Corte aclaró que requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, “requerir con necesidad”. En la misma oportunidad aclaró el concepto de “requerir”²⁶ y el de “necesidad”. Frente al primero adujo que se concretaba en que a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo afirmó que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.²⁷

El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional.

A ello se refirió esta Corporación en sentencia T-760 de 2008 cuando precisó que:

“toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”²⁸

Por último, frente a los sujetos de especial protección la Corte reiteró su jurisprudencia en la

Sentencia T-1024 de 2010 en la que la accionante solicitaba que la EPS cubriera los implementos, como silla de ruedas, pañales desechables, sondas de Netalón mensuales, guantes estériles, entre otros, para su madre de 82 años que presentaba paraplejía y por su avanzada edad no controlaba esfínteres. La Corte en esta ocasión confirmó que el derecho a la salud es fundamental para todo ciudadano no sólo para determinados grupos²⁹ “la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. 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”.

En la misma sentencia señaló, que una entidad de salud violaba el derecho si se negaba a autorizar un servicio que no estuviera incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requería con necesidad, como ocurría en el caso concreto, en el que se logró acreditar la falta de capacidad económica para acceder a todos los implementos médicos necesarios que garantizaran una vida digna a la madre de la accionante³⁰.

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.³¹

Igualmente ha indicado que “una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad.”³²

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.³³

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios

de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si 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.

En ese orden de ideas se concluye, que no es posible que se aplique de manera restrictiva la reglamentación, y se excluya la práctica de procedimientos o intervenciones, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación restrictiva tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

1. Las cuotas moderadoras no pueden ser obstáculo para acceder a los servicios de salud para quienes no tienen la capacidad económica de asumirlos

El artículo 49 de la Constitución Política determina que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, mediante el cual se debe garantizar “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

Esta disposición constitucional fue desarrollada por el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, al establecer que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetas a pagos moderadores entendiendo por tales, pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles.

Los pagos moderadores pueden ser de dos tipos: (i) de los afiliados cotizantes, los pagos moderadores sólo pueden ser aplicados con el objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema; (ii) y de los beneficiarios, tales son pagos que se le aplicarán para complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS.³⁴

La Corte Constitucional ya había tratado el concepto de pagos moderadores como concepto genérico que incluye las distintas categorías de cuotas que se realizan en el sistema. Así en

sentencia T-973 de 2006³⁵ señaló:

“la normatividad prevé cuotas económicas adicionales a las cotizaciones que deben ser cubiertas por las personas usuarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS – para acceder a los servicios de salud. Dentro de dicha legislación el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece los pagos que deben efectuar los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo o subsidiado de salud dentro de los cuales se encuentran pagos moderadores que comprenden a su vez i) pagos compartidos-copagos-, ii) cuotas moderadoras y iii) deducibles”³⁶

Uno de los principales motivos por el que las personas afiliadas o beneficiarias del régimen contributivo se ven obligadas a realizar pagos en el contexto del servicio de salud, es por requerir el tratamiento de enfermedades de alto costo que estén sujetas a un período mínimo de cotización.³⁷ La ley 100 de 1993, luego de aclarar que en el Sistema de Seguridad Social en Salud las EPS no pueden aplicar preexistencias, establece que el acceso a la prestación de algunos servicios de salud de alto costo para quienes se afilien al sistema, podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización.³⁸ Cuando una persona no cumpla con los períodos mínimos de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con la capacidad socioeconómica de la persona.³⁹ Esta regla se reproduce en los mismos términos en la reglamentación,⁴⁰ aunque en ella se añade un criterio de justicia adicional para determinar el monto del pago por no haber cotizado el período mínimo, a saber, el porcentaje de tiempo que falte cotizar.⁴¹

La Corte Constitucional mediante sentencia C-542 de 1998 declaró exequible el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, salvo la expresión y la antigüedad de afiliación en el Sistema. Sin embargo, la constitucionalidad fue condicionada, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar los pagos moderadores 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”.

El Acuerdo 260 de 2004, desarrolló la disposición contemplada en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, estableciendo definiciones más precisas de los tipos de ‘pagos

moderadores' que pueden existir. En primer lugar, el Acuerdo establece que el objeto de las 'cuotas moderadoras' es 'regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso', de tal suerte que se esté 'promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS'.⁴² En segundo lugar, señala que los 'copagos' son 'aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado' cuya finalidad es 'ayudar a financiar el sistema'.⁴³ La norma también aclara que el primer tipo de pagos moderadores -cuotas moderadoras- son para afiliados y beneficiarios, mientras que el segundo tipo -copagos-, son exclusivamente para los beneficiarios.⁴⁴

La regulación indica que los montos de los pagos moderadores deberán definirse con base en 'el ingreso base de cotización del afiliado cotizante', advirtiendo que si existe más de un cotizante por núcleo familiar, el cálculo se hará con base en 'el menor ingreso declarado'.⁴⁵ Adicionalmente, establece que los pagos moderadores (tanto las cuotas moderadoras como los copagos) deben 'aplicarse' de acuerdo con los principios de (i) equidad,⁴⁶ (ii) información al usuario,⁴⁷ (iii) aplicación general (de no discriminación),⁴⁸ y (iv) de no simultaneidad.⁴⁹

De forma específica, el Acuerdo fija dos límites a las cuotas moderadoras en mención; establece categóricamente que:

"en ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias, y si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios".⁵⁰

No podrán someterse a copagos (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"⁵¹

En el momento de la prestación de los servicios de salud,⁵² las instituciones encargadas deben tener en cuenta, que en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.⁵³ Para la Corte, la falta de capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a "acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación".⁵⁴

La Corte Constitucional en la sentencia SU-225 de 199855, decidió confirmar un fallo de instancia en el que se había tutelado el derecho a la salud de un menor, y se había ordenado al Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social, y a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá D.C. que, en el término de 48 horas, ‘se apersonen de la situación que se ha planteado respecto de la población infantil de la zona de Puente Aranda de esta ciudad, disponiendo lo necesario para que de inmediato se procese el estudio pertinente que conlleve a que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis’. En esta oportunidad, se consideró que de acuerdo con la jurisprudencia, que el juez constitucional “puede conceder la tutela de un derecho prestacional, siempre que se compruebe un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.”

De esta forma, la jurisprudencia ha considerado que está constitucionalmente prohibido aplicar pagos moderadores a los servicios que requieran los niños y niñas cuyos acudientes no cuenten con los recursos para cubrir esos gastos.

En la sentencia T-811 de 200656, la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la Ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que “las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación.” En este caso, la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada de prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.

En conclusión, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, irrespetando su derecho a acceder a éstos, sí le exige como condición previa que cancele el pago moderador al que haya lugar en virtud de la reglamentación. La entidad

tiene el derecho a que le sean pagadas las sumas de dinero a que haya lugar, pero no a costa del goce efectivo del derecho a la salud de una persona.

En ese sentido, todas las personas tienen el derecho constitucional a no ser excluidas del servicio de salud que requiera, cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o cuando requiera el servicio con necesidad, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir.

De esa manera, cuando una persona tiene que asumir un pago moderador (copago, cuota moderadora) o cuando el servicio requerido no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio y la persona, o de quien ella depende, carece de la capacidad económica – parcial o total, temporal o definitiva – para asumir el costo que le corresponde, en estas circunstancias, no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, se analizarán los casos concretos para solucionar el problema jurídico planteado.

1. De los casos concretos

Los casos acumulados previamente expuestos, hacen referencia a situaciones en las que se alega la posible vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud, por cuanto se obstaculiza el acceso a los servicios requeridos, ya sea por negación en la autorización y demoras injustificadas. Por estos hechos, la Sala aplicará la jurisprudencia constitucional pertinente, e indicará las medidas que se adoptarán de acuerdo con las circunstancias de cada uno de ellos, que a continuación se analizan:

En el presente caso, de las pruebas aportadas tenemos que la señora Belvy Johana Ome Hernández, cuenta con 24 años de edad, es beneficiaria del régimen subsidiado de salud a través de la EPS-S COMFAMILIAR – Huila, del Nivel 1 del Sisbén, del municipio de Timaná, Huila, quien presenta un diagnóstico de artritis reumatoide no especificada.

Su médico tratante a través de la IPS Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Timaná Huila, le ordenó el medicamento de ETANERCEPT (EMBREL) de 50 mg SLN 12 ampollas inyectables, aplicadas una por semana, las cuales la entidad accionada se niega a autorizarlos sin la cancelación de una cuota de copago equivalente al 5% de su valor, cuya suma era de \$500.000.00 y por su alto costo, no se encuentra en posibilidad de cancelar por ser una persona de escasos recursos económicos.

Para el análisis del presente caso, se analizará primero, la entidad responsable de garantizar la prestación del servicio, y segundo, si se evidencia la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de la accionante y, tercero, si hay lugar a conceder la exoneración de los copagos.

1.- Tratándose de la responsabilidad en la prestación del servicio, se encuentra probado que ante el requerimiento realizado por el juez de instancia, la Secretaría de Salud del Departamento del Huila manifestó que de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 008 de 2009, el usuario tiene derecho a los beneficios del POS-S total y garantizados por su EPS-S, y que de acuerdo a la normatividad vigente, serán atendidos por el Estado a través de los entes territoriales (Secretaría de Salud Departamental), donde el usuario debe allegar la documentación requerida para su autorización.

De igual forma manifiesta, que el ente territorial, si bien debe garantizar la autorización en la prestación del servicio, también es cierto que con el requerimiento del evento NO POS-S, el usuario no pierde su condición de afiliado a la EPS-S y es ésta la que debe garantizar la prestación integral en la atención de salud de su población afiliada. En esas circunstancias y de conformidad con la normatividad vigente, debe prestar los servicios de salud y recobrar al FOSYGA aquellos gastos en que incurra y que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud.

De otro lado, insiste, el Departamento celebra contratos con las I.P.S. que tienen autonomía administrativa y financiera, por tanto ellas deben atender el suministro de medicamentos requeridos para tratar su enfermedad.

Concluye que en ningún momento le ha negado los servicios de salud a la usuaria y por el contrario, ha autorizado diferentes tratamientos ordenados por su médico tratante y que a fecha presente no se encuentran solicitudes de autorización en trámite que correspondan a

la señora Belvy Johana Ome Hernández.

Respecto a ello, ésta Corporación se pronunció en la sentencia T - 845 de 2011⁵⁷, cuando señaló que "... las Entidades Promotoras de Salud y las Entidades Territoriales no pueden excusarse con el pretexto de no encontrar una solicitud del caso, basta con el conocimiento del mismo para que sean diligentes, más aun en su condición especial de prestadoras de salud a este tipo de población con alto grado de pobreza, que carece de la información sobre trámites y demás procedimientos administrativos, y, no por ello, deben padecer la negativa a la prestación de los servicios de salud obligatorios."

Para concluir, la Corte ha sostenido que dependiendo del estado particular del afiliado y su grado de afectación, la protección de los derechos fundamentales invocados puede llevarse de dos maneras, una que la EPS-S asuma directamente el servicio o suministre los medicamentos según el caso, evento en que puede repetir contra el FOSYGA, y otro, que se ordene directamente al ente territorial responsable del servicio para que autorice lo correspondiente.

2.- Dentro de las pruebas aportadas se evidencia que la falta de suministro del medicamento ETANERCEPT (EMBREL) de 50 mg SLN 12 en ampollas inyectables, agravan el padecimiento de la accionante ya que la hinchazón y el dolor son fuertes, llegando a afectar su calidad de vida, y que, por su alto costo no puede sufragar.

En estos casos, es necesario determinar el grado de afectación que implica la demora injustificada en la entrega del medicamento, que la entidad demandada condiciona al pago del copago.

Al respecto la Sentencia T- 027 de 1999⁵⁸ sostuvo:

"La dilación injustificada podría agravar el padecimiento y, eventualmente, llevar la enfermedad a límites inmanejables donde la recuperación podría resultar más gravosa o incierta, comprometiendo la integridad personal e, incluso, la vida del afectado. En consecuencia, es obligación de la entidad prestadora del servicio, adelantar las gestiones en el menor tiempo posible para que el usuario no padezca el rigor de su mal, más allá de lo estrictamente imprescindible."

Por lo tanto, esta Sala considera que la entidad accionada está incumpliendo sus deberes legales y constitucionales, evidenciando la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de la accionante, a quien se pone en riesgo, no sólo la salud sino su afectación en el desarrollo de su vida en condiciones dignas; y reitera, que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental. En consecuencia, es la Secretaría de Salud del Departamento del Huila quien está obligada a autorizar el suministro del medicamento que requiere la accionante.

3.- En el presente caso se encuentra probado dentro del expediente, que la señora Belvy Johana Ome Hernández, necesita del medicamento ETANERCEPT para poder mantener un nivel mínimo de vida digna, y de goce de su salud.

De lo analizado en las pruebas aportadas al proceso observa la Sala, que la accionante ha asumido el costo del copago en otros tratamientos anteriores, como así lo afirma la Secretaría de Salud del Departamento del Huila, pero en el presente caso, se trata de un medicamento de alto costo cuyo copago asciende a la suma aproximada de \$500.000.00, la cual no puede asumir por ser una persona de escasos recursos económicos.

Al respecto, la Corte en sentencia T-158 de 2008, ha sostenido:

“De lo precedente es posible concluir que en materia de copagos y cuotas moderadoras, es indispensable atender a la capacidad económica de los afiliados y al tipo de tratamiento, medicamento o procedimiento sobre el cual se pretende aplicar el pago moderador, puesto que, en ocasiones, además de estar de por medio el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, también puede afectarse el mínimo vital del afiliado o de su familia, toda vez que, aun cuando el servicio sea prestado, exigir con posterioridad la cancelación de un copago cuando éste supera el nivel de ingresos del usuario, trae como consecuencia un detrimento grave del patrimonio económico de quien está obligado a pagar.”

De este modo, existe fundamento constitucional y legal para excluir a la señora Belvy Johana Ome Hernández, de los copagos para acceder al medicamento que requiere. Por lo tanto, esta Corte tutelaré los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas, y se ordenará la exoneración de la cancelación de los copagos que le están siendo cobrados y de los futuros que puedan ser causados.

Como conclusión, y al estar demostrada la vulneración alegada por la accionante, esta Sala concederá el amparo de los derechos invocados por la señora Belvy Johana Ome Hernández, y ordenará revocar la sentencia de instancia, para en su lugar, disponer que la Secretaría de Salud del Departamento del Huila, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el suministro de ETANERCEPT (EMBREL) de 50 mg SLN 12 en ampollas inyectables, formulados por el médico tratante y que son necesarios para tratar la enfermedad que padece; así mismo, se exonere del costo de los copagos relacionado con el medicamento citado.

1. Expediente T-3.343.721

El otro caso que se analiza, se refiere a la acción de tutela presentada por el señor Oscar Tarcicio Velasco Marín, quien cuenta con 42 años de edad y beneficiario del régimen subsidiado de salud a través de Salud Total EPS-S del Nivel 1 del Sisbén.

De conformidad a los reportes presentados por el Hospital Occidente de Kennedy, se observa que el accionante ingresó por apendicitis la cual se complicó generando una peritonitis, razón por la cual, fue necesario que le realizaran una colectomía total, colostomía más ileostomía protectora.

Según lo dicho por el accionante, solicitó estos insumos a Salud Total EPS-S, quien no los autorizó con el argumento de no encontrarse incluidos en el POS, hecho que está afectando su vida en condiciones dignas, por cuanto no cuenta con los medios económicos para su compra por ser costosos, situación que lo está afectando tanto emocionalmente como a nivel familiar.

Para su estudio se analizará, en primer lugar, la entidad responsable de garantizar la prestación del servicio; en segundo, si se evidencia la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de la accionante, y tercero, si hay lugar a conceder la exoneración de los copagos.

1.- Ante el requerimiento por responsabilidad en la prestación del servicio, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, informó que el señor Velasco se encuentra activo en Salud Total

EPS-S, ahora EPS-S Capital Salud, Nivel 1 del Sisbén a quien se le diagnosticó de colostomía por hemicolectomía derecha consecutiva a peritonitis.

Igualmente argumentó que se trata de elementos por fuera del POS, cuya provisión corresponde a ese ente territorial una vez sean sustentadas ante el Comité Técnico Científico de la ESE Hospital de Kennedy, y como quiera que se trata de medicamentos con cargo a la Secretaría de Salud, deberá cancelar una cuota de recuperación del 5% de conformidad con el Decreto 2357 de 1995.

De otro lado, el Hospital Occidente de Kennedy sostuvo que esa entidad le viene brindando todos los servicios que ha requerido el paciente sin limitación alguna, pero en cuanto a la exoneración de los copagos manifestó, que no se encuentran autorizados para disponer de los recursos del Hospital y por ello, de conformidad con el Acuerdo 17 de 10 de diciembre de 1997, deben cobrar los servicios médicos prestados a los usuarios.

Por su parte en escrito aportado al expediente, Salud Total EPS-S ahora EPS-S Capital Salud, aceptó la necesidad de los insumos solicitados por el paciente, pero igualmente advierte que los mismos se crearon a partir de la realización del procedimiento NO POS-S denominado colostomía, en consecuencia es deber de la Secretaría Distrital de Salud, a través de su IPS adscrita, en este caso el Hospital Occidente de Kennedy, garantizar la continuidad del tratamiento médico del paciente posterior a la intervención quirúrgica y en su etapa de recuperación.

En el presente caso se reitera lo dicho dentro del análisis anterior, teniendo en cuenta el estado de particular del afiliado y el grado de afectación y la vulneración de sus derechos fundamentales.

2.- En estos casos, es necesario determinar el grado de afectación que implica la demora injustificada en la entrega del suministro de insumos, que la entidad demandada condiciona al pago del copago.

Dentro de las pruebas aportadas, se evidencia que la falta de suministro de los insumos prescritos por su médico tratante están afectando la calidad de vida del accionante al punto

de agravar su padecimiento, tanto físico como psicológico en su entorno familiar y social, toda vez que se refieren al cuidado del orificio y del uso de barreras protectoras que protejan la piel del contacto de los fluidos, a fin de evitar el riesgo de infecciones y filtración de olores, además de requerir el uso de bolsas, donde se recogen las secreciones, las cuales deben cambiarse continuamente.

En ese sentido, las Entidades Promotoras de Salud y las Entidades Territoriales no pueden desatender las solicitudes presentadas por los afiliados, más aún en su condición especial de prestadoras de salud a este tipo de población con alto grado de pobreza, que carece de la información sobre trámites y demás procedimientos administrativos, y, no por ello, deben padecer la negativa a la prestación de los servicios de salud obligatorios.

Por lo tanto, esta Sala considera que la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá es la entidad obligada para el suministro de los insumos que requiere el accionante, y por lo tanto, considera que se encuentra incumpliendo sus deberes legales y constitucionales, evidenciando la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna del señor Oscar Tarcicio Velasco Marín, a quien se pone en riesgo, no solo la salud sino su afectación en el desarrollo de su vida en condiciones dignas; y reitera, que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental.

3.- Ahora bien, respecto a que si hay lugar a conceder la exoneración de los copagos, es importante recalcar que se trata de una persona de escasos recursos quien necesita de los insumos para poder mantener un nivel mínimo de vida digna, y de goce de su salud.

Es importante tener en cuenta que la persona que pretende su amparo en sede de tutela se encuentra vinculada al régimen subsidiado de salud a través de Salud Total EPS-S del Nivel 1 del Sisbén.

De este modo, la situación especial de la población registrada en dicho nivel del SISBEN ha sido estudiada por esta Corporación a propósito del tema analizado en la sentencia T- 158 de 2008, y reiterada en la sentencia T-725 de 2010,59 que señala que "... cuando el accionante manifiesta no tener capacidad económica para sufragar los copagos, la carga de la prueba se invierte, y es a las entidades demandadas a quienes corresponde probar lo contrario, toda vez que cuentan con las bases de datos que contienen la información necesaria para establecer la veracidad o no de tal afirmación."

Por lo tanto, al verificar las condiciones económicas del actor, así como la especial condición de salud en la que se encuentra, y que además, se harán necesarias múltiples solicitudes tanto para salud como para el suministro de los insumos, se ordenará a la entidad accionada la exoneración de los copagos que son de reclamo y abstenerse de negar servicios de salud futuros por la ausencia de cancelación de copagos que puedan llegarse a causar.

En consecuencia, para la Sala es claro que existe el fundamento probatorio para concluir que el señor Oscar Tarcicio Velasco Marín, no cuenta con los recursos económicos para costear los insumos que son necesarios para su tratamiento y que puedan generar futuros cobros de copagos, lo cual podrían constituir un visible detrimento económico afectando así el mínimo vital de su núcleo familiar, por lo cual se configura un argumento de peso para ordenar la exoneración de los copagos en el presente caso.

De este modo, existe fundamento constitucional y legal para excluir al señor Oscar Tarcicio Velasco Marín, de los copagos para acceder a los insumos que requiere. Por lo tanto, esta Corte tutelaré los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas, y se ordenará la exoneración de la cancelación de los copagos que le están siendo cobrados y de los futuros que puedan ser causados.

Por lo tanto al estar demostrada la vulneración alegada por el accionante, esta Sala concederá el amparo de los derechos invocados por el señor Oscar Tarcicio Velasco Marín, y ordenará revocar la sentencia de instancia, para en su lugar, disponer que la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el suministro de los insumos formulados por el médico tratante y que son necesarios para tratar la enfermedad que padece; así mismo, se exonere del costo de los copagos relacionado con el medicamento citado.

1. DECISIÓN

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

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Municipal de Timaná, Huila, 29 de noviembre de 2011, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la señora Belvy Johana Ome Hernández, dentro del proceso de amparo T- 3.338.308 y en su lugar, CONCEDER el amparo solicitado para proteger sus derechos a la salud y al mínimo vital, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a la Secretaría de Salud del Departamento del Huila, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice a la señora Belvy Johana Ome Hernández, el suministro de ETANERCEPT (EMBREL) de 50 mg SLN 12 en ampollas inyectables, formulados por el médico tratante y que son necesarios para tratar la enfermedad que padece; así mismo, se exonere del costo de los copagos relacionado con el medicamento citado.

TERCERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal Municipal con Función Control de Garantías de Bogotá, del 24 de noviembre de 2011, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor Oscar Tarcicio Velasco Marín, dentro del proceso de amparo T- 3.343.721 y en su lugar, CONCEDER el amparo solicitado para proteger sus derechos a la salud y al mínimo vital, por las razones expuestas.

CUARTO.- En consecuencia, ORDENAR a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice al señor Oscar Tarcicio Velasco Marín, el suministro de los insumos formulados por el médico tratante y que son necesarios para tratar la enfermedad que padece; así mismo, se exonere del costo de los copagos relacionado con el medicamento citado.

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

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

2 Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

3 Constitución Política, art. 13.

4 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

5 Sentencias T-134 del 28 de febrero de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 del 18 de julio de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

6 Sentencias T-207 del 12 de mayo de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 del 12 de septiembre de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 del 4 de diciembre de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

8M.P. Alejandro Martínez Caballero.

9 M.P. Marco Gerardo Morroy Cabra.

10 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

11 Esta propuesta teórica fue inicialmente expuesta en sentencia T-573 de 2005 y

posteriormente desarrollada en la sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

12 Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

14 Sentencia T-1185 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

15 “El POS-C incluye un grupo de intervenciones para la protección de la salud, la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de patologías o condiciones de salud asociadas a enfermedad general o maternidad en las áreas de asistencia médica, odontológica, quirúrgica y farmacéutica. Las prestaciones del POS-C están descritas en un listado denominado “Manual de procedimientos e intervenciones del POS – MAPIPOS10 (Resolución 5261 de 1994) el cual también describe un grupo pequeño de exclusiones. Las prestaciones farmacéuticas se definen mediante un manual de medicamentos y terapéutica determinado en acuerdos del CNSSS11. El POS-C incluye además de las prestaciones en salud, las prestaciones económicas por incapacidad laboral y por licencia de maternidad”. Tomado de: Ministerio de la Protección Social. “Evaluación del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud Colombiano y Lineamientos para su Reforma” (2008).

16 Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

17 Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

18 Sentencia T-775 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

19 Artículo 162 de la Ley 100 de 1993 (citado pag. 16 ref.17)

20 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

21 Ver sentencias T-1219 de 2003 y T-202 de 2008.

22 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

23 Sentencias Sentencia T-236 de 1998; T-1019 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

24 Humberto Antonio Sierra Porto.

25 Sentencias SU-480 y T-640 de 1997, T-236 de 1998, SU-819 de 1999, T-1204 de 2000, T-683 de 2003, T-1331 de 2005, T-1083 de 2006 y T-760 de 2008, entre otras.

26 En la Sentencia T-1204 de 2000, se ordenó a Colmena Salud EPS realizar el servicio requerido, el cual era un examen de carga viral. “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.”

27 Sentencias T-760 de 2008, T-875 de 2008 y T-1024 de 2010.

28 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

29 Este criterio viene desde la Sentencia T-760 de 2008. Reiterado en Sentencias T-003 de 2009 y T-037 de 2010.

30 “En las sentencias T-899 de 2002, T-202 de 2008, T-975 de 2008, T-053 de 2009, T-352, T-437 y T-574 de 2010, entre otras, la Corte ha ordenado el suministro de tales elementos por tratarse de personas en debilidad manifiesta ante el hecho notorio y evidente de la incontinencia urinaria o la imposibilidad para valerse por si mismo propias de la avanzada edad o de quienes se encuentran afectados por patologías relacionadas con la próstata, la cadera, disfunción o parálisis cerebral, cuadriplejía o hemiplejía o cuando la persona afronta una enfermedad ruinosa o catastrófica, siempre que los peticionarios no cuenten con los recursos económicos para sufragarlos. En dichas oportunidades, se ha considerado que su provisión “más que obedecer a un tratamiento médico, tienen por finalidad dar un estado salubre y de bienestar de la persona que los requiere”, se constituyen en medios para garantizar la integridad personal y la vida digna de quien los necesita”.

31 Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

32 Sentencia T-1204 de 2000, reiterada en las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de

2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

33 Sentencia 1024 de de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

34 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993.

35 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

36 Ver sentencias T-617 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería; T-734 de 2004 Manuel José Cepeda Espinosa.

38 Ley 100 de 1993, artículo 164.

39 Ley 100 de 1993, artículo 164, primero y segundo inciso: 'Preexistencias. En el Sistema General de Seguridad en Salud, las Empresas Promotoras de Salud no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados. || El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al Sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica. || (...)'

40 El artículo 61 del Decreto 806 de 1998 regula los 'períodos mínimos de cotización' al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo, en los siguientes términos: 'Grupo 1. Un máximo de cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el Plan Obligatorio de Salud. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año. || Grupo 2. Un máximo de cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos-Mapipos, como del grupo ocho (8) o superiores. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año.' Esta disposición remplazó el artículo 26 del Decreto 1938 de 1994 que establecía la regla en términos muy similares.

41 El artículo 61 del Decreto 806 de 1998 advierte en el primer inciso de su párrafo que 'cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los

plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.'

42 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 1°.

43 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 2°.

44 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 3°. 'Aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. Las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios. || Parágrafo. De conformidad con el numeral tercero del artículo 160 de la Ley 100 de 1993, es deber del afiliado cotizante y de los beneficiarios cancelar las cuotas moderadoras y los copagos correspondientes.'

45 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 4°. 'Ingreso base para la aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. Las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante. Si existe más de un cotizante por núcleo familiar se considerará como base para el cálculo de las cuotas moderadoras y copagos, el menor ingreso declarado.'

46 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (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.'

47 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (2) 'Información al usuario. Las Entidades Promotoras de Salud deberán informar ampliamente al usuario sobre la existencia, el monto y los mecanismos de aplicación y cobro de cuotas moderadoras y copagos, a que estará sujeto en la respectiva entidad. En todo caso, las entidades deberán publicar su sistema de cuotas moderadoras y copagos anualmente en un diario de amplia circulación.'

48 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (3) 'Aplicación general. Las Entidades Promotoras de Salud, aplicarán sin discriminación alguna a todos los usuarios tanto los copagos como las cuotas moderadoras establecidos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo.'

49 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (4) No simultaneidad. En ningún caso podrán aplicarse simultáneamente para un mismo servicio copagos y cuotas moderadoras.

50 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 6°, párrafos 1° y 2°.

51 Acuerdo 260 de 2004, CNSSS, artículo 7°.

52 El artículo 185 de la Ley 100 de 1993, se establece que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, tienen por función ‘prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.’

53 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con esta norma, los recaudos por estos conceptos ‘serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud’, no obstante, advierte que ‘el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía’, Fosyga.

54 Ley 100 de 1993 artículos 187 y 188 ‘Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios’

55 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, SV Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Antonio Barrera Carbonell.

56 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

57 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

58 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

59 MP. Juan Carlos Henao Pérez.