

Sentencia T-581/07

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Quien padece enfermedad catastrófica se encuentra imposibilitado para defenderse por sí mismo

HECHO SUPERADO-Concepto

DERECHO A LA SALUD-Contenido

DERECHO A LA SALUD-Criterios que se deben tener en cuenta para ser protegido por tutela

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Línea jurisprudencial respecto a periodos mínimos de cotización

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Prestación de servicios médicos sin cumplir periodo mínimos de cotización en casos de urgencia e incapacidad económica del usuario

DERECHO A LA SALUD-Normatividad y jurisprudencia constitucional sobre copagos y cuotas moderadoras

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Exoneración de copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o pago de porcentaje

ACCION DE TUTELA-No existe hecho superado

Siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia, esta Corte se aparta totalmente de los argumentos del juzgado de segunda instancia para negar la presente tutela, pues encuentra que en el caso sub examine no se configuran los elementos para que opere el fenómeno jurídico del hecho superado. Si bien es cierto que a partir de la fecha en que se procedió a dictar sentencia ya se había realizado la primera sesión de quimioterapia, con ella no se agotó el tratamiento integral ordenado por el médico tratante. Adicionalmente, no está acreditado en el expediente que la entidad demandada haya autorizado todas las quimioterapias prescritas y los demás procedimientos requeridos por el accionante para tratar el "linfoma no Hodgkin" sin algún costo adicional. En el presente caso no puede predicarse de modo alguno la carencia actual de objeto, y menos aún ante la palpable vulneración de los derechos fundamentales del usuario declarar la cesación de la misma por

sustracción de materia debido a la categoría de la enfermedad, pues si bien es cierto, ya se practicó la primera sesión de quimioterapia de alta toxicidad, debe tenerse en cuenta que se trata de un padecimiento que requiere de un tratamiento bastante largo, delicado, completo y constante, no es posible dejar de lado que estamos frente a una enfermedad de las denominadas catastróficas o de alto costo, en virtud de la cual el joven padece intenso sufrimiento no sólo por la enfermedad misma, sino por los múltiples efectos secundario que conlleva su tratamiento.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DE PERSONA CON LINFOMA NO HODGKIN-Tratamiento integral para el cáncer y exoneración de copagos y cuotas moderadoras

Referencia: expediente T-1592189

Acción de tutela instaurada por Clarena Ríos Orozco como agente oficiosa de Jorge Armando Ríos Restrepo contra Salud Total S. A. Empresa Promotora de Salud.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Catalina Botero Marino y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela dictados por el Juez Treinta y Tres Penal Municipal de Medellín el dieciséis (16) de enero de 2007 y el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín el siete (7) de febrero de 2007.

I. ANTECEDENTES

La señora Clarena Ríos Orozco actuando como agente oficiosa del señor Jorge Armando Ríos

Restrepo interpuso acción de tutela contra la EPS Salud Total S. A. con el propósito que se ampararen los derechos fundamentales a la salud, la vida, la seguridad social, la igualdad y la vida digna de su sobrino, además se otorgue la protección especial que el Estado debe brindar a las personas que por su situación particular se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Lo anterior, por cuanto considera que la EPS accionada se ha negado a cubrir el costo total de los servicios para “procedimientos dx y tto poli quimioterapia (ciclo completo de tratamiento) “QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD Código ISS 33305 [Medicamentos, insumos, administración y honorarios médicos] de forma INTRAHOSPITALARIA Y URGENTE, por riesgo de síndrome de lisis tumoral”, con el argumento que el afectado no posee las semanas requeridas para brindarle el tratamiento ordenado por su médico.

1. Hechos y Pretensiones

1.- Manifiesta la peticionaria que Jorge Armando Ríos Restrepo tiene 20 años de edad, que está vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo en calidad de cotizante desde el día veintisiete (27) de julio de 2006.

2.- Indica que a Jorge Armando Ríos le fue diagnosticado “linfoma no hodgkin” (cáncer en el tejido linfoide). Para el tratamiento de esta enfermedad, su médico tratante, doctor Mauricio Lema Medina, solicitó de manera prioritaria la práctica de los “procedimientos dx y tto poli quimioterapia (ciclo completo de tratamiento) “QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD Código ISS 33305[Medicamentos, insumos, administración y honorarios médicos] (...) en forma INTRAHOSPITALARIA Y URGENTE, por el riesgo de síndrome de lisis tumoral”¹.

3.- Aduce la ciudadana que la EPS Salud Total S. A. autorizó el servicio de forma parcial bajo el argumento que Jorge Armando Ríos Restrepo no tenía las semanas de cotización requeridas para brindarle el 100% de la atención necesitada. En ese sentido, mediante escrito de veintiocho (28) de diciembre de 2006² la Entidad demanda estableció que sólo cubriría el 80% del costo total de los servicios médicos solicitados.

4.- Agrega que carecen de recursos económicos que les permita el pago del porcentaje que exige la EPS Salud Total, toda vez que Jorge Armando Ríos Restrepo es quien sostiene a la abuela con un salario mínimo que devenga como operario en la Empresa Ensamblajes y Fabricación de Antioquia (EFA).

5. Sumado a lo anterior, señala la accionante que al momento de interponer la presente tutela el señor Jorge Armando Ríos se encontraba hospitalizado en la Clínica Soma, habitación 721 A.

6.- Así pues, la señora Ríos solicita al juez de tutela ordenar a la EPS Salud Total S. A. "AUTORICE, BRINDE, PRACTIQUE TODOS Y CADA UNO DE LOS PROCEDIMIENTOS, MEDICAMENTOS, EXAMENES CLÍNICOS Y DE AYUDAS DIAGNOSTICAS, HOSPITALIZACIONES QUE SEAN REQUERIDOS POR EL PACIENTE PARA LA RECUPERACIÓN DE SU SALUD Y LOS CUALES HAYAN SIDO ORDENADOS POR LOS MÉDICOS TRATANTES Y PROFESIONALES DE LA SALUD ENCARGADOS DE LA RECUPERACIÓN DE MI SOBRINO, ASI MISMO Y EN CONSIDERACIÓN DE LA CARENCIA DE RECURSOS ECONÓMICOS SEA EXONERADO DE TODO TIPO DE PAGO Y POR CUALQUIER CONCEPTO COMO COPAGOS, ADEMAS QUE AUTORICE Y CUBRA TODOS Y CADA UNO DE LAS TERAPIAS QUE MI SOBRINO NECESITE Y QUE BRINDE LA ATENCIÓN INTEGRAL HASTA QUE MI SOBRINO RECUPERE LA SALUD Y LA CALIDAD DE VIDA"3.

6.- Por último, pide la accionante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 y debido a la urgencia que el caso amerita, ordenar como MEDIDA PROVISIONAL: "Cubrir el 100% y de manera inmediata la atención requerida por mi sobrino, ya que cada minuto que pasa sin el tratamiento solicitado, es fatal para el"4.

2. Trámite procesal

El dos (2) de enero de 2007, el Juzgado Treinta y Tres (33) Penal Municipal de Medellín, avocó el conocimiento de la acción y acto seguido, mediante Auto Interlocutorio 001 del mismo día, concedió la medida provisional solicitada por la accionante con base en los siguientes argumentos:

"El examen de los hechos invocados por la accionante como soporte de su pretensión principal, al igual que la documentación anexada al escrito, indica que le asiste la razón, pues se trata de un joven que se encuentra hospitalizado, en delicado estado de salud, debido a la enfermedad que lo afecta (cáncer), a quien el especialista en Oncología Clínica, Dr. Mauricio Lema Medina, le ha ordenado de manera prioritaria el procedimiento denominado 'QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD Código ISS 33305' en forma INTRAHOSPITALARIA Y URGENTE, por síndrome de lisis tumoral, para mejorar su salud además, se trata de un

paciente, según lo afirma la demandante, sin prueba en contrario, con absoluta incapacidad económica para costear el tratamiento ordenado, es por lo que en aras de proteger el derecho a la vida digna, se ordenará al señor Gerente de SALUD TOTAL, o a quien haga sus veces, para que de inmediato autorice y asuma el 100% del costo económico del procedimiento denominado “QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD Código ISS 33305” en forma INTRAHOSPITALARIA Y URGENTE, ordenado por el facultativo que viene tratando al paciente JORGE ARMANDO RÍOS RESTREPO que, como atrás se anotó, se encuentra afectado por una enfermedad de las denominadas Ruinosas o Catastróficas, que atenta contra su integridad personal, el cual fue ordenado el día 28 de diciembre del 2006, además de la atención integral que requiera, en virtud de su enfermedad, eximiéndole de copagos y cuotas moderadoras, hasta tanto, mediante el respectivo fallo, se tome una decisión definitiva.

Por lo expuesto, el JUZGADO TREINTA Y TRES PENAL MUNICIPAL DE MEDELLIN, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución, concede la medida provisional solicitada, ordenando al señor Gerente de la EPS SALUD TOTAL, o a quien haga sus veces, que en forma inmediata, autorice el cubrimiento del 100% del costo del procedimiento denominado “QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD Código ISS 33305” en forma INTRAHOSPITALARIA Y URGENTE, ordenados por el facultativo tratante para el mal que padece, al señor JORGE ARMANDO RÍOS RESTREPO, al igual que la atención integral derivada de su enfermedad, eximiéndole de copagos y cuotas moderadoras, orden que mantendrá su vigencia hasta el respectivo fallo, en el que se tomará una decisión definitiva”5.

De igual forma, por medio de Oficio No. 001 de dos (2) de enero del mismo el Juzgado en mención dispuso notificar al Gerente de la EPS Salud Total lo relacionado con la admisión, el decreto de la medida provisional y el trámite de esta acción para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones formuladas en su contra.

3. Respuesta de la Entidad Accionada Salud Total S. A. Empresa Promotora de Salud.

1.- El señor Álvaro Pérez Vélez, Gerente y Representante Judicial de Salud Total S.A., Sucursal Medellín, respondió la acción de tutela de la referencia y solicitó al juez de conocimiento negar todas las peticiones realizadas por la señora Clarena Ríos Orozco en representación del señor Jorge Armando Ríos Restrepo, por cuanto lo perseguido con la respectiva acción es el cubrimiento económico de un servicio que ya fue prestado al usuario en la Clínica “Soma” el

veintinueve (29) de diciembre del 2006 siendo su egreso hospitalario el treinta (30) de diciembre del mismo año. Por tal motivo, a juicio de la accionada actualmente no existe violación o vulneración de los derechos fundamentales del señor Ríos.

2.- Manifestó que el señor Jorge Armando Ríos se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde el diecisiete (17) de enero de 2006 y cuenta a la fecha con un total de ochenta (80) semanas cotizadas.

3.- Indicó que la señora Clarena Ríos Orozco interpuso la presente acción de tutela con el fin de obtener de la EPS accionada la cobertura total del procedimiento de “Quimioterapia de Alta Toxicidad” requerida por el señor Jorge Armando Ríos, servicio que se encuentra incluido dentro del POS, pero por ser catalogado como de alto costo, requiere para su cobertura económica por parte de la EPS el cumplimiento del requisito de los períodos de carencia, esto es, cien (100) semanas de cotización al Sistema de Salud.

4.- Dado que Jorge Armando Ríos sólo ha cotizado al Sistema de Seguridad Social en Salud ochenta (80) semanas, esta entidad procedió a autorizar de manera proporcional, es decir el 80%, el cubrimiento económico del procedimiento requerido por el señor Ríos.

5.- Así mismo, reiteró el Representante de la EPS que “el procedimiento “Quimioterapia de Alta Toxicidad” requerido a través de la presente acción, fue practicado al señor Ríos el 29 de diciembre del 2006 en la Clínica Soma, es decir, 5 días antes de notificarse a esta Entidad la Medida Provisional, no consideramos acertada la posición asumida por la parte actora, debiendo hacerse claridad a algunos (sic) aspectos de su demanda, con el fin de que tenga mayor claridad el Despacho a la hora de emitir su decisión”6.

6.- Agregó que desde su punto de vista, resulta claro que la solicitud de la accionante no está dirigida a obtener la atención médica del señor Ríos Restrepo; sino que está orientada a dirimir una controversia de tipo económico a fin de lograr la cancelación del porcentaje que debieron asumir por servicios que ya fueron prestados al paciente.

7.- En consonancia con lo anterior, para la EPS Salud Total, el juez debe negar el amparo solicitado dado que la acción de tutela es ineficaz para obtener reembolsos económicos. Así pues, sería equivocado un pronunciamiento del Despacho respecto del cubrimiento económico de los servicios prestados al usuario; el recurso de amparo no puede ser utilizado

para discusiones de derechos de contenido patrimonial, sino de derechos fundamentales.

8.- Adicionalmente adujo que el presente caso debe ser resuelto por medio de los instrumentos existente dentro del sistema legal colombiano como la acción para controversias dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud ante la jurisdicción laboral, o ante la Superintendencia Nacional de Salud, quienes determinarán en su momento si nuestra Entidad actuó en contravía de lo dispuesto por la normatividad vigente.

9.- Salud Total EPS en su escrito de contestación argumentó que, en este caso se está en presencia de un hecho superado, por cuanto la quimioterapia de Alta Toxicidad ya fue practicada y el egreso hospitalario fue dado el treinta (30) de diciembre de 2006, por lo tanto ha desaparecido el motivo que podría haberse invocado para instaurar el amparo. Sin embargo, alegó que en todo caso no existió de por medio vulneración alguna a los derechos fundamentales del afectado.

10.- No obstante por tratarse de un procedimiento de alto costo sujeto a períodos mínimos de cotización, la entidad reconoció que tuvo que autorizar la cobertura parcial del mismo de acuerdo con el número de semanas cotizadas, esto es el 80% del costo total.

11.- Concluyó la EPS accionada que el juez debe denegar la acción de tutela dado que no existió violación alguna a los derechos fundamentales de Jorge Armando Ríos Restrepo, además solicitó que ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso se expidan sendas copias auténticas de la misma con certificación de ello.

4. Pruebas que obran en el expediente

Las pruebas documentales que obran en el expediente son:

1.- Copia de la cédula de ciudadanía de Jorge Armando Ríos Restrepo. (Folio 22)

2.- Copia de la cédula de ciudadanía de Clarena Ríos Orozco. (Folio 23)

3.- Copia del formulario de afiliación e información del afiliado a la EPS Salud Total, como empleado cotizante de EFA Ensamblés y Fabricaciones de Antioquia S. A., de veintisiete (27) de julio de 2006, en el que consta el salario del afectado, correspondiente a \$ 408.000 (Folio 21)

4.- Copia de la solicitud de orden de servicios, realizada por el Doctor Mauricio Lema Medina, Oncólogo clínico y hematólogo. (Folio 17)

5.- Copia de la autorización de servicios de la EPS Salud Total, por el cubrimiento sólo del 80% del tratamiento. (Folios 8 y 9)

6.- Copia de la historia clínica de Jorge Armando Ríos Restrepo. (Folio 10 al 20)

7.- Copia de la orden del tratamiento prescrito por el Dr. Mauricio Lema Medina (Folios 6 y 7)

5. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

5.1 Fallo de primera instancia.

El Juzgado Treinta y Tres (33) Penal Municipal de Medellín, que obró como juez de conocimiento de la acción de tutela en primera instancia concedió el amparo constitucional de los derechos invocados.

En sus consideraciones, sostuvo que la actitud asumida por la Entidad demandada constituye un riesgo para la salud del afectado y para sus condiciones de vida en general, cuyo deterioro es manifiesto por la ausencia de servicio ordenado por su médico tratante, lo cual torna imperiosa la intervención de la autoridad judicial mediante la adopción de las medidas que estime indispensables para la inmediata y efectiva protección de sus garantías constitucionales.

Manifestó además, que teniendo en cuenta las condiciones señaladas en la acción impetrada y la incapacidad de pago del afectado para subsidiar el valor del servicio en salud requerido (afirmación que se entendió prestada bajo la gravedad del juramento) la Entidad Promotora de Salud deberá brindar la atención necesitada por el usuario, con el fin de no obstaculizar el tratamiento, así luego éstas tengan la facultad de repetir contra el Estado por aquellos servicios que no incluidos en el POS o que los usuarios no están en capacidad de pagar.

Consideró que, el caso particular debe ser examinado desde un ángulo distinto al que planteó la Entidad accionada, pues estimó que sí se está en presencia de una posible vulneración a derechos fundamentales del afectado, tales como la vida digna, la salud y la

seguridad social, los cuales aunque en principio “no tenga tal carácter, lo adquiere en los casos de conexidad directa y claramente establecida, con derechos de tal naturaleza que puedan ponerse en peligro por la ineficaz o deficiente prestación de aquella”⁷.

Igualmente agregó que no puede perderse de vista “la incapacidad económica invocada para costear el tratamiento ordenado por el médico (...) Salud Total EPS, sin demoras, debió prestar el servicio de salud requerido por el paciente, la cual se ha visto diezmada por la negativa de la entidad a autorizarlo, de manera oportuna (...) toda vez que de haberse efectuado con la premura que el caso amerita, sus condiciones de vida en general habrían mejorado o al menos estabilizarse al hallarse bajo el control (...)”⁸.

Fue así como el a quo decidió que, dadas las especiales circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentra el afectado y lo urgente que se torna el suministro del servicio requerido, proteger las garantías fundamentales del señor Jorge Armando Ríos, a fin de conjurar el riesgo que se cierne sobre su vida en condiciones dignas. En ese sentido se ordenó a Salud Total EPS autorizar y hacer efectivo, si aun no lo ha hecho, el denominado TRATAMIENTO PARA EL CÁNCER, en los términos prescritos por el médico tratante, el cual debe ser integral para recuperar el estado de salud deteriorado por la enfermedad CÁNCER POR GANGLIOS CANCEROSOS -LINFOMA NO HODGKIN-, siempre y cuando el paciente permanezca vinculado a la entidad accionada.

Adicionalmente, el Juzgado Treinta y Tres Penal de Medellín aclaró que su decisión “ha de hacerse a partir de enero dos [2] de dos mil siete [2007], fecha en la cual fue presentada y admitida la acción de tutela de la referencia, e igualmente concedida la orden de la medida provisional, es decir, que los gastos y demás erogaciones ocurridas antes de esta fecha han de ser cubiertas tanto por la Empresa Promotora de Salud como por el afectado en los términos establecidos en la normatividad vigente, porque mal haría el juez constitucional en ordenar a través de este proveído, cubrir incluso los servicios prestados antes de asumir el conocimiento de la misma y de proferida la medida provisional, que dicho sea de paso, para la fecha en mención carecía de sentido, debido precisamente a que el servicio de salud requerido por el usuario -quimioterapia de alta toxicidad-, le había sido prestado desde diciembre 29 de 2006; como si se tratará entonces de un debate relacionado con aspectos meramente económicos y no de los derechos fundamentales del joven, los cuales para entonces le habían sido plenamente rescatados, valorados y defendidos por la empresa

promotora de salud”9.

Finalmente, con base en los argumentos antes expuestos el Juez de Primera Instancia concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud, la igualdad y seguridad social en conexidad con la vida en condiciones dignas del señor Jorge Armando Ríos.

5.2 Impugnación de la Entidad Demandada Salud Total EPS

Mediante escrito del veintidós (22) de enero de 2007, el señor Álvaro Pérez Vélez, Representante Judicial de Salud Total S.A. Entidad Promotora de Salud impugnó el fallo aludido en el punto anterior con base en los fundamentos que se expondrán a continuación.

Manifestó la Entidad demandada que sin perjuicio de la mencionada providencia, encuentra necesario manifestar su inconformidad de acuerdo con los siguientes puntos:(i) lo ordenado por el juez de primera instancia no le corresponde asumirlo de forma total a la EPS10, (ii) Tratamiento integral ordenado11, (iii) Obligación de la secretaria de salud frente asunción de los servicios médicos12, (iv) Antecedente administrativo - sanción de la Superintendencia Nacional a la Secretaria de Salud de Bogotá por el incumplimiento de la obligación legal de los entes territoriales de prestar los servicios no pos o sujetos a periodos mínimos de cotización13 (v.) Exoneración de Copagos y Cuotas Moderadoras14. En los párrafos siguiente la Sala mencionará de manera sucinta algunos argumentos adicionales expresados por la EPS Salud Total S. A en su escrito de impugnación..

En primer término, consideró el impugnante que “Si bien es cierto en el momento de interponer y responder la tutela, el usuario no tenía derecho al cubrimiento total del servicio, de acuerdo a lo establecido en el literal h del artículo 14 de la Ley 1122 el usuario actualmente tendría derecho al cubrimiento al 100% del servicio y por tanto carecería de fundamento la presente acción. En ese orden de ideas informamos al despacho que desde la notificación de la medida provisional el 5 de enero de 2007, SALUD TOTAL EPS viene brindando los servicios al usuario con el cubrimiento total sin aplicársele períodos de carencia de conformidad con la precitada ley”15.

En segundo lugar, se refirió al tema relacionado con el “Tratamiento Integral” ordenado por el a quo, cuya inconformidad fundamenta a partir del decreto 2591 de 1991 en el que se establece que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales debe ser actual e

inminente, es decir, que al momento de tomar la decisión y producir una orden judicial, el juzgador debe comprobar la existencia de la acción u omisión que afecta los mencionados derechos, contrario sensu, no es posible emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir ordenes futuras que no tienen fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares.

Como resultado del análisis de diversos textos citados en el escrito de impugnación, estimó el Representante Judicial de Salud Tota S. A. que la sentencia recurrida debe modificarse en cuanto que, las decisiones de tutela deben ser concisas y precisas, no pueden hacerse respecto de casos futuros y mucho menos para proteger derechos que no tengan la naturaleza de fundamentales.

En ese orden de ideas, el juez constitucional no tiene competencia para proferir órdenes judiciales sobre tratamientos futuros o eventuales que no tengan soporte en una solicitud de servicios del médico tratante. Así pues, el juez podrá intervenir sólo cuando la EPS se ha abstenido de autorizar un tratamiento médico o procedimiento ordenado por un medico adscrito a la Entidad.

Concordante con lo anterior, insistió que la prestación de los servicios de salud no cubiertos por el POS para la población pobre del régimen contributivo del SGSSS corresponde asumirla a los departamentos y distritos con recursos del subsidio a la oferta de servicios provenientes de rentas cedidas en el entendido de que a estas el objeto de atender a la población pobre y vulnerable, en todo caso sin capacidad de pago que se encuentre dentro de los parámetros establecidos en los artículo 28 y 61 del Decreto 806 de 1998.

Por otro lado el impugnante solicitó que, adicional a las declaraciones antes descritas, no puede olvidarse como efectivamente si se hizo en la primera instancia, incorporar dentro del fallo de tutela la facultad que posee la EPS para recobrar los costos asumidos en exceso de los servicios médicos y quirúrgicos que requiera el afiliado en el evento de otorgarse la protección de los derechos fundamentales al afectado.

Por último, en cuanto a la exoneración de Copagos y Cuotas Moderadoras ordenado por el Despacho, indicó la impugnante que es de vital importancia reconocer el significado que estos tienen al interior del Sistema de la Seguridad Social, pues contribuyen al sostenimiento del mismo¹⁷.

Para finalizar, solicitó como (i) petición principal: revocar el fallo proferido por el Juez Treinta y Tres Penal Municipal de Medellín, en lo relativo a que “si bien es cierto en el momento de interponer y responder la tutela, el usuario no tenía derecho al cubrimiento total del servicio, de acuerdo a lo establecido en el literal h del artículo 14 de la ley 1122 el usuario actualmente tendría derecho al cubrimiento al 100% del servicio y por tanto carecería de fundamento la presente acción, los cuales ya le fue autorizados al señor JORGE ARMANDO RÍOS RESTREPO en cumplimiento de la sentencia atacada”¹⁸. (ii) peticiones subsidiarias: 1. Modificar el numeral 2 del fallo impugnado, “en el sentido de que los servicios que SALUD TOTAL está obligada a autorizar a la accionante, son aquellos que le ha ordenado hasta la fecha su médico tratante, en consecuencia los servicios no contenidos en el Plan Obligatorio de Salud o sometidos a períodos mínimos de cotización que requiera en el futuro no estamos obligados a autorizarlos. 2. Expedir dos (2) copias auténticas de la providencia que ponga fin al presente proceso con sendos oficios de ejecutoria”¹⁹. 3. “En el evento en que el despacho desestime nuestras peticiones y en su defecto confirme la sentencia, solicitamos se mantenga el recobro por los servicios tutelados y ORDENE en forma expresa al Estado Colombiano Ministerio de la Protección Social, Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) para que proceda a pagar a SALUD TOTAL S.A. EPS, dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la respectiva cuenta de cobro, los costos que en exceso haya asumido en cumplimiento del fallo impugnado”²⁰.

Ahora bien, independientemente de lo anterior solicitó “se tenga en cuenta que el costo económico de los servicios médico asistenciales que requiera el señor JORGE ARMANDO RÍOS RESTREPO serán asumidos por Salud Total, siempre y cuando ostente la calidad de afiliada del Régimen Contributivo y por ende no se encuentre en mora por concepto de pago de aportes”²¹.

5.3 Fallo de segunda instancia.

Mediante providencia del siete (7) de febrero de 2007 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín revocó en su totalidad el fallo del Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Medellín de diez (10) de enero del mismo año.

El Juez de Segunda Instancia otorgó la razón al impugnante, puesto que consideró que el a quo no examinó suficientemente las pruebas, ni las respuestas del accionado, circunstancia

que conllevó a que el dos (2) de enero se ordenara a Salud Total EPS la realización de un procedimiento de quimioterapia, que ya había sido realizado en la Clínica "Soma" a cargo de la misma entidad demandada, el día veintinueve (29) de diciembre de 2006.

Consideró el ad quem que "Si el señor Jorge Armando Ríos Restrepo pagó el 20% por el período de carencia, carece de relevancia jurídica entonces y ahora. Si pagó, fue porque podía hacerlo. Si no pagó, a su egreso el 30 de diciembre de 2006, fue porque Salud Total no le hizo esa exigencia. No por atender una orden equivocada del Juzgado que para entonces desconocía le existencia de una acción de tutela en su contra.

La acción de tutela no procede para dirimir conflictos de carácter litigioso pues para eso el accionante contaba con la vía ordinaria para hacer el respectivo reclamo. No puede convertirse la acción de tutela en una factura de cobro"22.

Desde el punto de vista del Juzgador "La acción de tutela se instauró para obtener del juez constitucional tres cosas:1. Un derecho de carácter litigioso ante el cual la acción de tutela es improcedente.2. Una atención integral para recibir toda clase de atenciones POS y no POS no ordenadas por el médico tratante y, mucho menos, negadas por la EPS. 3. La exoneración del pago de cuotas moderadoras"23.

Finalmente, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín decidió revocar, en su integridad, el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Treinta y Trés Penal Municipal de Medellín, que había concedido la protección de los derechos fundamentales al señor Jorge Armando Ríos Restrepo, presuntamente vulnerados por Salud Total EPS.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y problema jurídico a resolver

La señora Clarena Ríos Orozco, actuando como agente oficiosa del señor Jorge Armando Ríos

Restrepo, interpuso acción de tutela contra la EPS Salud Total S. A., con el propósito que se autoricen, brinden, practiquen todos y cada uno de los procedimientos, medicamentos, exámenes clínicos, hospitalizaciones que sean requeridos por el paciente para la recuperación total de su salud, que hayan sido ordenados por el médico tratante. Así mismo y en consideración a la carencia de recursos económicos del joven Jorge Armando Ríos solicita la exoneración de todo tipo de pagos por cualquier concepto, entre los que se encuentran los “Copagos”. Finalmente, pide se autorice toda la atención integral hasta que el afectado recupere la salud y la calidad de vida.

Encuentra la Sala que, en este caso específico debe determinar si: 1. La señora Clarena Ríos Orozco está legitimada para actuar como agente oficiosa del señor Jorge Armando Ríos. 2. El hecho generador de la presunta amenaza o violación a los derechos fundamentales se encuentra superado. 3. La EPS Salud Total S. A. vulneró los derechos a la salud, y a la vida del señor Jorge Armando Ríos Restrepo, por haberse negado a cubrir el costo total de los servicios para “procedimientos dx y tto poli quimioterapia (ciclo completo de tratamiento) “QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD Código ISS 33305 [Medicamentos, insumos, administración y honorarios médicos] de forma INTRAHOSPITALARIA Y URGENTE, por riesgo de síndrome de lisis tumoral”, ordenado por el médico tratante, bajo el argumento que el afectado no tiene el número de semanas de cotización exigidas por la ley para brindarle la atención requerida. Y 4. Salud Total EPS, en este caso específico está vulnerando el derecho a la salud, y a la vida del señor Jorge Armando Ríos Restrepo, al negar la exoneración del pago de las cuotas moderadoras o “Copagos”.

Con el fin de decidir los problemas planteados, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia sobre legitimidad del agente oficioso cuando una persona padece una enfermedad catastrófica. (ii) hará referencia sobre el hecho superado y la obligación del juez de tutela de verificar el restablecimiento de los derechos invocados. (iii) luego estudiará el alcance del derecho a la salud y su protección por vía de tutela (iv) después realizará un análisis sobre la inaplicación de los períodos mínimos de cotización en caso de enfermedades catastróficas o ruinosas (v) asimismo se referirá al tema de la exoneración de copagos o cuotas moderadora y (vi) finalmente, resolverá el caso concreto.

2. 1. Legitimidad del agente oficioso cuando una persona padece una enfermedad catastrófica

Acorde con la normatividad sobre esta materia (artículo 10, Decreto 2591 de 1991),²⁴ la jurisprudencia constitucional ha reiterado que ‘no se pueden agenciar derechos ajenos, en materia de tutela, cuando no se demuestra la imposibilidad del titular de éstos de ejercer su propia defensa, bajo el entendido que sólo éste puede disponer de sus derechos y propender a su c protección’.²⁵ Es decir, los elementos indispensables de la agencia oficiosa en materia de tutela son ‘(i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la tutela a nombre propio’.²⁶

Esta Corporación mediante sentencia T-913 de 2006 reiteró la posibilidad de agenciar oficiosamente el derecho de una persona que requiere un servicio de salud para garantizar su vida o su integridad personal —varios de ellos, para tratar algún tipo de cáncer—. Así, por ejemplo, lo ha permitido a los padres,²⁷ a los hijos,²⁸ a los hermanos,²⁹ a los cónyuges,³⁰ a los compañeros,³¹ o al cuñado.³² En este contexto —la defensa de los derechos constitucionales al acceso al servicio de salud— la Corte señaló específicamente que: se presume la incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción cuando una persona padece de una enfermedad catastrófica. (...) Concretamente en casos, en los que la persona que solicita la tutela de sus derechos a la vida y a la salud, por medio de agente oficioso, padece cáncer y está en tratamiento, la jurisprudencia ha presumido su incapacidad para defenderse por sí misma, en razón al alto impacto que tienen los tratamientos actualmente existentes en la integridad física y psicológica de toda persona. Así, en la sentencia T-514 de 2006 se consideró que si bien el accionante “(...) no manifestó en forma expresa en el escrito de la demanda que su esposa se encontraba imposibilitada para promover su propia defensa, de acuerdo con lo [probado en el expediente] (...) consta que ésta ha sido sometida a intensas y continuas sesiones de quimioterapias y radioterapias que la desgastan físicamente (...)”³³

2. 2. Ausencia de hecho superado. Obligación del juez de tutela de verificar el restablecimiento de los derechos invocados.

En relación con este asunto, esta Corporación ha manifestado que “la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada. En ese caso la decisión que pudiese adoptar el juez

respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción”³⁴

En efecto la Corte Constitucional en reciente Sentencia T-306 de 2006 señaló lo siguiente: “La Sala encuentra que la solicitud inicial de la demandante se encuentra satisfecha, pues el Instituto de Seguros Sociales –I.S.S.- E.P.S. Seccional Cesar le está entregando actualmente los medicamentos cuya entrega constituía la pretensión central de la demanda de tutela. Lo anterior hace que un pronunciamiento de fondo sobre el caso planteado resulte inocuo, por lo cual la Sala de Revisión se abstendrá de pronunciarse al respecto”.

En términos generales, se ha entendido el hecho superado como la satisfacción de lo pedido en tutela. Así por ejemplo, en sentencia T-082 de 2006, una señora solicitaba unos medicamentos que ya estaban siendo entregados al momento de la revisión de la providencia. La Corte consideró que al desaparecer los hechos que generaron la vulneración, la acción de tutela perdía su eficacia e inmediatez y por ende su justificación constitucional, así se configuraba un hecho superado que conducía a la carencia actual de objeto, la cual fue declarada por esa razón en la parte resolutive de la sentencia.

Igualmente, en sentencia T-630 de 2006 el peticionario solicitaba que se ordenara a la Entidad demandada la prestación de ciertos servicios médicos que ya habían sido efectivamente proporcionados, esta Corporación en esa oportunidad reiteró “si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, la tutela pierde su razón de ser, pues bajo esas condiciones no existiría una orden que impartir ni un perjuicio que evitar”.³⁵

No obstante lo anterior, se ha expresado que: “[p]ara que el juez constitucional pueda determinar que el hecho generador de la presunta amenaza o violación se encuentra superado, es necesario establecer plenamente que tal circunstancia se encuentra claramente acreditada en el expediente. Si existe duda en torno a la verdadera reivindicación de los derechos afectados, el juez de tutela está en la obligación de emitir un pronunciamiento de fondo, en el sentido de conceder o negar el amparo solicitado. Si ello no ocurre en las instancias respectivas, le corresponde a la Corte en sede de revisión, proceder a revocar la providencia, toda vez que no es jurídicamente viable abstenerse de emitir pronunciamiento cuando las circunstancias que motivaron el ejercicio del derecho de amparo constitucional,

aún se mantienen vigentes”³⁶. (Subrayado fuera del texto)

2. 3. Alcance del derecho a la salud y su protección por vía de tutela.

La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud, en favor de todos los habitantes del territorio Nacional, es tanto un derecho como un servicio público³⁷. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad³⁸.

Con todo, se ha explicado por parte de este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela. La garantía de este derecho implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. Además, por consagrarse el derecho a la salud en normas constitucionales del tipo “principios generales”, tal como la mayoría de los derechos fundamentales, se hace necesario determinar cuáles son las prestaciones que lo definen, es decir, se debe llenar de contenido. En este contexto, se debe tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. Así, según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos casos el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y

suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

Respecto del primer criterio la Corte ha señalado que, "(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo."³⁹ De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.⁴⁰

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede

prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares - en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente⁴¹ de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener como asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"⁴². De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

2. 4. Inaplicación de los períodos mínimos de cotización en caso de enfermedades

catastróficas o ruinosas

Según la legislación colombiana de Seguridad Social en Salud, el artículo 164 de la ley 100 de 1993, así como el Decreto 806 de 1998 reglamentario de la misma ley⁴³ determinaron que los tratamientos correspondientes a las enfermedades consideradas como catastróficas o ruinosas del nivel VI, entre las que se cuenta el cáncer, corren por cuenta de la EPS a la cual se encuentra afiliado el usuario siempre y cuando éste haya completado como mínimo 100 semanas de cotización al Sistema de Salud, las cuales 26 deberán haberse hecho en el último año. Precisan las normas que, en caso de que el período de cotización sea menor, el acceso a dichos servicios requerirá de un pago por parte del usuario, atendiendo a su capacidad socioeconómica.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia constitucional⁴⁴ en muchas oportunidades ha sostenido que la aplicación de las disposiciones sobre esta materia pueden llegar a vulnerar el derecho constitucional a la salud y a la vida, cuando quien necesita un tratamiento correspondiente a enfermedades catastróficas o ruinosas, no cuenta con el mínimo de semanas de cotización ni con los recursos para cubrir el pago adicional exigido.

Esta Sala considera pertinente recordar algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional a partir de los cuales se consolida la línea jurisprudencial referida a la inaplicación de las normas sobre períodos mínimos de cotización en caso de enfermedades catastróficas o ruinosas.

Desde el año de 1997, la Corte Constitucional viene sosteniendo que “...la sujeción a períodos mínimos de cotización, prevista en la norma (artículo 164 de la Ley 100 de 1993), es como de ella misma resulta, excepcional, y únicamente puede exigirse en los casos que contemple expresamente el Presidente de la República al reglamentarla (art. 189-11 C.P.). Se trata, en efecto, de “servicios de alto costo”, cuya enunciación no puede quedar librada a la voluntad de las mismas entidades prestadoras del servicio de salud”⁴⁵.

Mas tarde, en sentencia T-437 del mismo año, esta Corporación destacó el carácter excepcional de los casos en los que, a la luz del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, debe el afiliado haber cotizado un mínimo de semanas para acceder a todos los servicios del P.O.S. El sentido de la jurisprudencia fue desde aquella época el siguiente: “Es claro que la norma legal entonces considerada (artículo 164 de la Ley 100 de 1993) distingue dos tipos de situaciones

respecto de la atención a los afiliados y beneficiarios de las E.P.S.: un régimen general que excluye toda clase de preexistencias y uno excepcional -servicios de alto costo-, que permite la sujeción a períodos mínimos de cotización que en ningún caso pueden exceder las 100 semanas de afiliación al sistema. Tales servicios deben ser señalados en los decretos reglamentarios del mencionado artículo”(…) “Es justamente tal condición excepcional la que exige interpretación restrictiva del precepto, pues, a juicio de la Sala, no pueden ser las entidades prestadoras del servicio -las E.P.S.- las que decidan unilateralmente o mediante la imposición de cláusulas contractuales ajenas a la normatividad cuáles son las enfermedades de alto costo, ni tampoco las que establezcan los niveles mínimos de cotización requeridos para cada una de ellas.

“No puede olvidarse que, según el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, “para períodos menores de cotización -esto es, para aquéllos casos en los cuales se haya cotizado menos de lo que las normas establecen en cuanto al tipo de enfermedad de alto costo-, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica”.

En esa oportunidad concluyó la Corte que: “(…) no es permitido a las empresas promotoras de salud imponerle, aun tratándose de enfermedades de alto costo, el número máximo de semanas de cotización en todos los casos. Vulneran entonces los derechos a la salud y a la seguridad social de la persona, y pueden poner en peligro su vida, especialmente en las hipótesis de enfermedades tan graves como el cáncer.”

Posteriormente, mediante sentencia C-089 de 1998, al estudiar la constitucionalidad de la ley 352 de 1997 por medio de la cual se regula el tema del Sistema de Salud previsto para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, la Corte manifestó que: “la posibilidad de contemplar períodos mínimos de cotización para ciertos servicios no puede convertirse en barrera absoluta e infranqueable de acceso a los mismos ni en la exigencia de que el afiliado, aun tratándose de enfermedades catastróficas, asuma en su totalidad los costos correspondientes”⁴⁶ (Subrayado fuera del texto)

De igual manera, en la sentencia T-328 de 1998 el Alto Tribunal expresó con relación a las personas que no tienen medios económicos para sufragar el costo del tratamiento o medicamento, o no han cumplido con las semanas de cotización, lo siguiente: “No cabe duda

de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos⁴⁷ y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo.” (Subrayado fuera del texto)⁴⁸

Seguidamente, en providencia T-691 de 1998, la Corte resolvió el caso de una persona que, debiendo en principio asumir los costos de una enfermedad catastrófica por carecer del número de semanas exigido, logró probar que no contaba con un ingreso económico suficiente para tal efecto y que le era imposible obtener la protección por un plan complementario. La Corte decidió inaplicar por inconstitucional, para el caso concreto, el artículo 61 del Decreto 806 de 1998. En consecuencia, se ordenó en esa oportunidad, a la E.P.S. demandada iniciar las sesiones de quimioterapia requeridas por el actor, de acuerdo con lo prescrito por el médico tratante, sin exigirle el pago de porcentaje alguno en relación con el costo del tratamiento, el cual debería ser llevado a cabo y asumido económicamente en su totalidad por la E.P.S. Además agregó que ésta podría repetir por el costo del aludido tratamiento, en contra de la Subcuenta de Enfermedades Catastróficas o Ruinosas del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁴⁹.

Así pues, en jurisprudencia más reciente la Corte ha fortalecido esta doctrina, por ejemplo en sentencia T- 642 de 2006 reiteró que: “en casos de enfermedad y tratamientos permanentes comprobados, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio. Pues, por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. Por tanto en estos casos, los afiliados que no cumplan con los períodos mínimos de cotización y requieran ser tratados en razón de una enfermedad considerada catastrófica o ruinoso, sin tener los recursos necesarios para sufragar el porcentaje que le correspondería, tienen el derecho y las entidades el deber de atenderlos.” Igualmente señaló que “...tratamientos como el requerido por la accionante, en los cuales se exige de una determinada periodicidad a afectos de poder mantener no sólo una condición de salud adecuada, sino también de garantizar la vida misma, no pueden condicionarse para su prestación a la estricta aplicación de lineamientos legales, que lo único que generan es la violación de derechos fundamentales

de carácter constitucional, que deben primar en su aplicación y protección. En consecuencia, una enfermedad como la que aqueja a la accionante, calificada como ruinosa o catastrófica, y que además de ello se encuentra en una etapa de evolución terminal, no permite que los servicios reclamados sean restringidos en el tiempo, pues la condición de salud y la inminente afectación de la vida, representa un peligro constante que hace que la paciente se encuentre en una condición crítica e incluso de permanente urgencia". (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, esta Corporación ha señalado que las entidades responsables no pueden obstaculizar la realización de tratamientos o procedimientos médicos requeridos por un afiliado que se le ha diagnosticado una enfermedad catastrófica o ruinosa, bajo el argumento que no ha cotizado el número de semanas que la ley señala, estando demostrada la situación de urgencia y la incapacidad del usuario de cubrir el costo a su cargo.

En ese sentido, la Corte Constitucional estableció la regla jurisprudencial⁵⁰ en virtud de la cual el juez constitucional puede ordenar la prestación de servicios médicos cuando no se ha cumplido con el período mínimo de cotización, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

1. Que la falta del medicamento, tratamiento o servicio médico excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte, sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna.
2. Que el medicamento o tratamiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS, o el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el plan.
3. Que el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera.
4. Que el servicio médico requerido haya sido prescrito por un médico adscrito a la entidad

de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.

Entonces, aunque el afiliado a la entidad prestadora de salud no haya cotizado el número de semanas exigidas legalmente, si se cumplen las anteriores reglas, procederá la protección constitucional al demandante mediante acción de tutela⁵¹.

2. 5. Exoneración de copagos o cuotas moderadora

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, a continuación se revisará la normatividad vigente sobre los copagos, su finalidad, causales de exigibilidad, así como la jurisprudencia constitucional que trata sobre las exenciones a su uso y los límites en su implementación.

El artículo 2 del Acuerdo 30 de 1996 del CNSSS, define los copagos como los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.

Ahora bien, sobre los montos a cancelar por copagos en el art. 9 del Acuerdo señalado se estableció que estos se aplicarán según el nivel socioeconómico del cotizante, para el régimen contributivo de conformidad con el ingreso base de cotización expresado en salarios mínimos mensuales vigentes, que en todo caso no pueden superar el tope establecido en el art. 10 del Acuerdo que establece límites temporales de un año calendario y de montos máximos para ese período que van desde un mínimo de medio salario mínimo legal para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos salarios mínimos, hasta cuatro salarios mínimos cuando el ingreso base cotización supere los cinco salarios mínimos legales vigentes. Por su parte, para el régimen subsidiado, en virtud del artículo 11, “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 (...)”.

Para nuestro análisis importa destacar, el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS el cual establece que los siguientes servicios médicos no estarán sujetos al cobro de 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.

A raíz de la enunciación escogida en el artículo 7 citado “no se define las exenciones a partir del nivel de complejidad (I, II, III y IV) de la intervención quirúrgica requerida, sino con base en otros criterios, como por ejemplo, el tipo de enfermedad (v.gr. catastrófica o ruinosa), el tipo de atención (v.gr. urgencia, programas de control en atención de enfermedades transmisibles) y el tipo de programa (atención materno infantil).”⁵²

En forma más precisa, en el artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994 se enuncian las enfermedades valoradas como catastróficas o de alto costo (Mapipos) y que por tanto su tratamiento se encuentra aliviado del copago, éstas son: a) tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer, b) diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de medula ósea y de córnea, c) tratamiento para el SIDA y sus complicaciones, d) tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central, e) tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas, f) tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor, g) terapia en unidad de cuidados intensivos y h) reemplazos articulares.

En suma, los copagos pueden ser exigidos por las EPS a los afiliados beneficiarios, respetando el porcentaje señalado en los artículos 9 y 10 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS, atendiendo al ingreso base de cotización del cotizante y a los límites anuales⁵³ y por evento⁵⁴ establecidos en el mencionado Acuerdo. Adicionalmente, cuando el número de semanas cotizadas por el afiliado resulte inferior a las exigidas para recibir determinado tratamiento, y con el fin de permitir la financiación del sistema, es viable solicitar el pago compartido al beneficiario.

Ahora bien, de acuerdo con la normatividad antes descrita, la jurisprudencia constitucional ha delimitado los motivos por los cuales es exigible el cobro compartido atendiendo aspectos como que se trate de una urgencia⁵⁵, de un menor de edad⁵⁶, que el beneficiario no cuente con recursos para sufragar el monto normativamente exigible, o cuando el beneficiario no alcanza a cumplir con el mínimo de semanas cotizadas para la práctica de un tratamiento.

En la Sentencia T-913 de 2006 la Corte Constitucional manifestó expresamente que “(...) existen situaciones excepcionales en las que el compromiso de los derechos fundamentales del afiliado al sistema de seguridad social en salud impone prescindir de [los] copagos y cuotas para no vulnerar tales derechos. De allí que la misma ley,⁵⁷ (...) haya considerado

que en ninguna circunstancia los pagos moderadores puedan convertirse en barreras de acceso que impidan la prestación del servicio de seguridad social en salud a los más pobres.⁵⁸

Sumado a lo anterior, en virtud de la ley 972 de 2005 'por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida', se ordena que "las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo de sus competencias, bajo ningún pretexto podrán negar la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida, según lo aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a un paciente infectado con el VIH-SIDA o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas. El paciente asegurado será obligatoriamente atendido por parte de la EPS."⁵⁹ Así pues, para esta Corporación es claro que el Salud Total EPS no puede negarse, 'bajo ningún pretexto', a continuar el tratamiento para el cáncer que aqueja al joven Jorge Armando Ríos. En otras palabras, desconoce de forma grave la Constitución y la ley una EPS que se niega a prestar los servicios de salud a una persona con cáncer, cualquiera sea el pretexto, como por ejemplo, el no haber cancelado los copagos o cuotas moderadoras, cuando tales servicios han sido ordenados por el médico tratante y se encuentran dentro del ámbito de cobertura aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS.

La Corte Constitucional ha expresado que: (...) no estaba en discusión que el sistema de seguridad social en salud debe dotarse de una racionalidad económica que lo haga viable, lo cual estaba previsto por el legislador a través de los copagos y las cuotas moderadoras que están a cargo de los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado. Pero, agregó la Corte, tampoco debe asumirse que tales mecanismos tienen carácter absoluto e inflexible."⁶⁰

En Sentencia T-754 de 2005 la Corte analizó la figura del copago, profundizando en la exigibilidad de la misma cuando se trata de una enfermedad catastrófica en una persona del régimen contributivo o subsidiado, frente a algún participante vinculado. En esa ocasión la Sala también ratificó la regla de su no exigibilidad, independientemente del régimen en el que se encuentre el paciente, en tanto y cuanto se trate de una enfermedad de esas características: "En virtud de dicha normatividad es posible enunciar algunos criterios sobre

los pagos que deben sufragar las personas afiliadas, las beneficiarias y aquellas que se encuentran en calidad de participantes vinculadas: (i) los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están sujetos a pagos moderadores; (ii) los afiliados mediante el régimen subsidiado pagan un porcentaje de acuerdo con el nivel en el que hayan sido clasificados; (iii) no están sujetos a copagos por parte de los afiliados, los servicios relacionados con enfermedades catastróficas o ruinosas; (iv) las personas que ostentan la calidad de participantes vinculadas están sometidas a las cuotas de recuperación en todos los eventos; (v) la cuantía de las cuotas de recuperación depende del nivel de calificación de las personas en el SISBEN”.

Así las cosas, deberá ahora evaluarse si en el caso concreto se presentan las condiciones antes señaladas, con el fin de determinar la procedencia del amparo solicitado.

2. 6. Análisis del caso concreto

Para comenzar debe hacerse referencia a la legitimidad e interés de la señora Clarena Ríos Orozco para actuar como agente oficiosa del joven Jorge Armando Ríos Restrepo, la cual a todas luces se encuentra probada dentro del proceso.

En el caso bajo estudio, la Sala de Revisión estima que por las condiciones especiales en las que se encuentra el joven Jorge Armando debido a su enfermedad catastrófica o ruinosas, la señora Clarena Ríos Orozco esta legitimada para actuar en defensa de los derechos fundamentales de su sobrino.

Ahora bien, analizado el material probatorio que obra en el expediente, encuentra esta Sala de Revisión, que el señor Jorge Armando Ríos Restrepo, tiene 20 años de edad⁶³ y desde el mes de diciembre de 2006⁶⁴, se le diagnosticó “Linfoma no Hodgkin”.

A raíz de su enfermedad el señor Jorge Armando Ríos Restrepo estuvo hospitalizado “con dolor y masa en el cuello hasta de 8 cm de diámetro”⁶⁵ en la Clínica Soma de Medellín en la habitación 721 A, desde el veintiuno (21) de diciembre de 2006 hasta el treinta (30) de diciembre del mismo año, según su historia clínica⁶⁶ y escrito de respuesta de la EPS Salud Total⁶⁷. Durante ese período se le realizaron diversos exámenes que conllevaron al diagnóstico de su actual enfermedad catastrófica o ruinosas.

De acuerdo con las pruebas documentales que obran en el proceso, el médico tratante Dr. Mauricio Lema Medina, especialista en Oncología Clínica/Hematología, respecto de la enfermedad que padece Jorge Armando Ríos, el día veintiocho (28) de diciembre de 2006, estableció el diagnóstico de “linfoma no hodgkin - difuso de células grandes fenotipo B - estadio III A con compromiso gangliolar cervical, inguinal bilateral y mediastinal”⁶⁸. Como consecuencia de lo anterior, ordenó iniciar “quimioterapia con CHOP (Ciclososfamida, Doxorubicina, Vincristina y Prednisolona por 6-8 ciclos”, la cual precisó tiene “FIN CURATIVO” y consiste en “la administración de medicamentos por las venas u otras vías una o más veces en forma planeada y organizada por su doctor”⁶⁹. De igual forma, precisó que “este tratamiento se repite cada 3-4 semanas una vez recuperados de las toxicidades más importante. La duración de su tratamiento es recomendado por su médico, pero es típicamente de uno 6 meses”⁷⁰.(Subrayado fuera del texto)

Teniendo en cuenta este contexto fáctico, esta Sala se adentrará en el análisis del caso objeto de revisión, siguiendo los lineamientos antes expuestos de la jurisprudencia de esta Corte para proceder a su solución, no sin antes precisar este Tribunal se aparta totalmente de los argumentos del juzgado de segunda instancia para negar la presente tutela, pues encuentra que en el caso sub examine no se configuran los elementos para que opere el fenómeno jurídico del hecho superado. Si bien es cierto que a partir de la fecha en que se procedió a dictar sentencia ya se había realizado la primera sesión de quimioterapia, con ella no se agotó el tratamiento integral ordenado por el médico tratante. Adicionalmente, no está acreditado en el expediente que la entidad demandada haya autorizado todas las quimioterapias prescritas y los demás procedimientos requeridos por el accionante para tratar el “linfoma no Hodgkin” sin algún costo adicional.

De acuerdo con las pruebas aportadas en el proceso se colige que la atención que requiere el demandante no se limita a la realización de una sesión de quimioterapia sino que comporta además el tratamiento, procedimientos, medicamentos, exámenes clínicos, hospitalizaciones que sean requeridos por el paciente para la recuperación total de su salud, que hayan sido ordenado por el médico tratante. Así mismo se solicita la exoneración de todo tipo de pagos por cualquier concepto, entre los que se encuentran los “Copagos”.

Concretamente según el dictamen médico del Dr. Mauricio Lema Medina se ordena el primer ciclo y una cita en tres semanas con hemograma completo⁷¹, lo cual hace parte de un

tratamiento que “se repite cada 3-4 semanas una vez recuperados de las toxicidades más importante. La duración de su tratamiento es recomendado por su médico, pero es típicamente de uno 6 meses”⁷².

De esta manera, considera la Sala que el presente amparo no se circunscribe únicamente a los hechos ocurridos durante entre el veintiocho (28) y treinta (30) de diciembre de 2006, sino que su alcance es mucho más amplio, pues con ella se busca obtener el tratamiento integral para el cáncer y la exoneración pagar costos adicionales por concepto de cuotas moderadoras o copagos.

La Sala de Revisión se aparta del criterio acogido por el juzgado de segunda instancia, porque en el presente caso no puede predicarse de modo alguno la carencia actual de objeto, como lo quiere hacer ver la empresa promotora de salud demandada y menos aún ante la palpable vulneración de los derechos fundamentales del usuario declarar la cesación de la misma por sustracción de materia debido a la categoría de la enfermedad, pues si bien es cierto, ya se practicó la primera sesión de quimioterapia de alta toxicidad, debe tenerse en cuenta que se trata de un padecimiento que requiere de un tratamiento bastante largo, delicado, completo y constante, no es posible dejar de lado que estamos frente a una enfermedad de las denominadas catastróficas o de alto costo, en virtud de la cual el joven padece intenso sufrimiento no sólo por la enfermedad misma, sino por los múltiples efectos secundario que conlleva su tratamiento. Al respecto conviene recordar que en el caso de Jorge Armando Ríos el medico tratante indicó que la quimioterapia de alta toxicidad puede acarreas los siguientes efectos secundarios: “reacciones durante la administración de los medicamentos, náuseas vómito, caída del cabello (temporal), úlceras (llagas) en la boca, diarrea, pérdida o ganancia de peso, disminución de las defensas con fiebre, anemia, disminución de las plaquetas con posibles sangrados, (...) . Algunas de las toxicidades más serias incluyen infecciones, daño en el corazón y la posibilidad de neoplasias secundarias (...)”⁷³. Por las circunstancias antes expuestas, para la Sala resulta mas que probado el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra el afectado y la necesidad urgente la intervención del juez constitucional.

Ahora bien, dado que es necesario establecer plenamente que el hecho generador de la presunta amenaza o violación no se encuentra superado y tal circunstancia no está claramente acreditada en el expediente, bajo ninguna circunstancia puede declararse.

Prueba de ello es que por ningún lugar aparece constancia médica que el tratamiento hubiese terminado, lo cual tampoco sería posible porque el mismo médico tratante es quien va a determinar, tiempo después dependiendo la evolución del paciente, así lo encuentra probado esta Sala en la historia clínica. Entonces, como muy bien lo ha hecho entender la Corte Constitucional “Si existe duda en torno a la verdadera reivindicación de los derechos afectados, el juez de tutela está en la obligación de emitir un pronunciamiento de fondo, en el sentido de conceder o negar el amparo solicitado. Si ello no ocurre en las instancias respectivas, le corresponde a la Corte en sede de revisión, proceder a revocar la providencia, toda vez que no es jurídicamente viable abstenerse de emitir pronunciamiento cuando las circunstancias que motivaron el ejercicio del derecho de amparo constitucional, aún se mantienen vigentes”⁷⁴.

De esta manera, la Sala procederá a resolver el caso y a emitir un pronunciamiento de fondo. Teniendo en cuenta la situación fáctica que ha quedado acreditada la Corte verificará el cumplimiento de las reglas de procedibilidad de la acción de tutela en este caso.

Para la Corte es claro que la negativa de reconocer el cubrimiento del costo total de los servicios para “QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD de forma INTRAHOSPITALARIA, ordenado por el médico tratante de forma urgente por la EPS Salud Total, y los demás procedimientos y medicamentos requeridos para el tratamiento del cáncer que padece, así como la no exoneración de pago de las cuotas moderadoras amenazan el derecho a la salud y la vida del Joven Jorge Armando Ríos.

Esta Sala encuentra, conforme se anotó en las consideraciones generales que la acción de tutela es el mecanismo adecuado para preservar los derechos fundamentales del afectado, debido a que con la omisión de la entidad demandada de conceder autorización por el 100% del tratamiento y eximirlo con ello del pago de cualquier suma de dinero por este concepto se vulneraron las garantías constitucionales poniendo en peligro incluso su subsistencia.

A pesar de que el tratamiento de enfermedades catastróficas o ruinosas como la que padece el señor Ríos corren por cuenta de Salud Total EPS, siempre y cuando se haya cotizado como mínimo 100 semanas al Sistema de Salud, como quiera que señaló el Representante Judicial de la Entidad Demandada, el afectado sólo había cotizado 80 semanas, la Sala reitera los argumentos expuesto en los párrafos precedentes: la EPS Salud Total vulnera el derecho a la

salud y a la vida cuando niega los procedimientos y tratamientos médicos bajo el argumento que el afiliado no ha cumplido con el número de semanas establecidas en la ley y éste no cuenta con los recursos económicos suficientes para el cubrimiento de los mismos.

De acuerdo con el acervo probatorio obrante en el proceso se concluye que en el caso objeto de revisión, se cumplen las reglas jurisprudenciales en virtud de las cuales por vía de tutela se puede ordenar la prestación de los servicios médicos cuando no se ha cumplido con el período mínimo de cotización:

A. La falta de “QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD de forma INTRAHOSPITALARIA, y los demás tratamientos, procedimientos, medicamentos requeridos amenazan el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, pues como lo sostuvo el médico tratante Dr. Mauricio Lema Medina, especialista en Oncología Clínica/Hematología, respecto de la enfermedad que padece Jorge Armando Ríos, la “quimioterapia con CHOP (Ciclososfamida, Doxorubicina, Vincristina y Prednisona por 6-8 ciclos”, tiene “FIN CURATIVO” y consiste en “la administración de medicamentos por las venas u otras vías una o más veces en forma planeada y organizada por su doctor”⁷⁵. Este tratamiento se repite cada 3-4 semanas una vez recuperados de las toxicidades más importante. La duración de su tratamiento es recomendado por su médico, pero es típicamente de uno 6 meses”⁷⁶.

B. No está probado en el expediente que dicho tratamiento pueda ser reemplazado por otro que se encuentre en el Plan Obligatorio de Salud y que el sustituto tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el POS.

C. No hay duda alguna que se trata de una persona, según lo afirma el demandante, sin prueba en contrario, con absoluta incapacidad económica para costear el pago del porcentaje que exige la EPS Salud Total y de los Copagos, toda vez que Jorge Armando Ríos Restrepo es quien sostiene a la abuela con un salario mínimo que devenga como operario en la Empresa Ensamblados y Fabricación de Antioquia (EFA).

D. Queda demostrado en el proceso, que se trata de un médico adscrito a la EPS Salud Total S. A. puesto que en virtud de la expedición de autorización parcial del tratamiento ordenado por el Dr. Mauricio Lema Medina, la Entidad demandada acepta tácitamente tal circunstancia.

Es importante resaltar que las líneas jurisprudenciales adelantadas por la Corte en relación a la no exigibilidad de las cuotas moderadoras y los copagos que han sido diseñadas, puede aplicarse al caso que actualmente se analiza. De hecho el demandante satisface plenamente todos los presupuestos normativos que excluyen el copago de conformidad a la legislación vigente así:

En consonancia con el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS numeral 4, y el artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994 que enuncia las enfermedades valoradas como catastróficas o de alto costo (Mapipos) y que por tanto su tratamiento se encuentra aliviado del copago: a) tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer (...). El joven Jorge Armando Ríos por razones legales no está sujeto al cobro de copagos, el cáncer "Linfoma no hodgkin" que padece lo hace sujeto directo del beneficio legal, situación que quedó plenamente demostrada en el proceso.

Así pues, no puede aceptarse la negativa de Salud Total EPS en asumir el 100% del tratamiento integral para el cáncer con la excusa de que el afiliado no cuenta con el número de semanas de cotización requerida, puesto que nos encontramos ante una enfermedad catastrófica que pone en situación de gran vulnerabilidad al afectado corriendo peligro no solo su salud sino también su vida.

En consecuencia, se procederá a revocar el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín el siete (7) de febrero de 2007 y en su lugar y en su lugar amparar los Derechos Fundamentales del señor Jorge Armando Ríos Restrepo. Así mismo, se confirmará el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Treinta y Tres (33) Penal Municipal de Medellín el dos (2) de enero de 2007, en los términos de la presente providencia.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión ordenará a la EPS Salud Total S. A, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice el cubrimiento del 100% del costo de los servicios médicos ordenado por el médico tratante para atender la enfermedad catastrófica o ruinosa que padece Jorge Armando Ríos, asimismo realice y garantice la cumplida prestación de los servicios, hospitalarios, intervenciones quirúrgicas, procedimientos y medicamentos que requiere el paciente para enfrentar el cáncer que padece "linfoma no hodgkin". Lo anterior, a fin de suministrar de

manera efectiva el tratamiento integral ordenado por su médico hasta la recuperación total de su estado de salud.

De igual forma, con base en el estudio realizado en los argumentos generales de la sentencia ordenará a la EPS Salud Total A. S. no hacer efectivo el cobro de los Copagos ni Cuotas Moderadoras al señor Jorge Armando Ríos en atención a la enfermedad que padece.

III. DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el siete (7) de febrero de 2007 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín y en su lugar amparar los Derechos Fundamentales del señor Jorge Armando Ríos Restrepo. Así mismo, CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido el dos (2) de enero de 2007 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Penal Municipal de Medellín, en los términos de la presente providencia.

Segundo.- ORDENAR a la EPS Salud Total S. A, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice el cubrimiento del 100% del costo de los servicios médicos ordenado por el médico tratante para atender la enfermedad catastrófica o ruinososa que padece Jorge Armando Ríos, asimismo realice y garantice la cumplida prestación de los servicios, hospitalarios, intervenciones quirúrgicas, procedimientos y medicamentos que requiere el paciente para enfrentar el cáncer que padece "linfoma no hodgkin". Lo anterior a fin de suministrar de manera efectiva el tratamiento integral ordenado por su médico hasta la recuperación total de su estado de salud.

Tercero.- ORDENAR a la EPS Salud Total A. S. no hacer efectivo el cobro de los Copagos ni Cuotas Moderadoras al señor Jorge Armando Ríos en atención a la enfermedad que padece.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (e)

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 3.

2 Folios 8 y 9.

3 Folio 4.

4 Folio 4.

5 Folios 26 y 27.

6 Folio 29.

7 Folio 42.

8 Folio 43.

9 Folio 45.

10 Folio 48.

11 Folio 48 y 49.

12 Folio 49 a 51.

13 Folio 51 y 52.

14 Folio 52

15 Folio 48

16 Esto encuentra fundamento, según la entidad demanda en el Concepto de 28 de junio de 2002 emitido por la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud, Nota 1129 de fecha del 7 de marzo de 2002 del Ministerio de Salud (Citado en el folio 50)

“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.”

De igual forma dicho Acuerdo señala que estas obligaciones también recaen en aquellas personas afiliadas en el régimen subsidiado, tal como señala el artículo 11 del pluricitado acuerdo:

“...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 de la siguiente manera...”

18 Folio 53

19 Folio 53

20 Folio 53

21 Folio 53

22 Folio 60

23 Folio 60

24 Decreto 2591, artículo 10°— Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus

derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. || También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

25 Corte Constitucional, sentencia T-294 de 2000, en esta sentencia se consideró que una madre no estaba legitimada para presentar una acción de tutela en contra de la empresa en la que trabajaba un celador al que se le disparó un arma y lesionó a su hijo [Brinks de Colombia S.A.], quien tenía 17 años al ocurrir los hechos, puesto que no se demostró su incapacidad para actuar.

26 Así fueron definidos por la Corte Constitucional en la sentencia T-294 de 2004; esta definición de elementos básicos ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en las sentencias T-346 de 2005, T-750 de 2005, T-162 de 2006 y T-514 de 2006.

27 En la sentencia T-924 de 2004 la Corte tuteló el derecho de una mujer de 19 años a recibir los medicamentos necesarios para atender el cáncer que padece, los cuales habían sido defendidos por su señora madre, en calidad de agente oficioso.

28 En la sentencia T-750 de 2005 la Corte consideró que una hija podía agenciar legítimamente los derechos de su madre enferma de cáncer; a su juicio, la incapacidad de defenderse por sí misma se presumía de su propio estado de salud (padecer una enfermedad catastrófica).

29 En la sentencia T-754 de 2005 tuteló los derechos de un menor (14 años) que padece hemofilia severa, tipo A, los cuales habían sido agenciados por su hermana.

30 En la sentencia T-246 de 2005 la Corte consideró que el cónyuge puede representar legítimamente los derechos de su pareja cuando padece cáncer, imposibilitada para ejercer su propia defensa. En el mismo sentido, se pronunció en las sentencias T-348 de 2006 y T-514 de 2006.

31 En la sentencia T-575 de 2005 se tuteló el derecho de una persona a acceder a un servicio de salud (recibir un complemento alimenticio), el cual había sido alegado y defendido por su

compañera permanente, en calidad de agente oficioso.

32 Corte Constitucional, sentencia T-471 de 2005, en este caso se resolvió tutelar los derechos a la vida y la salud de una persona, los cuales habían sido defendidos por su cuñado en calidad de agente oficioso.

33 Sentencia T-514 de 2006

34 Sentencia T-642 de 2006

35 Corte Constitucional, sentencias T-608 de 2002 y T-552 de 2002.

36 Sentencia T-642 de 2006

37 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

38 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

39 Sentencia T-859 de 2003.

40 Ley 1122 de 2007: "Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus

usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

41 Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

42 SU-337 de 1999

43 Artículo 61 del Decreto 806 de 1998. Períodos mínimos de cotización. “Los períodos mínimos de cotización al sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son:

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 pagados en el último año.

Parágrafo. 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.

Cuando el afiliado cotizante no tenga capacidad de pago para cancelar el porcentaje establecido anteriormente y acredite debidamente esta situación, deberá ser atendido él o sus beneficiarios, por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato. Estas instituciones cobrarán una cuota de recuperación de acuerdo con las normas vigentes”.

44 Ver entre otras sentencias T-250 de 1997, T-437 de 1997, C-089 de 1998, T-253 de 2004, T- 642 de 2006.

45 Ver sentencia T-250 de 1997

46 Reiterada en sentencia T-163 de 2007.

47 Sentencia C-265 de 1994 y sentencia T-639 de 1997.

48 Ver sentencia T-163 de 2007.

50 La Corte Constitucional ha expresado que “tal como lo puso de presente esta Sala de Revisión en pronunciamiento anterior [sentencia T-236 de 1998], la inaplicación de la legislación citada no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones, a saber: primera, que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos. Segunda, que se trate 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. Tercera, 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, 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 demandante⁵⁰.". Ver sentencias T-328 de 1998 y SU-480 de 1997.

51 En cuanto a las exigencias de las semanas mínimas de cotización para acceder al servicio, entre otras, se encuentra la Sentencia T-138-04:“(…) 11. Con base en la jurisprudencia constitucional, es posible entonces entrar a determinar en qué casos puede ordenarse directamente a la entidad prestadora de servicios de salud, la atención inmediata de un paciente que necesita con carácter urgente un tratamiento calificado de alto costo: (i) Cuando la falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del afectado. (ii) Cuando se trata de un tratamiento que no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el POS, o que pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad del excluido del plan. (iii) Cuando el interesado no puede cubrir el porcentaje que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie. (iv) Y cuando el medicamento o tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual está afiliado el demandante.

52 El artículo 6 del Acuerdo 260 de 2004 define que los siguientes servicios médicos se encuentran sujetos al pago de cuotas moderadoras: 1) Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada, 2) Consulta externa por médico especialista, 3) Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios, 4) Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante, 5) Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante y 6) Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud. Sentencia C-038 de 2005

53 El artículo 10 del Acuerdo 260 de 2004 define el tope anual de los copagos que debe pagar un afiliado o sus beneficiarios, con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios

mínimos legales mensuales, en 230% de un salario mínimo legal mensual.

54 El artículo 9 del Acuerdo 260 de 2004 define el tope del copago, por un mismo evento, que debe pagar un afiliado o sus beneficiarios, con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, en 115% de un salario mínimo legal mensual. El párrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 1998 define “la atención de un mismo evento” como “el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario”.

55 Sentencia T-1132-01

56 Sentencia T-666-04

57 Ley 100 de 1993, artículo 187.- De los pagos moderadores. Los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. (...) || En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. (...)

58 En la sentencia T-1132 de 2001, en esta última se indicó que “(...) cuando las personas no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos, o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a ciertos tratamientos, y éstos se requieren con urgencia por que de lo contrario se verían afectados derechos como la vida y la salud en conexidad, la Corte ha dado prevalencia a los derechos fundamentales sobre cualquier otra consideración legal, sosteniendo que ante urgencias y patologías comprobadas no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio de salud, porque por encima de la legalidad, está la vida como fundamento de todo el sistema”.

59 Artículo 3 de la Ley 972 de 2005.

60 Ver Sentencias T-714 de 2004, T-411 de 2003 y T-1021 de 2003.

61 Ver Sentencias T-442 de 2004, T-819 de 2003, T-411 de 2003, todas referidas al tema de exoneración del pago de cuotas de recuperación.

62 Al respecto, ver las siguientes sentencias, entre otras: T-142 de 2004, T-797 de 2003, T-133 de 2003, T-1153 de 2003, T-340 de 2003, T-062 de 2003, T-699 de 2002, T-501 de

2002, , T-297 de 2001, T-1663 de 2000, T-1130 de 2000, T-582 de 2000, T-579 de 2000, T-236 de 2000, T-228 de 2000, T-901 de 1999, T-876 de 1999.

63 Folio 22.

64 Folios 6 a 20.

65 Folio 10.

66 Folios 12 a 20.

67 Folio 29.

68 Folio 10.

69 Folio 10.

70 Folio 10.

71 Folio 11

72 Folio 10.

73 Folio 10.

74 Sentencia T-642 de 2006

75 Folio 10.

76 Folio 10.