

Sentencia T-583/07

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

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

DERECHO A LA SALUD-Elementos

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que el derecho a la salud supone la existencia de cuatro elementos sin la presencia de los cuales no podría sostenerse que se está garantizando la efectividad de dicho derecho. Estos elementos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Línea jurisprudencial sobre criterios determinadores

La Corte Constitucional ha encontrado criterios determinadores recurrentes, en presencia de los cuales ha desarrollado líneas jurisprudenciales relativas al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior no debe ser interpretado como una especificación exhaustiva, pues es posible encontrar otros criterios razonables mediante los cuales se pueda hacer determinable la orden de atención integral en salud, como lo ha hecho en algunas ocasiones la Corte, por ejemplo en casos en que la situación de salud de una persona es tan precaria e indigna (sin que se trate de un sujeto de especial protección o de alguien que padezca de una enfermedad catastrófica), que se hace necesario ordenar el reconocimiento de todas las prestaciones que requiera para superar dicha situación. A lo anterior debe mediar el cumplimiento de las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha dispuesto para garantizar el derecho a la salud por vía de tutela.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance de las ordenes de tutela

DERECHO A LA SALUD-Atención integral a menor que padece hemofilia y EPS no podrá exigir copagos ni suscripción de pagarés

Referencia: expediente T-1587320

Acción de tutela interpuesta por Nidia Esperanza Díaz Palacios contra FAMISANAR EPS.

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, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro de los procesos de revisión del fallo de tutela, en el asunto de la referencia, dictado por Juzgado Veintisiete (27) Civil Municipal de Bogotá, el 05 de marzo de 2007.

## I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El menor Brayan Ramiro Bolívar Díaz, de 8 años de edad, padece desde su nacimiento de "Hemofilia Moderada del 2%", por lo que requiere tratamientos especializados constantes, que son prestados por la EPS FAMISANAR, a la cual está afiliado en calidad de beneficiario de

su madre Nydia Esperanza Díaz (Fl. 17 Cuad # 1).

1. Los tratamientos propios de la patología del menor Brayan Ramiro, incluyen entre otros, medicamentos, exámenes, tratamientos y hospitalización, cuyo reconocimiento por parte de la EPS FAMISANAR ha requerido la exigencia de copagos. Por ello, la madre del menor se ha visto obligada a suscribir pagares que respalden el cumplimiento de los mencionados copagos.

1. Alega la madre del menor en cuestión, que no cuenta con los medios económicos para responder por la deuda que ha asumido, por concepto de los pagares que ha firmado, en razón al carácter permanente de la atención médica que su hijo debe recibir. Además, de que debe seguir asumiendo copagos por el mismo concepto.

1. Por lo anterior interpone acción de tutela y solicita que se le exima de los copagos y se brinde su hijo atención integral en relación con su patología.

Pruebas relevantes que obran en los expedientes.

1. Resumen Clínico del Hospital la Misericordia, donde se certifica que el menor Brayan Ramiro padece de Hemofilia (Fls. 12, 13 y 14. Cuad # 1)

1. Facturas de la Fundación Hospital de la Misericordia, a nombre de José Bolívar (padre del menor), correspondientes a los costos asumidos por él respecto de las distintas hospitalizaciones del menor Brayan Ramiro. (Fls. 5, 6, 9 y 10. Cuad. # 1)

1. Pagares y acuerdos de pago suscritos por los padres del menor Brayan Ramiro Bolivar Díaz, a favor de la Fundación Hospital de la Misericordia, por concepto de los servicios de salud prestados al mencionado menor en relación con su patología (Fls. 4, 7, 8 y 11. Cuad # 1)

1. Escrito de la demanda de tutela (Fl. 17 Cuad # 1).

1. Escrito de contestación de la demanda de tutela por parte de Famisanar EPS (Fls. 31 a 35. Cuad # 1)

1. Auto de vinculación al FOSYGA, por parte del juez de tutela (Fls. 23 y 24 Cuad # 1).

1. Sentencia de tutela proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Civil Municipal de Bogotá, el 05 de marzo de 2007. (Fls. 57 a 60 Cuad # 1)

#### Fundamentos de la Tutela

La demandante alega que no cuenta con los medios económicos para responder por la deuda que ha asumido, por concepto de los pagares que debe suscribir cada vez que su hijo requiere atención médica. Además, de que debe seguir asumiendo copagos por el mismo concepto, en razón al carácter permanente de la atención médica que su hijo debe recibir, lo cual está probado en debida forma desde el punto de vista médico; así, tendría entonces que entrar en más deudas. Solicita al juez de tutela que ordene a la demandada exonerarla de los copagos correspondientes a los tratamientos que requiera su hijo menor en razón de la enfermedad que padece.

#### Contestación de la EPS FAMISANAR

La demandada argumenta que el cobro que reclama a la afiliada está contemplado en las normas vigentes (art. 11 de Acuerdo 260 de 2004). De otro lado, afirma que es una pretensión económica pues no alega la vulneración de los derechos fundamentales de menor, entre otras cosas porque la atención de su salud se ha prestado cabalmente, y lo que pretende es que no se le cobre lo que por mandato legal las EPS están obligadas a cobrar a los afiliados al régimen contributivo.

Agrega que no es cierto que la accionante carezca de recursos económicos para asumir el costo de los respectivos copagos, pues registra en la base de datos un salario variable mensual de \$477.858, y adicionalmente el padre del menor (José Héctor Bolívar Herrera) registra un ingreso mensual de \$433.700.

Señala que las normas vigentes autorizan a las entidades prestadoras del servicio de salud a no cobrar los copagos, sólo en los casos de indigencia debidamente verificada y de miembros de comunidades indígenas, y ninguno de los anteriores supuestos corresponde al caso de la actora. Asevera que la pretensión de la demanda de tutela, no sólo va en contra de las regulaciones vigentes en cuanto los copagos, sino que no contribuye con la “cultura de responsabilidad frente al pago y a la utilización de los servicios médicos”.

#### Intervención del Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de Protección Social como ente encargado del FOSYGA, fue vinculado al proceso por el juez de amparo, y solicitó que se le exonere de toda responsabilidad dentro del caso objeto de análisis. Explica que dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud las entidades territoriales competentes deben atender a los afiliados al Régimen Contributivo, en relación con las prestaciones del servicio de salud excluidas del POS. Además existe la posibilidad (art. 18 Decreto 2537 de 1995) de que las IPS públicas o privadas que presten el servicio de salud por la modalidad descrita (de prestaciones excluidas del POS a través de las entidades territoriales), cobren una cuota de recuperación por dicho concepto.

Decisiones judiciales objeto de revisión.

#### Sentencia de única instancia

El juez de tutela negó el amparo por considerar que la solicitud de la actora es de carácter

económico. Explica que en el caso objeto de análisis no se evidencia vulneración ni amenaza de los derechos del menor, en tanto no se le ha dejado de atender, ni de prestar los tratamientos que requiere para su patología. En su opinión, la exención en el pago de las cuotas moderadoras, que es en últimas lo que pretende la actora, está regulada de manera clara y sólo beneficia a la población indígena e indigente, por lo que no es aplicable al caso concreto.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso y del problema jurídico.

2.- El menor Brayan Ramiro Bolívar Díaz, de 8 años de edad, padece desde su nacimiento de "Hemofilia Moderada del 2%". A raíz de lo anterior, debe recibir tratamiento médico permanente consistente en medicamentos, exámenes, y hospitalización, entre otros. El reconocimiento de dichas prestaciones por parte de la EPS FAMISANAR ha requerido la exigencia de copagos a cargo de la madre como afiliada a la entidad mencionada, para lo cual ha suscrito sistemáticamente pagarés que respaldan su cumplimiento. Manifiesta que no puede seguir asumiendo el costo de los copagos, pues el acceso a ciertos medicamentos así como a los servicios de salud, son muy frecuentes en razón al tipo de patología que presenta su hijo, y no cuenta con los recursos económicos para ello. Solicita entonces al juez de tutela que ordene a la EPS FAMISANAR exonerarla del cobro de copagos, en relación con los servicios de salud que requiere la condición de salud del menor.

La EPS por su lado, señala que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno al menor Brayan Ramiro, pues no se ha negado la prestación de ningún servicio. De otro lado, afirma que los padres del menor en cuestión, registran en la base de datos salarios variables mensuales de \$477.858 (la madre) y de \$433.700 (el padre). Además, el cobro de copagos se hace en cumplimiento de disposiciones legales vigentes (art. 11 de Acuerdo 260 de 2004) que no pueden dejar de aplicarse por parte de las empresas prestadoras del servicio de

salud, sino en casos de indigencia verificada y de miembros de comunidades indígenas.

## Problema Jurídico

3.- De conformidad con lo anterior, la Sala de Revisión debe determinar si se han amenazado o vulnerado derechos fundamentales al menor Brayan Ramiro Bolívar Díaz, en razón al cobro de copagos que hace la EPS FAMISANAR para cumplir con la prestación de los servicios de salud, necesarios para su especial condición de salud.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, esta Sala hará referencia a las líneas jurisprudenciales sobre (i) legitimación activa en la acción de tutela para alegar la protección de los derechos fundamentales de los menores, y la procedencia de la protección del derecho fundamental a la salud por vía de tutela. También se reconstruirán los criterios jurisprudenciales que determinan el (ii) alcance de las exigencias reglamentarias de copagos y cuotas moderadoras, cuando estas amenazan los derechos fundamentales.

De igual manera, se debe tener en cuenta que la negativa del juez de amparo para conceder la protección consistió en considerar que, debido a que los padres del menor venían asumiendo los copagos, no se había dejado de prestar el servicio de salud al menor en ningún momento; por lo que, no se configuraba vulneración de los derechos del menor. Luego, lo que se solicitaba en la demanda de tutela correspondía a prestaciones futuras que supuestamente la madre no iba a poder asumir; esto es, que el juez debía ordenar la exoneración de los copagos relativos a tratamientos que aún no habían sido prescrito por los médicos tratantes. Por ello, la Sala se referirá entonces al (iii) alcance del principio de integridad (o integralidad) como contenido de la garantía del derecho a la salud, en relación con la posibilidad de reconocer prestaciones futuras.

Asuntos previos. Legitimación por activa en la acción de tutela para proteger los derechos de los menores. Protección del derecho a la salud por acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia.

## Legitimación por activa

6.- Para la defensa efectiva de los derechos fundamentales de los menores por medio de la acción de tutela, la Corte ha dicho que todo ciudadano está legitimado para interponer en su

favor la mencionada acción judicial. Al respecto se dijo en sentencia T-758 de 2005: “[I]a Corte debe reiterar que tratándose de menores de edad, cualquier persona está legitimada para incoar el amparo constitucional de sus derechos fundamentales”.<sup>1</sup>

Lo anterior encuentra sólido sustento en las regulaciones de la acción de tutela. El inciso primero del artículo 86 de la Carta establece que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”<sup>2</sup> El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, dispone que “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. 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.”<sup>3</sup>

7.- Ha reiterado numerosas veces esta Corporación que la legitimación por activa en la acción de tutela está en cabeza del titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, según las normas que regulan la materia y la jurisprudencia constitucional. No obstante, tanto las normas como la jurisprudencia, han llamado la atención sobre tres modalidades válidas adicionales para interponer una acción de tutela: “(i) a través del representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados (menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas); (ii) por intermedio de apoderado judicial (abogado titulado con poder o mandato expreso); y, (iii) por medio de agente oficioso.”<sup>4</sup>

8.- De allí, que resulte acertado concluir que en el caso de las acciones de tutela instauradas por los padres, cuyo sentido sea la protección de los derechos fundamentales de sus hijos menores, se deba presumir en principio que la legitimación por activa de dicha acción está ajustada a las normas y a la jurisprudencia de esta Corporación.

Protección del derecho a la salud por acción de tutela

9.- 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 público<sup>5</sup>. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>6</sup>.

10.- 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.

11.- 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.”<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

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 interdependiente<sup>9</sup> 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)”<sup>10</sup>. 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.

Las exigencias reglamentarias de copagos y cuotas moderadoras no pueden aplicarse cuando con ellas se desconozcan derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia.

12.- La modalidad de reconocimiento de ciertas prestaciones del servicio de salud, bajo la exigencia de copagos o cuotas moderadoras a los afiliados al sistema de seguridad social en salud, ha buscado satisfacer el principio constitucional de la eficiencia y mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para

satisfacer adecuada, oportuna y suficiente la garantía del derecho a la salud. Se pretende pues con ello, racionalizar el uso de los servicios de salud; fin este, consagrado expresamente en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993<sup>11</sup> y desarrollado principalmente en los Decretos 2357 de 1995, 050 de 2003 y en el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.<sup>12</sup>

13.- No obstante, “el legislador y la reiterada jurisprudencia de la Corporación han establecido que el cobro de las cuotas moderadoras y de copagos no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre.”<sup>13</sup> Al respecto ha sostenido la Corte:

“En este sentido, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 si bien consagra que <Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles..> también aclara que <en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.> Así mismo, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, en sentencia C-542 de 1998, condicionó su constitucionalidad en el entendido que si el usuario del servicio -afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, < el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes.>

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha establecido los requisitos necesarios para que proceda la protección constitucional referente al pago de copagos y cuotas de recuperación, toda vez que ésta no procede de manera automática.

Conforme se indicó en la Sentencia T-745 de 2004, la Corte ha aclarado <que la inaplicación de la normatividad referente al pago de copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o al pago del porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones..,>” (T-225 de 2007) [Énfasis fuera de texto]

14.- De este modo, la jurisprudencia constitucional ha sistematizado las condiciones en

presencia de las cuales se deben inaplicar las normas que disponen la obligación de las entidades prestadoras del servicio de salud, de cobrar a sus afiliados copagos o cuotas moderadoras para prestar el servicio de salud requerido, si se cumplen los siguientes criterios:

“(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio médico o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS. y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS de quien se está solicitando el tratamiento.

En consecuencia, el pago de los copagos son exigencias reglamentarias tendientes a una mejor racionalización de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud; no obstante debe omitirse su aplicación cuando con ellas se desconozca el derecho fundamental a la salud de los menores de edad, quienes por su condición de vulnerabilidad son titulares de protección especial por parte del Estado.” (T-225 de 2007)<sup>14</sup>

15.- Como se ve, se requiere por parte de las autoridades en materia de salud que deben inaplicar la regulación referenciada, o por parte del juez de amparo, establecer la incapacidad económica de quien afirma no poder asumir los copagos relativos a la prestación de los servicios médicos. A este respecto la Corte Constitucional ha acudido a las líneas jurisprudenciales desarrolladas en relación con la determinación de la incapacidad económica para asumir el costo de los servicios médicos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, cual es la de remitirse a los medios probatorios regulados en el Código de Procedimiento Civil, siempre que sean compatibles con la naturaleza del amparo constitucional.<sup>15</sup> Dichas líneas jurisprudenciales han constituido los siguientes criterios:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe

tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.”<sup>16</sup>

16.- Ahora bien, como se advirtió en el planteamiento del problema jurídico, resulta relevante hacer referencia a los análisis que sobre el principio de integridad (o integralidad) en la prestación del servicio de salud, ha desarrollado la Corte Constitucional. Esto se explica, porque el argumento principal del juez de tutela de instancia para negar el amparo, es que no existe vulneración de los derechos fundamentales del menor porque en ningún momento se le ha negado tratamiento o medicamento alguno, y porque la solicitud de la actora se refiere a prestaciones futuras. Afirma el juez en mención, que la solicitud de la exoneración de los copagos de la demandante, se hace en una situación en que justamente no se le han exigido copagos, debido a que su hijo no ha requerido atención médica. En opinión del juez, no es válido alegar la garantía de una prestación futura que aún no se ha establecido por parte del médico tratante, por el sólo hecho de que la tutelante considera que no podrá responder económicamente frente a ellas en el futuro.

Esto, sugiere el análisis de la condición de salud del menor en relación con el alcance del derecho a recibir un tratamiento integral, que según la Corte Constitucional, en ciertos casos incluye la posibilidad de brindar protección mediante la orden de reconocimiento de prestaciones futuras. En punto de examinar dicha relación, se reconstruirán a continuación las líneas jurisprudenciales que desarrollan el contenido del principio de integridad en la prestación del servicio de salud.

Sobre el carácter integral de la prestación del servicio de salud. Alcance de las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud. Reiteración de jurisprudencia

17.- La Observación General 14 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que el derecho a la salud supone la existencia de cuatro elementos sin la presencia de los cuales no podría sostenerse que se está garantizando la efectividad de dicho derecho. Estos elementos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En relación con la calidad, se ha sostenido que los establecimientos, bienes y servicios de salud no sólo han de ser aceptables, mirados desde un enfoque cultural, sino "...también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas."17

18.- Así, un componente determinante de la calidad en la prestación del servicio público de la salud es el principio de integridad (o principio de integralidad). En concordancia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las regulaciones en materia de salud y la jurisprudencia constitucional colombianas han destacado de manera importante dicho componente. De este modo, en sentencia T- 179 de 2001 se explicó de la siguiente manera, cómo la seguridad social en salud en Colombia tiene como principio el de la integridad:

"El plan obligatorio de salud es para todos los habitantes del territorio nacional para la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías (artículo 162 ley 100 de 1993). Además, hay guía de atención integral, definida por el artículo 4° numeral 4 del decreto 1938 de 1994: <Es el conjunto de actividades y procedimientos mas indicados en el abordaje de la promoción y fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad; en la que se definen los pasos mínimos a seguir y el orden secuencial de éstos, el nivel de complejidad y el personal de salud calificado que debe atenderlos, teniendo en cuenta las condiciones de elegibilidad del paciente de acuerdo a variables de género, edad, condiciones de salud, expectativas laborales y de vida, como también de los resultados en términos de calidad y cantidad de vida ganada; y con la mejor utilización de los recursos y tecnologías a un costo financiable por el sistema de seguridad social y por los afiliados al mismo>. Por otro

aspecto, el sistema está diseñado, según el Preámbulo de la ley 100 de 1993, para asegurar a la calidad de vida para la cobertura integral, de ahí que dentro de los principios que infunden el sistema de seguridad social integral, está, valga la redundancia, el de la integralidad, definido así: <Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por la ley> (artículo 2° de la ley 100 de 1993). Es más: el numeral 3° del artículo 153 ibídem habla de protección integral: <El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud>. A su vez, el literal c- del artículo 156 ibídem expresa que: <Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud” (resaltado fuera de texto). Hay pues, en la ley 100 de 1993 y en los decretos que la reglamentan, mención expresa a la cobertura integral, a la atención básica, a la integralidad, a la protección integral, a la guía de atención integral y al plan integral. Atención integral, que se refiere a la rehabilitación y tratamiento, como las normas lo indican.>”<sup>18</sup>

Existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho la salud. Una relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras.<sup>19</sup>

Otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, es la que da cuenta de la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente; luego, que las órdenes de los jueces de tutela permitan esta modalidad de garantía.

19.- Cabe concluir entonces, que el principio de integridad (o principio de integralidad)

corresponde a un contenido de la directriz general de prestación del servicio de salud con exigencias concretas de calidad. El principio de integridad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a); con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional.

Alcance de las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud.

20.- Ahora bien, en relación con la segunda perspectiva expuesta, conviene señalar que ha resultado frecuente que las solicitudes a los jueces de amparo versen justamente sobre el reconocimiento de un conjunto de prestaciones relacionadas con una determinada condición de salud de una persona. Esto, es distinto a la situación en la cual se solicita mediante acción de tutela el reconocimiento de una determinada prestación, por ejemplo un medicamento, un tratamiento o un procedimiento específicos, ordenados por el médico tratante, caso en el cual la orden del juez de tutela estaría encaminada a disponer que la empresa prestadora del servicio de salud realizara lo propio para que la persona accediera a la prestación.

Como se ha dicho, la pretensión de una prestación integral del servicio de salud implica para el juez constitucional, la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, pues el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud, no están necesariamente siempre establecidos a priori por el médico tratante. De ahí, que el criterio en el que convergen dichas prestaciones no determinables a priori, sea la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud. De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de la indicación de la(s) patología(s) que, precisamente, requiere(n) el conjunto de prestaciones (los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, entre otros) por parte de las autoridades en salud.

21.- La falta de atención en lo anterior, puede derivar en que los jueces de tutela incurran en dictar órdenes indeterminadas, cuyo cumplimiento pueda resultar problemático a la hora disponer las acciones necesarias para brindar la atención a los(as) afiliados(as) y

beneficiarios(as), por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud. Si el juez de amparo ordena a una entidad prestar atención integral en salud en favor de una persona, sin referencia alguna a una condición de salud determinada, puede ocurrir que dicha orden sea interpretada de manera que se está obligando a la empresa de salud a reconocer prestaciones excluidas de los planes obligatorios (POS, POSS) cuyo práctica pretende atender necesidades del(la) usuario(a), irrelevantes desde el punto de vista constitucional. Por ejemplo, tratamientos o procedimientos estéticos con fines de embellecimiento, o prestaciones excluidas, que por la condición económica de la persona, pueden ser asumidas por ella misma. Esto redundaría favorablemente – por supuesto- en el respeto por los principios de eficacia y racionalización de los recursos que sostienen el sistema de seguridad social en salud.

No obstante lo anterior, esto no quiere decir que en casos en los que desde el punto de vista médico resulte difícil brindar un diagnóstico concreto del estado de salud de un(a) paciente, no se pueda reconocer la prestación integral del servicio de salud. En estos casos es igualmente posible exigir, que la orden del juez de tutela sea determinable, por ejemplo en sentido de reconocer el conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o que se logre dicha determinación por cualquier otro criterio razonable.

De otro lado, tampoco es aceptable que la negativa del reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud, se fundamente en que no es posible para el juez de tutela dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. Lo que es cierto a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación. Pero, de lo que se trata es de procurar que el juez establezca criterios que hagan determinable aquello que ordena. Y, ello se logra si junto al mandato de reconocer atención de salud integral, se informa sobre la condición de la persona que requiere dicha atención.

22.- En este orden, el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud, ha encontrado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional criterios puntuales a partir de los cuales se configura la obligación de prestar de manera integral el servicio de salud. Así, cumplidos los presupuestos de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela<sup>20</sup>, ante la existencia de un criterio determinante de la condición de salud de una persona, consistente en que se requiere un conjunto de prestaciones en materia de salud en relación con dicha condición, siempre que sea el médico tratante quien

lo determine, es deber del juez de tutela reconocer la atención integral en salud.

La Corte Constitucional ha encontrado pues, criterios determinadores recurrentes, en presencia de los cuales ha desarrollado líneas jurisprudenciales relativas al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional<sup>21</sup> (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas<sup>22</sup> (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior no debe ser interpretado como una especificación exhaustiva, pues es posible encontrar otros criterios razonables mediante los cuales se pueda hacer determinable la orden de atención integral en salud, como lo ha hecho en algunas ocasiones la Corte, por ejemplo en casos en que la situación de salud de una persona es tan precaria e indigna (sin que se trate de un sujeto de especial protección o de alguien que padezca de una enfermedad catastrófica), que se hace necesario ordenar el reconocimiento de todas las prestaciones que requiera para superar dicha situación<sup>23</sup>. Se insiste en que, a lo anterior debe mediar el cumplimiento de las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha dispuesto para garantizar el derecho a la salud por vía de tutela.

A la luz de los criterios jurisprudenciales reconstruidos anteriormente, esta Sala de Revisión analizará el caso concreto objeto de la presente sentencia.

Caso concreto.

23.- El menor Brayan Ramiro Bolívar Díaz, de 8 años de edad, padece desde su nacimiento de "Hemofilia Moderada del 2%". Dicha enfermedad requiere atención médica permanente, tal como medicamentos, exámenes, tratamientos y hospitalización, entre otros. El reconocimiento de dichas prestaciones por parte de la EPS FAMISANAR ha requerido la exigencia de copagos a cargo de la madre, para lo cual ha suscrito sistemáticamente pagarés que respalden su cumplimiento. Por ello interpone acción de tutela a nombre de su hijo menor y alega que no puede seguir asumiendo el costo de los copagos, pues el acceso a ciertos medicamentos así como a los servicios de salud, son muy frecuentes en razón al tipo de patología que presenta su hijo, y no cuenta con los recursos económicos para ello. Solicita

entonces al juez de amparo que ordene a la EPS FAMISANAR exonerarla del cobro de copagos, en relación con los servicios de salud que requiere la condición de salud del menor.

La EPS argumenta que los padres del menor en cuestión, registran en su base de datos salarios variables mensuales de \$477.858 (la madre) y de \$433.700 (el padre), por lo que no es cierto que no puedan asumir los copagos; además de que su cobro corresponde al cumplimiento de disposiciones legales vigentes (art. 11 de Acuerdo 260 de 2004) que no pueden dejar de aplicarse por parte de las empresas prestadoras del servicio de salud, sino en casos de indigencia verificada y de miembros de comunidades indígenas. Y, ninguno de estos dos supuestos describe la condición de la demandante.

El juez de tutela negó el amparo, tras considerar que la situación concreta del menor no correspondía a vulneración alguna de sus derechos. Explicó que como la madre venía respaldando los copagos con pagares, no se había dejado de prestar el servicio al menor en ningún momento. Y que, como la solicitud se refería a la exoneración de los copagos respecto de requerimientos inciertos que el menor requeriría en el futuro, no resultaba procedente la protección en dichas condiciones.

24.- Tal como se explicó, las regulaciones que establecen la obligación de los copagos para el acceso a prestaciones del derecho a la salud, no pueden ser aplicadas automáticamente. Por el contrario, dicha exigencia no puede convertirse en un obstáculo para acceder a las mencionadas prestaciones. Cuando por razones económicas el afiliado no puede cubrir el costo de los copagos y ello deviene en la imposibilidad de acceder a alguna prestación, o lo que es lo mismo, la única posibilidad de acceder a los servicios de salud es cumplir con la exigencia del copago, entonces no es viable dicha exigencia y la norma que la contempla debe inaplicarse. De esto debe dar cuenta el juez de tutela, y ordenar a la empresa prestadora del servicio de salud que exonere a la persona de los copagos correspondientes a las prestaciones en salud que requiere.

De igual manera el carácter integral de la prestación del servicio de salud, sugiere que en ciertos casos sí se pueda brindar protección en relación con prestaciones futuras, siempre que éstas sean determinables. Lo que implica también que se puede configurar amenaza de los derechos fundamentales, si no se despliega una modalidad de protección adecuada para

ciertas condiciones de salud, que requieren atención completa y permanente, esto es integral.

#### Vulneración de los derechos fundamentales

25.- En el caso objeto de estudio, la demandante alega que no cuenta con los medios económicos para asumir los copagos exigidos para la atención permanente del estado de salud de su hijo. FAMISANAR EPS considera que los padres del menor cuentan con los medios económicos para cumplir con los copagos y que hasta el momento no se han dejado de prestar los servicios que por su particular enfermedad ha requerido el menor. De ahí que no encuentre vulneración alguna de los derechos fundamentales del niño.

26.- Encuentra esta Sala que, de un lado, el juez de tutela estuvo conforme con la información que FAMISANAR le brindó en la contestación de la demanda de tutela, relativa a que los padres del menor en cuestión, registran en la base de datos de la empresa en cuestión, salarios variables mensuales de \$477.858 (la madre) y de \$433.700 (el padre); pero, no analizó el monto de las facturas hospitalarias ni de los pagares suscritos para respaldar los copagos.

A folios 6 y 10 del expediente contentivo de la demanda aparecen facturas de hospitalización del menor, a raíz de su patología, por diez millones (\$10.000.000) y tres millones (\$3.000.000) de pesos respectivamente. Así mismo, a folios 5 y 11 se hallan pagares suscritos por los padres del menor, por valor de dos millones trescientos mil (\$2.300.000) y un millón seiscientos mil (\$1.600.000) respectivamente. De igual manera, la condición de salud del menor se encuentra debidamente certificada (fls. 13 y 14), lo que sustenta la necesidad permanente de los servicios de salud a los que viene accediendo.

Así las cosas, a juicio de esta Sala de Revisión no se hizo un análisis adecuado de la capacidad económica de los padres del menor Brayan Ramiro, cuyos ingresos en conjunto no superan el millón (\$1.000.000) de pesos mensual, mientras que el monto de los copagos es superior a dicha cifra. Siendo ello así, aunado al carácter permanente de las distintas prestaciones en salud que requiere el menor en cuestión, se verifica que le asiste razón a la actora cuando afirma que no cuenta con los medios económicos para asumir el tratamiento que necesita la enfermedad de su hijo.

Ahora bien, en nada se relaciona el hecho que la madre haya asumido las obligaciones de los copagos hasta el momento, con el hecho que ahora no se halle en la situación de continuar. Esto, en tanto como ella misma lo afirma en el escrito de la demanda de tutela, cada pagaré que suscribe implica el incremento de su deuda por dicho concepto, en razón a que el niño requiere atención permanente. Antes de tener la posibilidad económica de cancelar un pagaré, de acuerdo al cálculo que ha hecho esta Sala, se ve en la necesidad de suscribir otro, y así sucesivamente.

27.- De otro lado, si bien se han prestado los servicios de salud al menor, porque la madre ha suscrito pagares para respaldar la cancelación de los copagos, ello no significa que ante la imposibilidad de seguirlo haciendo el asunto pierda relevancia constitucional y deba ser tratado como un problema económico, pues sigue en juego la prestación integral del servicio de salud del menor. La condición de salud del menor, implica en este caso el derecho a recibir un servicio de salud integral, relativo al conjunto de prestaciones que requiera en el futuro en relación con dicha condición, de conformidad con lo que se explicó en acápite pertinente. De tal manera que la orden del juez de tutela debe tener dicho sentido, y no resulta imperioso que estén prestaciones específicas pendientes de garantizar, o que no se sepa en concreto qué ni cuándo va requerir atención en salud, para brindar la protección. Lo importante, como se explicó más arriba, es que las obligaciones que se disponen para la EPS demandada sean determinables; lo cual es claro en el presente caso, pues la condición de salud del menor está certificada por los médicos tratantes, así como sus necesidades médicas a propósito de dicha condición.

### III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, 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 dictado por Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Bogotá, el 05 de marzo de 2007, dentro del proceso de tutela interpuesta por Nidia Esperanza Díaz Palacios contra FAMISANAR EPS, y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la dignidad y a la salud respecto del acceso y garantía integrales.

SEGUNDO.- ORDENAR a la EPS FAMISANAR que a partir de la notificación del presente fallo, SE ABSTENGA DE COBRAR los copagos correspondientes a todas aquellas prestaciones en salud que requiera el menor Brayan Ramiro Bolívar Díaz, derivadas de su patología denominada “Hemofilia Moderada del 2%”, BRINDE ATENCIÓN INTEGRAL al menor en relación con la patología en cuestión sin condiciones de carácter económico o reglamentario, y SE ABSTENGA DE EXIGIR la suscripción de pagarés por concepto de alguna de las prestaciones en mención.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (e)

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En el mismo sentido, en Sentencia T-143 de 1999 se dijo: “La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben

tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualdad que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia”.

2 Énfasis fuera de texto.

3 Énfasis fuera de texto

4 T-301 de 2007. Además se pueden consultar las sentencias T-947 de 2006, T-798 de 2006, T-552 de 2006, T-492 de 2006 y T-531 de 2002, entre otras.

5 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.

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

7 Sentencia T-859 de 2003.

8 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 multiafiliación 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.”

9 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.

10 SU-337 de 1999

11 De conformidad con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, tales pagos se aplicarán con el exclusivo objeto de racionalizar el uso de los servicios del sistema; en cambio, para los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

12 El Acuerdo No.260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, precisó el

objeto de las cuotas moderadoras (Art. 1) y los copagos (Art.2); las primeras se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, en tanto que los últimos se aplican únicamente a los afiliados beneficiarios (Art. 3). Estableció también los principios que rigen la aplicación de estos conceptos (Art.5), así como los servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras (Art. 6) y los excluidos del cobro de copagos, mencionando expresamente, en lo que a este último aspecto se refiere, los servicios relacionados con enfermedades catastróficas o de alto costo (Art.7).

13 T-225 de 2007

14 De igual manera, algunos casos fueron citados como ejemplo de la aplicación estricta de esta jurisprudencia: “En desarrollo de lo anteriormente expuesto, mediante Sentencia T-940 de 2005, la Corte protegió los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de una ciudadana y ordenó a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia autorizar y efectuar el pago de la cuota recuperadora de los procedimientos quirúrgicos requeridos por la actora. En esa oportunidad señaló lo siguiente:

<En esa medida, tal y como lo estableció la Sala anteriormente, el pago de las cuotas no pueden ser un obstáculo para la no prestación de los servicios de salud de la población más vulnerable de la sociedad. Las condiciones de pobreza de una persona no puede generar como consecuencia la no prestación de un servicio médico, de presentarse esa situación, se estaría creando un obstáculo que fracturaría los principios fundamentales en los que se funda la Constitución Nacional.

Por lo tanto, cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza, como es el presente caso, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica por condiciones extremas para la no realización de dichos procedimientos.>

Del mismo modo la Corte Constitucional mediante Sentencia T-837 de 2006 ordenó inaplicar la regulación contenida en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 sobre las cuotas de recuperación ordenando a la Secretaría de Salud de Manizales cubrir el cien por ciento del costo de los copagos que le correspondería pagar al demandante.

También la Corte en Sentencia T-540 de 2006, ordenó a la ARS CAPRECOM autorizar y asumir el 100% del valor de una intervención quirúrgica a una menor.

Señaló en esa oportunidad lo siguiente.

<En esa medida, tal y como lo estableció la Sala anteriormente, los copagos no pueden ser utilizados como excusa para obstaculizar la prestación de los servicios de salud de la población más vulnerable de la sociedad. Las condiciones de pobreza de una persona no pueden generar como consecuencia la no prestación de un servicio médico.

En consecuencia, al constatar la vulneración de los derechos fundamentales de la menor Nicolle Dayana Ríos Beltrán, esta Sala de Revisión resolverá aplicar directamente la Constitución Política y concederá la protección del derecho fundamental a la salud de Nicolle Dayana Ríos Beltrán. Así las cosas, se dispondrá que Caprecom ARS, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice y asuma el 100% del valor de la intervención quirúrgica denominada “herniorrafia inguinal” que requiere la niña Nicolle Dayana Ríos Beltrán para el manejo de la hernia en la ingle derecha que le fue diagnosticada.> En consecuencia, la reglamentación que exige el pago de copagos destinados a la racionalización de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, no puede aplicarse cuando con ellos se desconozca el derecho fundamental a la salud de los menores de edad.

15 T-225 de 2007

16 Ibídem. Sobre el particular se agregó en la citada T-225 de 2007: “...debido a que en muchos de los casos resulta muy complejo determinar la capacidad económica para efectuar el pago de los servicios de salud, la jurisprudencia de esta Corte ha enfatizado que el juez de tutela tiene un papel muy importante, al punto de ser vital al momento de establecer probatoriamente este aspecto, y con mayor razón, cuando debe propenderse por la racionalidad económica del Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal manera que, sea viable, además de respetuoso del principio de solidaridad, evitando en todo caso que, los recursos que están destinados a grupos de la población que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, sean invertidos en quienes cuentan con medios y posibilidad económica de financiar los gastos excluidos del POS, o cuotas moderadoras, los copagos o cuotas de recuperación por la prestación de los servicios médicos. La jurisprudencia constitucional ha

acogido el principio general establecido en nuestra legislación civil referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario. Consecuentemente, cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica para la no realización de dichos procedimientos.”

17 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

18 Fundamento Jurídico número 2. Este criterio se reiteró en las sentencias T-122 de 2001 y T-133 de 2001, entre otras.

19 Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007, entre otras.

20 Fundamento jurídico número 10 de esta sentencia: “...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.”

21 T-459 de 2007

22 T-1234 de 2004