

SENTENCIA T-501/ 2008

(Mayo 16 de 2008)

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR TIENE CARACTER FUNDAMENTAL AUTONOMO

ACCION DE TUTELA PARA LA OBTENCION DE TRATAMIENTOS, PROCEDIMIENTOS O
MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL POS O DEL POS-S

REGIMEN SUBSIDIADO EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

PAGOS COMPARTIDOS A LOS AFILIADOS AL REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN
SALUD

ACCION DE TUTELA-Hecho superado no exime de pronunciamiento de fondo

HECHO SUPERADO POR RECLASIFICACION EN EL SISBEN

HECHO SUPERADO POR FALLECIMIENTO DEL ADULTO MAYOR

Referencia: expediente T-1.730.335

Accionante: Julia Moya Murcia

Accionados: EPS-S Colsubsidio y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá

Fallo de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá del 8 de agosto de 2007, confirmatoria de la sentencia del Juzgado Diecisiete Penal Municipal de Bogotá del 26 de junio de 2007.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

ANTECEDENTES

1. La demanda

A través de apoderada judicial, la señora Julia Moya Murcia actuando en calidad de agente oficioso de su esposo, instaura acción de tutela¹ contra la EPS-S Colsubsidio y las Autoridades Distritales de Bogotá -Secretaría de Planeación Distrital-, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la dignidad humana y a la igualdad de su esposo Arcadio Céspedes Gualteros y de sus hijos Luis y Miguel Céspedes Moya y en tal medida solicita, se realice una nueva encuesta de estratificación en el sisbén, y se les presten los servicios médicos que estos requieran, sin aplicación de cuotas moderadoras o copagos.

2. Respuesta de las entidades demandadas

2.1. EPS-S COLSUBSIDIO

El Representante Legal de la EPS-S Colsubsidio dio respuesta a la acción de tutela de la referencia,² donde indica:

2.1.1. El núcleo familiar conformado por los señores Arcadio Céspedes Gualteros, Julia Moya Murcia, Luis y Miguel Céspedes Moya, se encuentra afiliado a la EPS-S COLSUBSIDIO desde el 1º de octubre de 2001, en nivel III del SISBEN.

Las atenciones brindadas al señor Céspedes Gualteros, se han realizado por cuenta de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, toda vez que se trata de servicios de salud no incluidos en el POSS, que son responsabilidad de esa entidad de acuerdo a lo establecido en las normas vigentes.

2.1.3. El señor Arcadio Céspedes Gualteros y sus hijos Miguel Antonio y Luis Arcadio Céspedes Moya, como afiliados del Régimen Subsidiado, tienen derecho a recibir los beneficios definidos en el Acuerdo 306 2005 del CNSSS, por parte de la EPS-S COLSUBSIDIO. En los casos de requerimientos de atención o de servicios de salud que no estén incluidos dentro del plan de beneficios para el régimen subsidiado, estos deben ser asumidos por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta, tal como lo disponen la Ley 715 de 2001, el Decreto 806 de 1998 y el Acuerdo 306 2005 del CNSSS.

2.1.4 Para garantizarles la oportuna prestación de servicios de salud en lo correspondiente a

eventos incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud COLSUBSIDIO EPS-S, ha asignado al núcleo familiar Céspedes Moya, la siguiente red de instituciones prestadoras de servicios de salud, de acuerdo a la complejidad y al nivel de atención requerido, así:

Primer Nivel – Hospital de Chapinero E.S.E.

Tercer Nivel – Hospital Simón Bolívar E.S.E

Segundo Nivel – Hospital de Engativá E.S.E

Alto Costo y E. C.-Médicos Asociados S.A.

y Ciosad S.A.

2.1.5. Para el caso específico, de las patologías que sufre el señor Céspedes Gualteros y cuyo manejo no está incluido en el POS-S, señala que COLSUBSIDIO EPS-S, le garantiza la atención integral en nivel básico y terapia de rehabilitación de acuerdo a lo incluido en el Acuerdo 306 de 2005, en la red que se le ha asignado y para los servicios de salud NO POSS, los mismos deben ser garantizados por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta que esa entidad administra para esos casos. Debido a su situación crónica actual, debe continuar recibiendo servicios médicos especializados en neurología que deben ser prestados con cargo al ente territorial.

2.1.6. Respecto a la salud de Miguel Antonio y Luis Arcadio Céspedes Moya, la EPS-S COLSUBSIDIO no tiene registros de solicitudes de atención que confirmen la información suministrada por la actora en el sentido de que éstos padezcan de algún tipo de enfermedad mental, pero en caso de ser cierta dicha afirmación, el manejo y tratamiento de las enfermedades mentales, es un servicio que tampoco está incluido en el POS-S, que igualmente debe ser asumido y cubierto por el ente territorial.

2.1.7. Asevera que las enfermedades padecidas por el esposo y los hijos de la actora no constituyen actualmente una urgencia vital, no son de alto costo, son patologías crónicas que requieren controles periódicos de medicina especializada; por tanto de acuerdo a lo explicado el manejo integral de estos padecimientos debe continuar siendo asumido por la

Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, con cargo a los recursos de Ley 715 de 2001, subsidio a la oferta.

2.1.8. Otro aspecto que motiva a la señora Moya Murcia a presentar la acción de tutela es su clasificación en el nivel III del SISBEN, pero dado que ésta es un trámite de responsabilidad directa del Distrito Capital, quien efectúa las encuestas a través de Planeación Distrital, la EPS-S COLSUBSIDIO no tiene injerencia en el manejo de estas encuestas. Si la accionante no está de acuerdo con esa clasificación, debe solicitar a la Secretaría de Planeación Distrital le realicen una nueva visita para una reclasificación.

2.2. Secretaría Distrital de Salud de Bogotá

La Subsecretaría Jurídica de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá³, expresó que revisado el archivo de encuestados SISBEN se encontró que el 17 de noviembre de 2004, fue diligenciada ficha de clasificación SISBEN No. 1052466 a la señora Julia Moya y su núcleo familiar, clasificándolos en el Nivel III.

De otro lado aclara, que si bien inicialmente a la señora Moya Murcia se le respondió negativamente una solicitud sobre cambio de nivel en el SISBEN, en atención a la acción de tutela, la Secretaría de Planeación Distrital visitó a la señora Moya Murcia y a su núcleo familiar⁴, para recoger nueva información, una vez incluidos en el software, el sistema arrojó un puntaje de 3.41, que los clasificó en el NIVEL I del SISBEN, Clasificación que les permite no solo acceder a los subsidios que otorgan la Secretaría Distrital de Salud, sino a todas las garantías en materia de salud. Por lo anterior, solicita desvincular a esa entidad, por cuanto ha cumplido con las funciones administrativas, y no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

2.3. Pruebas. En el expediente obran entre otras, las siguientes pruebas: -Fotocopia del carné de afiliación a la EPS-S Colsubsidio y de la cédula de ciudadanía del Señor Arcadio Céspedes Gualtero (fl. 15) -Fotocopia de la ficha No. 1052466 del 17 de noviembre de 2004, donde se clasifica en el nivel III del Sisben a la familia Céspedes Moya (fl.28) -Fotocopia del derecho de petición presentado por la señora Julia Moya Murcia el 7 de mayo de 2007 a la Secretaría de Planeación Distrital solicitando encuesta para cambio de nivel (fl.10) -Fotocopia de la respuesta dada por la Secretaría de Planeación Distrital negando reclasificación (fl.11) - Fotocopias de la ficha histórica elaborada el 15 de junio de 2007, por la cual se reclasifica al

nivel I del SISBEN a al familia Céspedes Moya (fl.34)

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. Diagnóstico médico. El señor Arcadio Céspedes Gualteros, ingresó el 17 de abril del 2007 al Hospital Engativá II, E.S.E con el fin de practicarse un injerto dermograso en la cuenca ocular izquierda; cirugía que se complicó al presentar cuadro clínico de encefalopatía hipóxica, que lo tiene sumido en un estado de coma superficial.

3.2. Solicitud de reclasificación del núcleo familiar en el Sisben. Dada la situación económica y familiar, la señora Moya Murcia solicitó el día 7 de mayo de 2007 a la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá, efectuara una nueva encuesta para reevaluar su situación y estratificación de su grupo, la que fue contestada negativamente por cuanto se le informó: “el puntaje del SISBEN no se puede modificar a criterio de la Secretaría Distrital de Planeación ni a solicitud de ninguna persona o entidad del estado.”

3.3. Pretensiones de la demanda: i) Solicita que las autoridades Distritales implementen todas las medidas tendientes a proteger los derechos fundamentales de los señores Arcadio Céspedes Gualteros y Luis y Miguel Céspedes Moya. En tal medida, se realice una nueva encuesta de estratificación en el Sisben de su núcleo familiar dadas sus precarias condiciones económicas y sean ubicados en el Nivel I del SISBEN. ii) Que la EPS-S Colsubsidio, en la eventualidad que se ordene el egreso del señor Céspedes Gualteros de la IPS HOSPITAL ENGATIVA II E.S.E, lo traslade a una Unidad de Cuidados Paliativos, en la cual pueda recibir todos los servicios en salud para garantizar su vida. Además la EPS-S, preste todos lo servicios que requiera el señor Céspedes como sondas, pañales, cremas etc., e igualmente garantice, todo los servicios especializados sin aplicación de cuotas moderadoras o copagos.

3.4. Fundamentos de las pretensiones: i) El señor Céspedes laboraba como albañil, oficio del cual obtenía sus ingresos para el sustento de su familia, esposa y dos hijos -que padecen patología mental-. ii) A consecuencia del accidente de su esposo la señora Julia Moya Murcia es quien debe velar por su cuidado, lo que le imposibilita trabajar, siendo su situación económica crítica, adeudan varios meses de arriendo, no cuenta con apoyo familiar y

sobreviven de la ayuda de los vecinos y amigos. iii) Aunado a lo anterior informa que en el año 2006 el Hospital de Chapinero formuló a su hijo el señor Miguel Céspedes Moya el medicamento antidepresivo PIPIOTIAZINA X 25 MG por mes, quien por el no suministro del mismo intentó quitarse la vida, situación que fue superada al prestársele oportuna atención en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de Suba, por que le están cobrando un dinero que le ha sido imposible cancelar por su situación económica.

4. Decisiones Judiciales que se revisan.

4.1 Fallo de Primera Instancia. Juzgado Diecisiete Penal Municipal de Bogotá

Decisión: Deniega el amparo.

Razón de la decisión. La actora solicita que las autoridades distritales protejan los derechos fundamentales de su esposo y de sus hijos y en tal medida se le realice una nueva encuesta, a fin de que se estratifique en el Nivel I del SIBEN y tal pretensión que ya fue satisfecha, se entiende este punto como hecho superado.

De igual manera EPS-S Colsubsidio, informó que al señor Céspedes Gualteros, le viene prestando la atención médica en lo referente al POSS y el tratamiento no POS-S, se lo está garantizando la Secretaría Distrital de Salud.

En lo que tiene que ver con el eventual egreso hospitalario y la solicitud de que éste sea trasladado a una unidad de cuidado paliativo, dado que no obra en el expediente orden médica que así lo determine, considera insensato que se ordene el procedimiento sin soporte médico, pues son las personas especializadas en la materia a los que les compete determinar el mejor tratamiento para los pacientes; además, estima que la acción de tutela no puede tomarse para amparar en forma general y abstracta derechos que no han sido conculcados y que ni siquiera se han concretado en la realidad.

En ese orden de ideas, concluye que para el caso, no se está colocando en riesgo la salud y la integridad física de los señores Luis y Miguel Céspedes Moya, así como la del señor Arcadio Céspedes Gualteros, pues en su actual estado de salud, no se han visto limitados a recibir la atención en salud que les correspondía según el nivel III del SISBEN, pues aun cuando se encontraban clasificados en ese nivel se les ha garantizado la prestación del servicio POS-S y

no POS-S, mucho menos ahora se les han vulnerado sus derechos, cuando la Secretaría Distrital de Salud los ha reclasificado en Nivel I del Sisben.

4.2 Fallo de Segunda Instancia. Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá.

Decisión: Confirma el fallo de primera instancia

Razón de la decisión. No existe prueba alguna respecto a que la Administración Distrital o la EPS-S Colsubsidio hayan omitido la prestación del servicio de salud, pues contrario a lo expresado por la actora, lo acreditado es que conforme a los parámetros legales establecidos para la prestación del servicio de salud, dichas entidades cumplieron con los mismos y por tanto no puede concederse el amparo deprecado.

De otro lado advierte que la inconformidad manifestada por la actora es susceptible de solucionarse a través de medios diferentes, tales como la oficina de control interno o de quejas y reclamos de Colsubsidio e igualmente puede acudir ante la Superintendencia de Salud o ante la Secretaría Distrital de Salud, para que verifiquen la prestación del servicio, sin necesidad de intervención del juez constitucional.

4.3 Actuación en Sala de Revisión.

Con el propósito de verificar los supuestos de hecho que originaron la acción de tutela de la referencia, ya que existían dudas e imprecisiones, así como información encontrada en lo relacionado con la asistencia médica que debe brindarse al Señor Arcadio Céspedes Gualteros, mediante auto del 22 de noviembre de 2007, se ordenó oficiar al Director de la I.P.S Hospital de Engativá II E.S.E., para que suministrara la información que estimara pertinente y en especial la relacionada con el estado actual de salud del paciente, si continuaba hospitalizado y, se le había brindando de manera integral el tratamiento médico que requiere para recuperar su salud?

Mediante oficio de fecha 18 de diciembre de 2007, la Gerente del Hospital de Engativá II Nivel E.S.E., informa que el Señor Céspedes Gualteros, falleció en esa institución de salud el 2 de noviembre de 2007. De igual manera anexó su historia clínica donde aparece registrado el estado crítico de salud que presentaba y los servicios prestados, dentro de los cuales se incluye proceso de reanimación sin obtener resultados positivos, así mismo allega certificado

de defunción.5

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las decisiones proferidas en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del 24 de octubre de 2007, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número 10 de esta Corporación.

5. Problema Jurídico

La acción impetrada, busca el amparo de los derechos a la vida, la integridad física, la dignidad humana y a la igualdad del señor Arcadio Céspedes Gualteros y de sus hijos Luis y Miguel Céspedes Moya, presuntamente vulnerados por las entidades demandadas. En tal medida se solicita: i) Se ordene a las autoridades Distritales que realicen una nueva encuesta de estratificación para que el núcleo familiar al que pertenecen sea ubicado en el Nivel I del SISBEN. ii) En la eventualidad que se decida el egreso de la I.P.S Hospital de Engativá del señor Céspedes Gualteros, la EPS-S Colsubsidio, lo traslade a una Unidad de Cuidados Paliativos, que le garantice todos los servicios en salud, incluyendo el suministro de sondas, pañales, cremas etc. iii) Se brinden al núcleo familiar Céspedes Moya, todos los servicios especializados que requieran, sin aplicación de cuotas moderadoras, copagos.

Esta Sala de Revisión debe entonces determinar si efectivamente las entidades demandadas, vulneraron los derechos fundamentales que se invocan como sustento del amparo constitucional.

Con el fin de esclarecer el asunto planteado, la Corte reiterará la jurisprudencia constitucional acerca de: i) La legitimación para incoar acción de tutela a nombre de persona incapacitada para ejercer su propia defensa; ii) el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud en el caso de los adultos mayores; ii) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la prestación de servicios médicos no contemplados en el POS; iii) se referirá en general al régimen subsidiado en el sistema general de seguridad social en salud; iv) a los fundamentos normativos de la exigencia de pagos compartidos a los afiliados al régimen subsidiado de seguridad social en salud; v) así como a la prevalencia de la fórmula

médica emitida por el especialista tratante; vi) por último reiterará su jurisprudencia en lo relativo al hecho superado, para luego proceder a resolver el caso concreto.

5.1. Legitimación para incoar acción de tutela a nombre de persona incapacitada para ejercer su propia defensa.

En el caso sometido a consideración de la Sala, quien instaura la acción de tutela es la esposa de una persona que se encontraba enferma y en imposibilidad de asumir su propia defensa, motivo por el cual se considera que tal situación se ajusta a las prescripciones del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, sobre la posibilidad de agenciar derechos ajenos.

Esta Corporación, ha indicado que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la C.P., la acción de tutela puede ser intentada por la persona afectada, “por sí misma o por quien actúe a su nombre”. De allí se deduce que no es indispensable obrar directamente y que, por tanto, puede otro actuar en representación de la persona que ve conculcados o amenazados sus derechos fundamentales.

5.2. Carácter fundamental autónomo del derecho a la salud en el caso de los adultos mayores. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha expresado que el derecho a la salud puede ser objeto de protección por vía de la acción de tutela, cuando su amenaza o lesión compromete la efectividad de otros derechos fundamentales como, por ejemplo, la vida y la dignidad personal.⁶

De igual manera ha indicado, que tratándose de personas en condición de debilidad y sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47)⁷, la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo⁸ para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela, merced a sus especiales características de vulnerabilidad y su conexidad con los derechos de rango superior, tales como la vida y a la dignidad humana⁹.

En consecuencia, las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a brindarles la atención médica que necesiten, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante.¹⁰

5.3. La acción de tutela para la obtención de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del POS, o del POS-S y las formas de protección de los derechos fundamentales frente a los servicios no incluidos en los planes Obligatorios de Salud.

Para brindar el servicio público esencial de seguridad social en salud se han diseñado los Planes Obligatorios de Salud para los afiliados al régimen contributivo y al régimen subsidiado,¹¹ pudiendo éstos contener exclusiones y limitaciones de servicios, con fundamento en el criterio de la escasez de recursos del sistema y en el carácter programático y de desarrollo progresivo de los derechos prestacionales, lo que es constitucionalmente admisible, en tanto pretende salvaguardar el equilibrio financiero del mismo.

Empero, este Tribunal ha aclarado, que en determinadas situaciones la aplicación de las exclusiones y limitaciones previstas en los Planes Obligatorios de Salud, pueden ocasionar la vulneración de derechos fundamentales, lo que impone para el caso, la inaplicación de la reglamentación excluyente del tratamiento o medicamento requerido, para ordenar el suministro del mismo.

Con esto se busca evitar que una regulación legal o administrativa afecte las garantías constitucionales y los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas.¹²

En desarrollo del postulado anterior, la Corte ha elaborado los requisitos que deben verificar las autoridades para otorgar la protección del derecho a la salud en casos concretos e inaplicar normas reglamentarias de los Planes Obligatorios de Salud, a saber: i) La falta de medicamentos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física, pues no se puede obligar a la EPS o a la EPS-S a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos. ii) El medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el POS o en el POS-S o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan. iii) El paciente no puede sufragar el costo de lo requerido. iv) El medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. o a la EPS-S a la cual se halle el paciente que demanda el servicio.¹³

De lo afirmado resulta entonces, que cuando se cumplen los eventos descritos anteriormente, las EPS o las EPS-S (ARS)¹⁴, se encuentran obligadas a proporcionar a los

pacientes, el medicamento o tratamiento requerido e indicado por el médico tratante, aún cuando el mismo no se encuentre dentro del listado oficial. De igual manera, el juez de tutela no puede absolver a las E.P.S. y a las EPS-S (A.R.S.) de toda responsabilidad respecto de la atención de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud argumentando que el procedimiento que se requiere no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios de Salud.

Aparte de lo anterior la Corte ha enfatizado,¹⁵ que las restricciones que imponen los planes obligatorios de salud no son oponibles a aquella porción de la población más pobre y vulnerable de la sociedad (por razones de estado de salud mental, edad y nivel de desarrollo), por tratarse de sujetos que merecen una especial protección de parte del Estado.

Los artículos 48 y 49 de la C.P., reconocen a 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 desarrollo de las mencionadas disposiciones, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se establecieron las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional, con capacidad económica o sin ella, de tal manera que permitiera a todas las personas el acceso a los servicios de salud. De ahí, que la afiliación al sistema es obligatoria para todos los habitantes de Colombia, ya sea en el régimen contributivo o en el subsidiado.

Ahora bien, la finalidad del régimen subsidiado es financiar la atención en salud a las personas que no tienen capacidad de cotizar. La vinculación al sistema se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de la solidaridad de que trata la Ley 100 de 1993. Al Régimen Subsidiado, pertenecen las personas de los sectores más pobres y vulnerables de la población (estratos 1 y 2), brindando una mayor y especial protección en razón de sus propias condiciones socioeconómicas a las madres durante el embarazo, parto, postparto y lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de sesenta y cinco (65) años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los artistas y deportistas, los trabajadores y profesionales independientes, los toreros y sus subalternos, los periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas,

desempleados y demás personas sin capacidad de pago.¹⁶

5.5. Fundamentos normativos de la exigencia de pagos compartidos a los afiliados al régimen subsidiado de seguridad social en salud.

En desarrollo de los principios de solidaridad y eficiencia¹⁷ que rigen el sistema de salud y con el fin de racionalizar su uso, el legislador previó que los cotizantes, afiliados y beneficiarios, estuvieran sujetos a la cancelación de pagos compartidos y cuotas moderadoras.¹⁸

Para el caso específico del régimen subsidiado, el artículo 11 del Acuerdo 260 de 2004 “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, expedido por el CNSS, dispuso que: “Los beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban, a través de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén (...)”.

En dicha reglamentación se estableció además que: i) la atención médica de la población indigente y de las comunidades indígenas será gratuita y no habrá lugar al cobro de copagos; (ii) la población clasificada en el nivel 1 del SISBÉN, así como la población incluida en listado censal el copago máximo es del 5%, sin que el cobro por un mismo evento pueda exceder de una cuarta parte del salario mínimo legal mensual vigente; en todo caso, el valor máximo por año calendario será de medio salario mínimo legal mensual vigente, (iii) para la población clasificada en el nivel 2 del SISBÉN, el copago máximo es del 10%, sin que el cobro por un mismo evento pueda exceder de la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente; sin embargo, el valor máximo por año calendario será de un salario mínimo legal mensual vigente.

Ahora bien, con el propósito de regular aspectos relacionados con la dirección, funcionamiento, financiación, aseguramiento, y prestación de servicios médicos en el sistema de seguridad social en salud, se expidió la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

La citada disposición introdujo modificaciones a las normas legales y reglamentarias que regulan el cobro de pagos compartidos en el régimen subsidiado de seguridad social en

salud. En tal sentido, respecto a la exigencia de copagos a los afiliados al nivel uno (1) del SISBÉN, el literal g) del artículo 14, ordena:

“ (...) A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación: (...)

g) No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace..” (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Así, entonces, en la actualidad y de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007, quedaron sin vigencia las normas reglamentarias según las cuales, los afiliados al régimen subsidiado de seguridad social en salud clasificados en el nivel I del SISBÉN, debían efectuar cancelación de pagos compartidos o cuotas moderadoras, para acceder a los servicios y tratamientos médicos que requieren.¹⁹

5.6 El médico tratante es quien determina la idoneidad de un tratamiento médico y el Juez sólo puede ordenar el reconocimiento de tratamientos médicos y/o medicamentos que previamente hayan sido prescritos por éste. Reiteración de jurisprudencia

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación²⁰ en el sentido de señalar que cuando se solicita el reconocimiento de un procedimiento o tratamiento médico, debe existir previamente la orden del médico tratante. Ello por cuanto los jueces de tutela no son competentes para ordenar los mismos, cuando no han sido previamente formulados por el galeno tratante del paciente. En efecto, la idoneidad de los tratamientos médicos la determina únicamente el criterio médico-científico, el cual no es reemplazable por criterios jurídicos o por consideraciones presentadas por familiares del enfermo en torno a la conveniencia u oportunidad de determinada clase de tratamiento o suministro de medicamentos.

5.7. Hecho superado. Reiteración de jurisprudencia.

En razón de que el objeto de la acción de tutela²¹ es garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular, el juez constitucional tiene la obligación de salvaguardar el ordenamiento Superior y en tal sentido velar por el amparo de los derechos que éste consagra.

Sin embargo, en aquellos casos en los que cesa la vulneración o amenaza del derecho fundamental que se pretende proteger por la vía de la acción de tutela, esta Corporación sostiene que se configura el fenómeno del hecho superado, puesto que no persiste la trasgresión del bien jurídico que se pretendía amparar y en consecuencia desaparecen las situaciones fácticas que originaron la vulneración.

6. Caso concreto

6.1. Revisado el escrito de tutela y la contestación que de la misma hicieron la EPS-S COLSUBSIDIO y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, encuentra la Sala, que lo pretendido por la accionante tiende a no prosperar, veamos por qué:

La señora Julia Moya Murcia en calidad de agente oficioso de su esposo, el señor Arcadio Céspedes Gualteros, promovió acción de tutela contra la EPS-S Colsubsidio y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá, donde solicita que dadas las condiciones económicas de su núcleo familiar, se realice una nueva encuesta de estratificación con el propósito de que les sea asignado el Nivel I del SISBEN. De igual manera pretende que la EPS-S COLSUBSIDIO, le preste los servicios médicos que requieran, sin aplicación de cuotas moderadoras o copagos.

Como quedó claro en la respuesta enviada por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, la familia Céspedes Moya fue reclasificada a partir del 15 de junio de 2007, en el Nivel I del SISBEN, circunstancia que les permite acceder a todas las garantías que en materia de salud otorga dicha clasificación, por tal motivo la petición se encuentra satisfecha.

6.2. En lo que atañe a la petición de la actora en el sentido de exonerarlos del pago de cuotas moderadoras y copagos, se observa que de acuerdo al literal g) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, los afiliados al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, clasificados en el Nivel I del SISBÉN, no tienen que cancelar los mismos, para acceder a los

servicios y tratamientos médicos que requieren²² y en tal medida la situación se encuentra igualmente superada.

6.3. Ahora bien durante el proceso de revisión de la presente acción de tutela el señor Céspedes Gualteros falleció, en esta medida no habría objeto respecto del cual emitir un pronunciamiento de fondo. Pero como lo ha manifestado la Corte en ocasiones anteriores, esta situación no es óbice para que la Sala analice la conducta de la EPS-S demandada con el fin de determinar la existencia de vulneración de derechos fundamentales y la eventual responsabilidad en el hecho violatorio consumado.

En tal sentido y en relación con los hechos concretos del caso que nos ocupa, la Sala encuentra que, prima facie, a la EPS-S Colsubsidio, no le asiste responsabilidad en la muerte del señor Céspedes Gualteros, toda vez que a éste se le prestaron oportunamente los servicios médicos que requirió y que su muerte ocurrió como consecuencia de su agravado y complicado estado de salud.

6.4. En lo relativo a la petición de la actora en el sentido de que en la eventualidad de que se ordene el egreso del señor Céspedes Gualteros de la I.P.S HOSPITAL ENGATIVA II E.S.E, lo trasladen a una Unidad de Cuidados Paliativo e igualmente se le suministren todos los elementos que requiera el señor Céspedes como sondas, pañales, cremas etc., cabe precisar que para que se ordene este tipo de tratamientos y suministros de elementos que potencialmente puede requerir un paciente, deben preceder las órdenes correspondientes a los mismos, emitidas por parte de un médico adscrito a la entidad accionada, pues sólo un facultativo adscrito a la EPS-S accionada es la persona idónea, dado sus conocimientos científicos, que puede disponer un tratamiento, o prescribir los medicamentos, etc.

En este punto cabe mencionar además, que la acción de tutela condicionada a la ocurrencia de un hecho que eventualmente vulnere o amenace derechos fundamentales es claramente inadmisibile, debido a que la transgresión de los derechos debe ser objetiva y actual, y no basada en simples especulaciones o probabilidades sujetas a la ocurrencia de otros acontecimientos. Ello por cuanto la acción de tutela no se puede tomar para amparar en forma general y abstracta derechos que no han sido conculcados, que ni siquiera se han concretado en la realidad.

6.5. En conclusión de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso, la Sala encuentra que la

EPS-S Colsubsidio, prestó oportunamente los servicios médicos POS-S y no POS-S23 requeridos por el señor Céspedes Gualteros, por lo que su deceso no resulta, a primera vista, consecuencia de la acción u omisión de la entidad demandada, por el contrario lo que se colige es un comportamiento diligente y respetuoso de la dignidad humana y el derecho al acceso a los servicios de salud, por parte de la entidad accionada.

6.6. En lo relacionado con la prestación del servicio de salud de los señores Miguel Antonio²⁴ y Luís Arcadio Céspedes Moya²⁵, la EPS-S COLSUBSIDIO asevera que no tiene registros de solicitudes de atención que confirmen la información suministrada por la actora en el sentido de que sus hijos padecen algún tipo de enfermedad mental, pero que en caso de ser cierta la afirmación, el manejo y tratamiento de las enfermedades mentales, por ser un servicio no POS-S, debe ser asumido y cubierto por el ente territorial.

De igual manera se observa, que la señora Julia Moya Murcia no pone en tela de juicio que a su hijo Miguel Céspedes Moya, le hayan negado la atención en salud, al contrario informa que a éste lo han atendido en el Hospital de Chapinero e igualmente en el Hospital de Suba, de lo que en realidad se quejaba la actora para ese caso específico, es del cobro de unas sumas de dinero, dado que para la época en que se le prestó la asistencia médica, su núcleo familiar se encontraba clasificado en el nivel III, circunstancia que se encuentra superada con la nueva clasificación asignada. Respecto del señor Luís Arcadio Céspedes Moya, no existe en el expediente prueba alguna que demuestre que el mismo hubiere requerido de atención médica y que esta solicitud, le fuera negada.

En ese orden de ideas y al no acreditarse vulneración alguna por parte de las entidades accionadas respecto de la atención en salud de los señores Arcadio Céspedes Gualteros, Luís y Miguel Céspedes Moya, la Sala procederá a confirmar la Sentencia dictada por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá D.C., del 8 de agosto de 2007.

DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término, decretada mediante auto del 22 de noviembre de 2007, para fallar en el presente asunto.

SEGUNDO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá D.C., del 8 de agosto de 2007.

TERCERO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Junio 8 de 2007(fls 1-6 cuaderno 1º del expediente).

2 Escrito del 15 de junio de 2007 (fls. 20-26 cuaderno 1º del expediente).

3 Memorial del 15 de junio de 2007.

4 El 15 de junio de 2007.

5 Fls. 56-58 cuaderno 1º del expediente.

6 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes Sentencias: SU-111 de 1997, SU-039 de 1998, T-489 de 1998, T-171 de 1999, T-1036 de 2000, T-264 de 2004 y T-013 de 2006.

7 La Constitución de 1991, amplió el marco de protección de aquellas personas que en razón de sus especiales condiciones físicas, mentales o económicas requieren de garantías que les permitan vivir dignamente.

8 Ver Sentencia T-666 de 2004.

9 Ver entre otras las Sentencia T-171 de 2005.

10 Ver Sentencias T-420 de 2007 y T-989 de 2005

11 En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la C.P. y la Ley 100 de 1993.

12 Corte Constitucional, Sentencias T-114 de 1997, T-640 de 1997 y T-784 de 1998.

13 Estas condiciones han sido reiteradas en diversos fallos como T-840, T-766, T-420, T-299, T-073 de 2007, T-045 de 2007, T-044 de 2007, T-038 de 2007, T-028 de 2007, T-026 de 2007, T-936 de 2006, T-384 de 2006, T- 928 de 2003

14 La Ley 1122 de 2007, “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, determinó que las entidades que administran el régimen subsidiado (ARS), en adelante se denominarán Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS).

15 Ver entre otras las Sentencias T-134 de 2002, T-544 de 2002, y T-738 de 2003.

16 Ver Sentencias T-515 y T-555 de 2007.

17 El artículo 2º de la Ley 100 de 1993 establece: “PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad

social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

(...)

c. SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables. (...)"

18 Conforme a lo anterior, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 señala: "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, tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud." (Subrayado fuera del texto original).

19 En el mismo sentido se pueden consultar las Sentencias T-301, T-515 y T-555 de 2007.

20 En la sentencia T-427 de 2005, la Corte confirmó la negativa de amparo a una madre que había interpuesto acción de tutela, porque el médico tratante había ordenado la salida del hospital de su hijo menor. Este Tribunal Constitucional consideró que si el médico tratante había optado por la alternativa médica de tratamiento sin hospitalización, y nada hacía pensar que dicha decisión fuera violatoria de los derechos fundamentales del menor, entonces ni la madre ni el juez podían cuestionar el criterio médico-científico que determinó la idoneidad del tratamiento no-hospitalario. De igual manera en la Sentencia T-378 de 2007, se dijo: "20.- Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal

Constitucional, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Se ha afirmado pues, que “[l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.”²⁰ Por ello, la condición esencial “...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante.”²⁰

21 Artículo 86 de la C.P. y el Decreto 2591 de 1991.

22 Ver Sentencias T-301, T-515 y T-555 de 2007.

23 Con cargo a los subsidios de oferta.

24 Fecha de nacimiento 13 de junio de 1986 (fl.28 expediente)

25 Fecha de nacimiento 25 de abril de 1990 fl.28 expediente)