

Sentencia T-613/12

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Formas previstas por ordenamiento jurídico

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

DERECHO A LA SALUD-Fundamental

DERECHO A LA SALUD-Bloque de constitucionalidad e instrumentos internacionales de protección

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Evolución jurisprudencial

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental autónomo

Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. La atención en salud de las personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran.

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para ordenar el suministro de tratamientos, medicamentos o procedimientos no incluidos en el POS

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos y procedimientos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD Y CONCEPTO DE REQUERIR CON NECESIDAD-Subreglas

DERECHO A LA SALUD-Prescripción médica emitida por profesional no adscrito a la EPS

DERECHO A LA SALUD-Solicitud de remisión al exterior

DERECHO A LA SALUD-Suministro de pañales, sillas de ruedas y demás elementos esenciales para tener una vida en condiciones dignas

CUOTAS MODERADORAS-No pueden ser obstáculo para acceder a servicios de salud para quienes no tienen capacidad económica

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

El hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela.

Referencia: AC T- 3.361.160; T-3.417.839; T-3.423.332 y T-3.427.480

Peticionarios: Letty Hernández de Gamba, contra U.T Medical-Colombiana de Salud; Rosa María Grijalva Guzmán, como agente oficioso de su madre Belia del Socorro Guzmán Sierra, contra Saludtotal EPS; Manuel Aguilar Leguizamón, como agente oficioso de Pedro Leoncio Páez Ibáñez, contra Emdisalud EPSS; y Leónidas Vásquez Tamayo contra Saludcoop EPS.

Derechos fundamentales invocados: salud - vida digna.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012)

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

SENTENCIA

En el trámite de revisión del proceso T- 3.361.160, los fallos de tutela adoptados por el Juzgado Segundo Civil municipal de Tunja, del 28 de octubre de 2011 y por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, del 5 de diciembre de 2011; del proceso T-3.417.839, los

fallos de tutela adoptados por el Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena, del 14 de octubre de 2011 y por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, del 12 de diciembre de 2011; del proceso T-3.423.332, el fallo de tutela adoptado por el Juzgado Cuarenta y Siete Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá, del 24 de febrero de 2012; y, del proceso T-3.427.480, el fallo de tutela adoptado por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Pereira, Risaralda, del 23 de febrero de 2012.

De manera preliminar debe anotarse que la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro, a través de auto del 19 de abril de 2012, decidió acumular los procesos T- 3.361.160, T-3.417.839, T-3.423.332 y T-3.427.480, a fin que fueran resueltos en una sola sentencia, en razón a la analogía de los problemas jurídicos en ellos contenidos, circunstancia que a la luz del principio de economía procesal, justifica la mencionada acumulación.

1. ANTECEDENTES

1. EXPEDIENTE T- 3.361.160

La señora Letty Hernández de Gamba, presentó solicitud de tutela contra la U.T. Medical-Colombiana de Salud, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle la práctica de una prueba de ONCOTYPE DX 21.

1. Hechos y razones de la acción de tutela.

1. La accionante de 63 años de edad, manifiesta que presta sus servicios como docente en la Secretaría de Educación de Tunja, asignada como Psicoorientadora en la Institución Educativa Libertador Simón Bolívar; y se encuentra cotizando al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y por tanto, afiliada a la EPS U.T Medical-Colombiana de

Salud, con quien se contrató la prestación del servicio médico asistencial.

1. Afirma que después de realizados los exámenes pertinentes, el día 24 de junio de 2011, el Instituto Nacional de Cancerología le diagnosticó CANCER DE MAMA IZQUIERDA, DUCTAL INFILTRANTE MODERADAMENTE DIFERENCIADO GIL (cáncer de seno izquierdo).

1. Sostiene que como consecuencia del anterior diagnóstico, el Instituto Nacional de Cancerología expidió una orden para que se le practicara la prueba de Oncotype Dx 21, la que solicitó a la U.T Medical-Colombiana de Salud, el día 9 de septiembre de 2011.

1. Mediante escrito del 21 de septiembre de 2011, la U.T Medical-Colombiana de Salud, le manifestó que el examen solicitado de prueba Oncotype Dx 21 se realiza únicamente en el exterior, y fundamenta la negativa, por cuanto se trata de una “exclusión de la CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD PARA LOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y SUS BENEFICIARIOS CONVOCATORIA PÚBLICA - SELECCIÓN ABREVIADA No. 001 de 2008 PLAN DE ATENCIÓN DE SALUD PARA EL MAGISTERIO ANEXO 5 LITERAL 5.4 EXCLUSIONES”. Agrega el escrito de la entidad demandada, que “Se consideran exclusiones aquellos procedimientos no contemplados dentro del plan de atención de éste régimen de excepción y que se describen a continuación:

* Todos los tratamientos quirúrgicos y medicamentos considerados experimentales o los no autorizados por las sociedades científicas debidamente reconocidas en el país, así se realicen y suministren por fuera del territorio nacional.

* Se excluyen expresamente todos los tratamientos médico quirúrgicos realizados en el exterior que no puedan ser realizados en el país.”

1. Por último afirma la accionante, que la entidad accionada también se fundamentó en que dicha valoración fue realizada de forma particular y no se encuentra dentro de los protocolos de manejo del Instituto Nacional de Cancerología. De igual forma considera que al negar el examen solicitado, se está vulnerando el derecho fundamental a la vida, no solo de los cotizantes, sino de todos los afiliados a esa EPS.

1. Fundamentos y pretensiones.

La accionante solicita se amparen sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada al negarle un servicio médico de calidad, con lo cual, no solo estaría en la posibilidad de un tratamiento acertado y oportuno, que garantizaría su rehabilitación, sino la de tener alguna expectativa de recuperación ante su estado delicado por tratarse de una enfermedad terminal.

1. Actuación procesal.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Tunja, admitió la tutela el 18 de octubre de 2011 y solicitó a la U.T Medical-Colombiana de Salud, para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por la señora Letty Hernández de Gamba.

Dijo que el proceso de atención de los docentes y de su grupo familiar, se rige por los parámetros establecidos por la Ley 91 de 1989, teniendo en cuenta que los docentes se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, por disposición expresa del artículo 279.

Agregó que los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, son manejados por la Fiduciaria La Previsora, quien se encarga de la prestación de los servicios de salud de los docentes y a sus beneficiarios, y para ello, realizó una contratación pública regida por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes, con la U.T Medical-Colombiana de Salud, donde quedaron expresamente señaladas las condiciones y obligaciones del contrato, así como los procedimientos que se consideran exclusiones. Por lo tanto insistió en que no están obligados a realizarlos y menos, asumir su gasto.

Igualmente informó que la accionante se encuentra vinculada a la U.T Medical-Colombiana de Salud, para lo cual ha recibido de los servicios médicos asistenciales de acuerdo a los términos de la Convocatoria Pública Selección Abreviada 001 de 2008. Además, hizo referencia a la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, donde se encuentra consignado el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud.

Reitera, que a la señora Hernández se le ha brindado toda la atención integral que ha requerido dentro de las coberturas establecidas y ya explicadas. El servicio solicitado corresponde a un procedimiento definido como Oncotype DX, lo cual corresponde a una prueba genética de 21 genes que determina el riesgo de recurrencia a diez años.

Aclaró, que esa prueba no se realiza en Colombia y no hace parte de los criterios definidos en los protocolos de manejo del Instituto Nacional de Cancerología, ya que hace parte de los de exámenes de avanzada tecnología, los cuales no son lo suficientemente costo-efectivos en el manejo del paciente sino en su probabilidad de recidivas y que en los protocolos de manejo de cáncer de mama, estos "... no son cruciales para definir el manejo que hasta el momento se le viene dando a la paciente ...", es decir, el tratamiento farmacológico posterior a las quimioterapias.

Por último, sostiene que el concepto allegado por la accionante es suscrito por un médico a través de una consulta particular de la firma FICMAC Investigación Clínica y Molecular en Cáncer y no a través de su médico tratante.

Concluyó, que no existió vulneración a los derechos fundamentales de la accionante, toda vez que se le ha prestado el servicio en forma oportuna y de calidad y por lo tanto solicita se deniegue la acción impetrada.

1. Pruebas documentales.

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

1. Copia de la Historia Clínica de la señora Letty Hernández de Gamba, expedida por el Instituto Nacional de Cancerología (folio 4 del libro de tutelas).

1. Copia fechada el 16 de agosto de 2011, de la certificación médica expedida por el Centro de Investigación Clínica y Molecular en Cáncer, FICMAC, donde el Médico Internista Oncólogo Clínico, hace una evaluación en consulta particular, de la señora Letty Hernández de Gamba, en la cual manifiesta que "...tiene historia de 2 años de evolución de mastopatía fibroquística, en junio de 2011 se toma mamografía de seguimiento la cual es reportada BIRADS V, por ese motivo se practica biopsia que es reportada CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE GRADO II (Pilar Archila Qx 13 56 del 6 de julio de 2011), con estudios de extensión negativos, se le practica cuadrantectomía y ganglio centinela por parte del Dr Elías Quintero, la Patología describe una lesión de 0.7 cm, receptores hormonales RE 40% allred 0, ki67 menor al 1%, her 2 negativo grado 0 (...) no palpo adenopatías en ninguno de los territorios clínicamente evaluables, examen de senos, seno derecho reconstruido con excelente resultado estético, no hay signo de infección, seno izquierdo, sin lesiones, cardiopulmonar normal, abdomen no encuentro masas ni visceromegalias herida, Tr no se practica extremidades sin alteraciones." Y concluye solicitando el examen de Oncotype Dx 21 (folio 5).

1. Copia de la orden médica expedida por el Instituto Nacional de Cancerología del 9 de septiembre de 2011, donde se le formula el examen de Oncotype Dx 21 a la señora Letty Hernández de Gamba (folio 2).

1. Copia de la justificación médica y solicitud de procedimiento no POS, expedida por el Instituto Nacional de Cancerología del 9 de septiembre de 2011, donde se solicita la prueba

de Oncotype Dx 21 a la señora Letty Hernández de Gamba (folio 3).

1. Copia del oficio del 21 de septiembre de 2011, donde la U.T Medical-Colombiana de Salud, da respuesta a la señora Letty Hernández de Gamba, sobre su solicitud verbal de autorización del examen de Oncotype Dx 21, (folio 1).

1. Decisiones judiciales.

1. Mediante fallo de primera instancia del 28 de octubre de 2012, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Tunja, niega el amparo solicitado al considerar que para poder tener acceso a dicho servicio, este debe ser requerido por el médico tratante vinculado a la EPS y discutido el caso en junta médica especializada con el fin de determinar si el tratamiento es una alternativa de solución definitiva a la patología que padece la accionante y si no existen otros medios para tratar su enfermedad.

Por lo anterior, el juez de instancia no tuteló los derechos invocados, y en su defecto, en el artículo segundo del fallo ordenó a la U.T Medical-Colombiana de Salud, para que la junta médica evalúe el caso de la accionante y determine si hay lugar a la práctica del examen Oncotype Dx 21.

1. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, Mediante fallo de segunda instancia del 5 de diciembre de 2011, revocó el artículo primero del fallo de primera instancia del 28 de octubre de 2011, y ordenó tutelar los derechos de la señora Letty Hernández de Gamba, que fueran desconocidos por la U.T Medical-Colombiana de Salud, y confirma los demás artículos.

Lo anterior al considerar que si bien "... no se ha demostrado una falta de atención por parte de la accionada, sí se observa que no se demostró la existencia de la remisión para un

estudio especializado, que se devala necesario para establecer el procedimiento a seguir en este asunto, dada la patología que afecta a la señora LETTY HERNÁNDEZ DE GAMBA, hecho que implica un desconocimiento de los derechos aducidos...” y por lo tanto, autorizó la práctica de la prueba reclamada, para que la accionante sea valorada por un especialista y determine los procedimientos a seguir.

1. EXPEDIENTE T-3.417.839.

La señora Rosa María Grijalba Guzmán, actúa como agente oficiosa de su madre Belia del Socorro Guzmán Sierra, presentó solicitud de amparo constitucional contra la EPS Saludtotal invocando la protección de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el suministro de pañales desechables.

1. Hechos y razones de la tutela.

1. La señora Grijalba Guzmán manifiesta que su madre se encuentra afiliada a la EPS Saludtotal, en calidad de beneficiaria suya.

1. Sostiene que su madre es una persona adulta mayor de 80 años de edad, quien padece de Alzheimer, enfermedad degenerativa que le fue diagnosticada el 5 de julio de 2008, entre otras enfermedades menores y propias de la edad.

1. Asegura que a raíz de la enfermedad, su madre no controla su cuerpo, en especial los esfínteres, por lo que requiere en forma permanente el suministro de pañales desechables.

1. Dice que es una persona que no cuenta con los recursos económicos para sufragar el costo que ello genera, por lo que ha sido casi imposible que su madre tenga un uso continuo y permanente de los pañales, lo que atenta contra la vida en condiciones dignas, ya que la EPS se niega al suministro de manera permanente de ellos.

1. Fundamentos y pretensiones.

Solicita que se le amparen los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad de su madre, y se ordene a la EPS Saludtotal, que asuma y autorice en forma permanente y a su cargo, el suministro de pañales desechables que requiere su madre para vivir en condiciones dignas.

1. Actuación procesal.

El Juzgado Trece Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cartagena, Bolívar, mediante fecha del 29 de septiembre de 2011, admitió la tutela, y requirió a la EPS Saludtotal, para que respondiera por los hechos narrados.

Mediante escrito del 10 de octubre de 2011, la EPS Saludtotal informó que a la señora Belia del Socorro Guzmán Sierra, se le ha garantizado toda la atención médica requerida en los diferentes niveles de complejidad, incluyendo el acceso al programa de atención domiciliaria, terapias físicas en casa, nutrición en casa, suplementos nutricionales y demás servicios que ha requerido.

Respecto a lo solicitado en la presente acción de tutela, asegura la demandada que para el suministro de pañales desechables no existe orden médica alguna que ordene el suministro de insumos de aseo. Precisa, que los pañales desechables no hacen parte del tratamiento médico de la paciente.

De igual forma asegura la demandada, que la utilización de pañales desechables no viola

derecho fundamental alguno, en cuanto el insumo solicitado es un elemento de aseo y no pone en peligro la vida de la paciente, ni se atenta contra su calidad de vida, tal como lo ha previsto la ley al excluirlos del POS y clasificarlos como elementos de aseo no vitales para la vida humana.

Solicita se deniegue la pretensión presentada, por cuanto la EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Belia del Socorro Guzmán Sierra, y por el contrario, ha cubierto todos y cada uno de los servicios, exámenes, medicamentos y demás tratamientos que ha requerido para atender la enfermedad que padece.

1. Pruebas documentales.

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

1. Copia de la Historia Clínica de la señora Belia del Socorro Guzmán Sierra expedida por la EPS Saludtotal (folios 10 al 14).

1. Copia simple del carne de afiliación de la señora Belia del Socorro Guzmán Sierra, como beneficiaria de su hija Rosa María Grijalba Guzmán (folio8).

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Belia del Socorro Guzmán Sierra (copia 9).

1. Decisiones judiciales.

1. Mediante fallo del 14 de octubre de 2011, el Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena, Bolívar, negó el amparo solicitado al considerar que no existe prueba dentro del proceso que acredite que los insumos de pañales desechables fueron ordenados por algún médico tratante adscrito a la EPS Saludtotal, por lo tanto no se vislumbra una clara vulneración de los derechos fundamentales de la agenciada, toda vez que sí se probó que la EPS le ha brindado toda la asistencia médica requerida por la enfermedad que padece.

1. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, Bolívar, mediante fallo del 12 de diciembre de 2011, confirmó el fallo de primera instancia alegando las mismas consideraciones.

1. EXPEDIENTE T-3.423.332

El señor Manuel Aguilar Leguizamón, actuando en calidad de agente oficioso del señor Pedro Leoncio Páez Ibáñez, presentó solicitud de amparo constitucional contra EPS-S Emdisalud, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle la entrega de una silla de ruedas para adulto, convencional, liviana, plegable con apoyabrazos tipo escritorio, apoya pies removibles y ajustables, que fuera ordenado por su médico tratante y que es vital para el tratamiento de su enfermedad.

1. Hechos y razones de la tutela.

1. Dice que a raíz del anterior diagnóstico, su médico tratante le ordenó una silla de ruedas para adulto, convencional, liviana, plegable con apoyabrazos tipo escritorio, apoya pies removibles y ajustables, dada su dependencia total para trasladarse, y de esa manera,

mejorar su calidad de vida, así como de “ortesis tobillo pie con alineación de cuello de pie a 90º forrada en caucho espuma para ambos pies”.

1. Manifiesta que en la Historia Clínica se determinó, que la ausencia de los procedimientos e insumos ordenados pueden generar riesgo inminente de muerte o alteración de la salud del paciente, por “MAYOR DETERIORO FUNCIONAL, DESFORMIDADES ESTRUCTURALES QUE GENERAN MAYOR DISCAPACIDAD FUNCIONAL Y COMPLICACIONES MÉDICAS”

1. Argumenta que ante la solicitud de los anteriores procedimientos e insumos, la EPS-S Emdisalud, a través del Comité Técnico Científico solo aprobó los insumos de “ortesis tobillo pie con alineación de cuello de pie a 90º forrada en caucho espuma para ambos pies”.

1. Sostiene, que el Comité Técnico Científico no autorizó la silla de ruedas por no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud POS, y por lo tanto era de difícil acceso obtenerla.

1. Por último, aduce que su agenciado es una persona de escasos recursos y que ahora depende de él exclusivamente, porque su esposa está en el campo atendiendo los hijos pequeños.

1. Fundamentos y pretensiones.

Solicita el accionante que se le amparen los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas, al señor Pedro Leoncio Páez Ibáñez, y se le autorice una silla de ruedas para adulto, convencional, liviana, plegable con apoyabrazos tipo escritorio, apoya pies removibles y ajustables; y que como quiera que el cáncer de páncreas

que padece es progresivo, y la ley cubre los gastos de las patologías de alto costo como en el caso presente, solicita se prevenga a la EPS-S Emdisalud para que continúe prestando la atención integral que requiere a su agenciado de acuerdo a su enfermedad, y además, sea exonerado del pago de los copagos y/o las cuotas moderadoras.

1. Actuación procesal.

El Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, admitió la tutela el 9 de febrero de 2012, y requirió a la EPS-S Emdisalud, al Instituto Nacional de Cancerología y a la Secretaría de Salud, para que se pronuncien sobre los hechos expuestos por el accionante.

Igualmente solicitó en declaración al señor Manuel Aguilar Leguizamón.

1. El señor Manuel Aguilar Leguizamón presentó declaración el día 10 de febrero de 2012, en la cual dejó constancia que presentó la tutela por cuanto la esposa de Pedro Leoncio Páez, se tuvo que quedar en el campo al cuidado de los hijos pequeños, y que como él es su cuñado, lo hizo como agente oficioso. Agregó que su agenciado residía con su madre en Rondón, Boyacá; actualmente se encuentra a su cargo, de lo que le pueda brindar. Dijo que el cáncer le apareció hace seis meses y que a la fecha se encuentra inválido. Aseguró, que se le ha prestado toda la atención médica a excepción de la silla de ruedas que fue ordenada por el médico para su rehabilitación y mejorar su calidad de vida.

1. El Instituto Nacional de Cancerología mediante escrito del 13 de febrero de 2012, manifestó que no se opone a la prosperidad de la acción de tutela, pero que el juez constitucional debe analizar la entidad responsable de garantizar la atención oportuna del paciente, que en el presente caso corresponde a la EPS-S Emdisalud. Así mismo dice que el Instituto Nacional de Cancerología actúa como IPS donde atiende todo lo relacionado con los servicios que remiten las entidades prestadoras de salud con las cuales tiene convenios, y que en la actualidad, no los tiene con la EPS-S Emdisalud.

Dijo que la EPS-S puede suministrar la silla de rueda que necesita el paciente para su movilidad ó en su defecto solicitarla ante el Banco de Ayudas Técnicas de la Secretaría Distrital de Salud.

1. La Secretaría Distrital de Salud mediante escrito del 14 de febrero de 2012, manifestó que de acuerdo con la base de datos, el señor Pedro Leoncio Páez, se encuentra afiliado en la EPS Emdisalud de Rondón, Boyacá y por lo tanto, los servicios que requiere el paciente deben ser brindados por esa entidad, toda vez, que el procedimiento prescrito por el médico tratante está contenido en la cobertura del POS, de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011 de la C.R.E.S.

Agrega, que en cuanto a los eventos no POS que llegue a requerir el agenciado, debe la EPS-S Emdisalud de Rondón Boyacá, someterlos al Comité Técnico Científico para que determine la pertenencia de los mismos y de acuerdo con la Resolución 5334 de 2008, del Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de la Salud, debe suministrarlos y recobrarlos al FOSYGA de conformidad con la Resolución 3754 de 2008.

Solicita declarar la improcedencia de la pretensión, y desvincular a la Secretaría Distrital de Salud por ser la EPS-S Emdisalud de Rondón Boyacá, la entidad encargada de la prestación del servicio.

1. La Empresa Mutual para el Desarrollo Integral de la Salud Emdisalud ESS EPS-S, de Tunja Región Nororiental, manifestó que los servicios que requiere el paciente no están incluidos en el POSS, y de acuerdo con la Ley 715 de 2001 y la Ley 1122 de 2007, establece que “los procedimientos y/o medicamentos que no estén dentro del POSS PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO estarán a cargo y bajo la responsabilidad de la secretaria de salud respectiva”.

Sin embargo, asegura la entidad, que con el ánimo de salvaguardar el derecho a la salud del paciente, orientó a los familiares para que tramitaran los procedimientos e insumos no POSS ante el Comité Técnico Científico, pero que la solicitud fue presentada sin el total de los

documentos exigidos por la normatividad vigente sobre la materia para ese tipo de trámite. Agrega que en razón a ello, solo le fue autorizado el insumo de ortesis tobillo pie con alineación de cuello de pie a 90º forrada en caucho espuma para ambos pies, y que fue aprobada mediante Acta No 35184.

Respecto a la solicitud de la exoneración de la cuota moderadora, manifiesta que se opone a ello, por cuanto son herramientas que tiene la IPS y por tanto solo a ellas le compete la posibilidad de su exoneración o no del copago dependiendo del nivel de clasificación del SSBEN y que se demuestre la total incapacidad de pago por parte del paciente y de sus familiares cercanos.

Por último, aclara que la EPS-S Emdisalud, ha garantizado al señor Páez Ibáñez todos los servicios de salud que ha requerido y que están incluidos en el POSS, como así aparece en la misma acción de tutela donde consta que fue atendido por el Instituto Nacional de Cancerología por cuenta de esa EPS-S.

Por lo anterior, se opuso a todas las pretensiones y solicitó la exoneración de responsabilidad al no haber violado los derechos fundamentales del accionante.

1. Pruebas documentales.

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

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Pedro Leoncio Páez Ibáñez.

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Manuel Aguilar Leguizamón.

1. Copia del carne de afiliación del señor Pedro Leoncio Páez Ibáñez a la EPS-S Emdisalud de

Rondón, Boyacá.

1. Copia de la solicitud de insumos y procedimientos ante el Comité Técnico Científico de la EPS-S, del 26 de 2011.

1. Copia de la orden de los insumos que expide el Instituto Nacional de Cancerología, de fecha 26 de diciembre de 2011

1. Decisiones judiciales.

Mediante fallo único de instancia del 24 de febrero de 2012, el Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, declaró improcedente el amparo solicitado al considerar que tanto el Instituto Nacional de Cancerología, la Secretaría Distrital de Salud, así como la EPS-S Emdisalud, cumplieron con sus obligaciones legales y constitucionales, en la prestación del servicio al señor Pedro Leoncio Páez Ibáñez, y que fueran ordenadas por su médico tratante, de acuerdo con la patología que presenta.

Respecto a la autorización de la silla de ruedas, argumentó que no fue autorizada porque la solicitud del servicio nunca se presentó ante el Comité Técnico Científico, sino que una asesora de la EPS-S informó verbalmente a un familiar del paciente, respecto a que no sería autorizado el servicio por no ser POS. Dice que ante esa situación, no puede decirse que existió vulneración a los derechos fundamentales, toda vez que la negación del servicio nunca existió.

Por último, sobre la exoneración del pago de las cuotas moderadoras y/o copagos, advierte el juez de instancia, que no se probó dentro del proceso la falta de capacidad económica del accionante o su agenciado que hagan viable la pretensión.

1. EXPEDIENTE T-3.427.480

El señor Leónidas Vásquez Tamayo, presentó solicitud de tutela contra la EPS Saludcoop, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna en persona de discapacidad auditiva, la integridad personal, la seguridad social y la integridad física, al no autorizarle unos audífonos digitales más controles, ordenados por su médico tratante y que requiere con urgencia.

1. Hechos y razones de la tutela.

1. El accionante es una persona de la tercera edad, quien actualmente cuenta con 65 años de edad, y se encuentra afiliado como cotizante de la EPS Saludcoop, en el municipio de Dosquebradas, Risaralda.

1. Manifiesta que en mayo de 2010, se sometió a una prueba de audiometría, la cual arrojó el diagnóstico de “hipoacusia neurosensorial bil, leve ad, caída mayor en agudos aí con hipoacusia neurosensorial moderada”.

1. Dice que posteriormente le realizaron varios exámenes dando resultados diagnósticos heterogéneos pero con procedimientos iguales.

1. Sostiene que en diciembre de 2010, le ordenaron el suministro del medicamento Prazosina Clorhidrato, prescrito por el médico general de la EPS.

1. Afirma que en febrero de 2011, el médico especialista otorrinolaringólogo de la ciudad de

Pereira, Risaralda, le prescribió audífonos digitales y los respectivos controles como consecuencia del diagnóstico hipoacusia descrita, determinándose campo dinámico y selección de audífono.

1. Señala que ha solicitado a la EPS Saludcoop que le autorice el suministro de los audífonos digitales más controles, que fueran prescritos por el especialista, pero la entidad se ha negado desde hace diez meses, aduciendo que en el momento no los tiene.

1. Insiste, que la situación le está afectando su calidad de vida por cuanto se abstiene de inter-relacionar con otras personas por la dificultad en la comunicación y, diariamente se deteriora por el esfuerzo que realiza por escuchar.

1. Por último, dice que es pensionado con un salario mínimo legal mensual y no cuenta con los recursos económicos suficientes para adquirir el dispositivo, el cual tiene un valor semejante o superior a lo devengado por él durante un año de mesada pensional.

1. Fundamentos y pretensiones.

1. Actuación procesal.

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Pereira, Risaralda, admitió la tutela el 10 de febrero de 2012 y vinculó a la EPS Saludcoop y la requirió para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por la accionante.

Mediante escrito del 22 de febrero de 2012, la EPS Saludcoop manifestó, que mediante Orden de Servicio No. 68803819 del 12 de septiembre de 2011 le fue aprobado al señor Leónidas Vásquez Tamayo, el suministro de Audífonos RIC series S11, por lo tanto

desapareció el motivo de la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Así mismo informó que la EPS Saludcoop ha cumplido con sus obligaciones dentro de los parámetros que rigen la prestación del servicio a fin de preservar los derechos fundamentales del usuario. Por ello, solicitó se declare la carencia actual de objeto por hecho superado.

1. Pruebas documentales.

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

1. Copia del informe de controles en Otorrinolaringología expedido por la Clínica Risaralda en el cual se diagnosticó AUDIOMETRÍA CON HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BIL, LEVE AD, CAIDA MAYOR EN AGUDOS, OI CON HIPOACUSIA NUEROSENSORIAL MODERADA (FOLIO 6).

1. Copia del examen de audiología clínica expedida por el Centro de Diagnóstico Audiológico (folio 7).

1. Copia de las autorizaciones de servicios expedidos por la EPS Saludcoop (folios 8 al 33).

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Leónidas Vásquez Tamayo.

1. Decisiones judiciales.

Mediante fallo único de instancia del 23 de febrero de 2012, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Pereira, Risaralda, ordenó dar por terminado el proceso, como quiera que la EPS Saludcoop afirmara que le fueron autorizados los audífonos solicitados al señor Leónidas Vásquez Tamayo.

1. Trámite en sede de revisión.

Esta Sala de Revisión consideró procedente indagar si (i) en el expediente T-3.361.160 a la señora Letty Hernández de Gamba, le fue autorizada la prueba de ONCOTYPE DX 21, y (ii) si en el expediente T-3.427.480 al señor Leónidas Vásquez Tamayo, le fueron entregados a satisfacción los audífonos digitales ordenados por el especialista en otorrinolaringología.

1. Para lo anterior, el día 18 de julio de 2012, siendo las 10:20 a.m. éste Despacho se comunicó vía telefónica con el señor Leónidas Vásquez Tamayo, quien al preguntarle si había recibido los audífonos RIC series S11 con Orden de Servicio No. 68803819 el día 12 de septiembre de 2011, manifestó que los mismos no fueron efectivamente entregados.

Sin embargo, informó que una vez presentada la tutela el día 10 de febrero de 2012, le fueron entregados por parte de la EPS Saludcoop, los audífonos digitales más controles, de conformidad con las especificaciones ordenadas por el especialista, y que actualmente se encuentra satisfecho con ellos.

1. De igual forma, el mismo día, el Despacho se comunicó con la señora Letty Hernández de Gamba, quien al preguntarle si le fue autorizada la prueba de ONCOTYPE DX 21, respondió que la U.T Medical-Colombiana de Salud y el Comité Técnico Científico no se han pronunciado al respecto.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA.

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

Una vez relacionados los antecedentes, la Sala de Revisión observa que los problemas jurídicos de los casos aquí planteados tienen que ver con la afectación al derecho a la vida digna, a la salud y a la integridad personal de los accionantes, concretamente por negarse el acceso a los diferentes servicios en el suministro de insumos, exámenes o procedimientos requeridos por los afiliados, que de alguna forma afectan la posibilidad de que estos sean gozados efectivamente por las personas en situaciones concretas y específicas.

1. Previo al análisis de fondo se estudiará el tema relacionado con la legitimación en la causa por activa.

1. Legitimación en la causa por activa para interponer acciones de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política, contempla el derecho constitucional de la agencia oficiosa. En ella se determina que cualquier persona que se encuentre dentro del territorio nacional o se encuentre fuera de él, pueda interponer acción de tutela directamente o por quien actúe en su nombre, mediante un procedimiento preferente, informal y sumario, cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

En consecuencia, la Corte Constitucional¹ ha reiterado que la agencia oficiosa debe ser probada como tal y demostrar que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

En ese sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, “quien actuará por sí misma o a través de representante”.

Igualmente, esta disposición contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

En efecto, el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, dispone:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier 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 acción. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud...”

En ese sentido se pronunció la Corte en Sentencia T-294 de 20042 en la cual reiteró los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, así:

“La Corte ha señalado que dos de los elementos 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 acción de tutela a nombre propio.”

Sobre el particular, esta Corporación, a través de la sentencia T-552 de 2006, consideró que:

“la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte en anteriores oportunidades³, a partir de las normas de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela. Esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) el ejercicio directo de la acción de tutela. (ii) El

ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo, y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso”⁴

De lo anterior se concluye, que la agencia oficiosa es permitida constitucionalmente cuando se manifieste expresamente esa condición y se demuestre que el afectado se encuentra imposibilitado para interponerla.

1. Visto lo anterior, se procederá al análisis de los hechos planteados, en los cuales le corresponde a la Sala establecer si las Entidades Promotoras de Salud accionadas vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes y por tanto, deberá examinar para cada caso (i) si persiste el objeto de la demanda o si, por el contrario, se trata de un hecho superado y, (ii) si la respuesta de las EPS se ajusta a las obligaciones establecidas por esta Corporación en materia de autorización de tratamientos, medicamentos o suministros excluidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo POS.

Dado que los problemas jurídicos que se plantean ya han sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, esta Sala de Revisión reiterará lo dispuesto por la jurisprudencia sobre la materia.

Para analizar y resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará los precedentes constitucionales agrupándolos de la siguiente forma: primero, el carácter fundamental del derecho a la salud; segundo, el derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad; tercero, la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud - POS; cuarto, el acceso a los servicios de salud sometidos a copagos; quinto, el hecho superado por carencia actual de objeto; por último, se analizarán los casos concretos.

1. El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”⁵

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”⁶

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta⁷.

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como “... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”.

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal⁸.

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público⁹, precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.¹⁰

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la Jurisprudencia consideró que el mismo era

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

En esta línea tenemos, por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993¹¹ y T-395 de 1998¹². En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose presa, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

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

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

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

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

En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo establece la sentencia T- 1081 de 200113, cuando dispuso:

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

Posteriormente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 200714, amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que:

“la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.¹⁵

Por último, en la Sentencia T-760 de 2008, la jurisprudencia de esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”¹⁶

En este contexto, estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.”¹⁷

De lo anterior se concluye, que cuando las entidades promotoras de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos excluidos en el POS o POS-S, están vulnerando el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y la tutela es el medio idóneo para su protección¹⁸.

1. Derecho fundamental autónomo a la salud de las personas de la tercera edad.

La Constitución Política señala expresamente en su artículo 13, el deber del Estado de implementar medidas encaminadas a garantizar la efectividad del derecho a la igualdad material. Atendiendo lo anterior, esta Corporación ha considerado a las personas de la tercera edad como un grupo merecedor de una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad.

Al respecto, la Corte ha manifestado:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran¹⁹.”(Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

Esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo²⁰. En ese sentido, la Sentencia T-760 de 2008²¹, expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la protección del derecho fundamental a la salud podría generar excepciones en la aplicación del régimen que se ha establecido en materia de seguridad social, el juez constitucional deberá observar para cada caso concreto, las circunstancias particulares del mismo.

1. La procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS.

Como ya lo habíamos señalado, la Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con

capacidad de pago.

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

El Plan Obligatorio vigente está conformado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, y actualizada mediante el Acuerdo 008 de 200922.

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

Lo anterior quiere decir, que a partir de esta ley, la responsabilidad de las EPS es la de asegurar la prestación de los servicios de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio²³, (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.²⁴

Como quiera que el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, señalando que es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.²⁵

De esa forma la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, relacionado con la procedencia de los medicamentos y procedimientos no POS, que se encuentren expresamente dentro de las normas y los reglamentos antes citados.

Sin embargo, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha ordenado procedimientos por fuera

del POS. Es el ejemplo de la Sentencia SU-480 de 199726, que estudió varios casos de enfermos de VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena ante la negativa de suministrarles inhibidores de proteasa en la calidad y cantidad requeridos, con el fin de mejorar su calidad de vida. En ella la Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social eran de carácter prestacional, y sólo fundamentales en conexidad con el derecho a la vida. Añadió que “En el caso en el que dicho medicamento no esté contemplado en el listado oficial, pero esté de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale, aunque no esté en el listado (...) poner la paciente a realizar trámites administrativos y procedimientos judiciales para acceder al medicamento implica agravarle su estado de salud y por ende, poner en riesgo su vida”²⁷.

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

Es el caso de la Sentencia 1081 de 200128, con ocasión de la acción de tutela adelantada por un señor de 70 años al que su médico le había ordenado cirugía de catarata en el ojo derecho y la EPS se negó a suministrarle el lente intraocular y los medicamentos prescritos debido a que no estaban contemplados en el POS. En ella sostuvo, que “el derecho a la salud en los adultos mayores es un derecho fundamental y autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”.

Igualmente, la Sentencia T-069 de 200529 estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticada sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, le fue ordenada la utilización permanente de audífonos, para lo cual el actor solicitó a la entidad de salud el suministro de los elementos. Sanitas EPS emitió respuesta negativa indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos.

Siguiendo la misma línea de protección, en esa ocasión la Corte afirmó, que:

“la negativa de las entidades de salud en suministrar tratamientos, elementos y

medicamento excluidos del POS a menores de edad, configura una vulneración a derechos fundamentales esenciales, más aún cuando se trata de menores de edad que se encuentran en condición de discapacidad. En esa situación, se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección; “por una parte, por ser un menor de edad, cuyo derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela; y por la otra, por sufrir de una discapacidad, lo que lo hace sujeto de que el Estado, directamente o a través de los medios correspondientes, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta”³⁰.

Posteriormente en la Sentencia T-1331 de 2005,³¹ se analizó el caso de una tutela interpuesta por el esposo de una señora de la tercera edad que sufría de hipertensión arterial, a quien el médico tratante le formuló determinados medicamentos que la EPS negó por cuanto no fueron prescritos por un médico adscrito a esa entidad. En ella, la Corte concedió el amparo de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, al considerar que debido a las características de especial vulnerabilidad de la agenciada por tratarse de un adulto mayor, el derecho a la salud es fundamental y autónomo el cual podía ser amparado por vía de tutela.

Ahora bien, la Corte en la citada sentencia se pronunció sobre el requisito según el cual los medicamentos deben estar formulados por el médico tratante adscrito a la EPS, y en donde el accionante alegó que debieron acudir a un médico particular, toda vez que en la red ofrecida por la EPS, no había la especialidad que requería la agenciada. Como quiera que la EPS no la desvirtuó, el Alto Tribunal Constitucional la dio por acreditada, y señaló que la falta de contratos con médicos especialistas no es justificación para que se omita la prestación de los servicios que requiere el paciente.

Es preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del plan obligatorio de salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico.

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante³²”.

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la Sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de “necesidad” del paciente.

Posteriormente la Corte³³ aclaró, que requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, “requerir con necesidad”. En ella, aclaró el concepto de “requerir”³⁴ y el de “necesidad”. Respecto al primero señaló que se concretaba en que “a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el

interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.³⁵

Este criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008³⁶, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió cuando precisó que:

“toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”³⁷

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.³⁸

Igualmente ha indicado que “una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad.”³⁹

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.⁴⁰

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

de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

En ese orden de ideas se puede concluir, que no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva y que se excluya la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta lo anterior, en principio, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrar los procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos que se requieran, siempre y cuando éstos sean vitales para preservar la salud y la vida en condiciones dignas de las personas.

Ahora bien, qué ocurre cuando se refiere a tratamientos o exámenes que deban suministrarse en el exterior. Para resolver este interrogante, es preciso señalar lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho sobre la materia.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido en casos excepcionales la procedencia de la tutela para ordenar la remisión de pacientes al exterior, siempre que se haya verificado que no exista un tratamiento médico que lo sustituya en el país. Así lo precisó, la sentencia T-395 de 1998⁴¹ cuando señaló que "... las EPS sólo están obligadas dentro del POS a suministrar los procedimientos con la tecnología existente en el país y a suministrar los servicios en salud a precios en moneda colombiana, cuando estén de por medio derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana o la integridad física las EPS estarán obligadas a suministrarlos a la mayor brevedad y sin dilaciones. En tal caso, se les reconoce a éstas el derecho a exigir el reembolso de los gastos y sumas pagadas en exceso cuando dicho tratamiento, procedimiento o medicamento no esté incluido en el POS, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)⁴²".

Posteriormente, en sentencia de unificación SU 819 de 1999⁴³, se estableció que para la procedencia de este tipo de tratamiento o exámenes se requería: “(1) convocar el Comité ad-hoc de Remisiones al Exterior; (2) una decisión favorable de la Junta Médica que debe consistir básicamente en el reconocimiento y el señalamiento preciso de la enfermedad que padece el beneficiario y, (3) la imposibilidad de realizar el tratamiento pertinente en el país.”⁴⁴

Sin embargo a partir de la promulgación de la Ley 508 de 1999, se establece que en casos excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida de las personas, se autorizará la prestación del servicio de salud por fuera del Plan Obligatorio de Salud definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, mediante trámite especial, cualquiera que sea su naturaleza y lugar de realización, en Colombia o en el exterior.

Ahora bien, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-557 de 2000⁴⁵, declaró inexecutable, por vicios de forma, la Ley 508 de 1999, por medio de la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002”. Ello condujo a que la doctrina constitucional sobre la materia que venía sosteniendo esta Corporación hasta antes de la expedición de la Ley 508 de 1999, retomó toda su vigencia, la cual, como antes se reseñó, se circunscribía a que, tratándose de servicios de salud, medicamentos y procedimientos excluidos del POS, las normas legales eran inaplicables cuando estaba de por medio el derecho fundamental a la vida.

En consecuencia, esta Corporación en la sentencia T-1018 de 2001⁴⁶, señaló algunos parámetros en relación con las solicitudes de remisión al exterior que se produzcan en adelante, así:

“Para el otorgamiento de prestaciones en el país o en el exterior por fuera del P.O.S. según las normas legales vigentes, se imponen algunos parámetros que resulta necesario introducir por la propia naturaleza del sistema para evitar así, la desviación de los recursos de la seguridad social, preservar la filosofía y viabilidad del sistema, y garantizar los principios constitucionales de la seguridad, del Estado social de derecho y de la prevalencia del interés general. Parámetros estos que como se anotó en precedencia, ya habían sido señalados e invocados por esta Corte a través de sus diversas Salas de Revisión y de la misma Sala Plena al unificar su jurisprudencia en materia del derecho a la salud (a partir de la sentencia

SU-480/97), pero que ahora deben ser aclarados y precisados a partir de la expedición de la nueva normatividad legal:

a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.

b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999).

c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.

d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.

e) El Ministerio de Salud o, en su caso, la E.P.S. según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.

De esta forma, no corresponde al juez de tutela, dado el carácter excepcional de éste medio de defensa judicial, ordenar que el procedimiento se realice en una u otra institución, sino que, ante la inexistencia de otro medio de protección de carácter judicial, o frente a una situación de perjuicio irremediable que exija un amparo inmediato para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la persona, se lleve a cabo en caso de existir oferta y de cumplirse las condiciones ya señaladas y las que dentro de su competencia corresponda definir al Consejo Nacional de Seguridad Social. Entonces, el juez de tutela deberá siempre consultar los términos y condiciones en que el procedimiento se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales del usuario.

f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-

Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita.

g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.

h) Se debe dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales.

i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.

j) Todos los procedimientos o exámenes que se puedan realizar en Colombia deben respetar el principio de la territorialidad del sistema.”

1. Suministro de pañales, sillas de ruedas y demás elementos esenciales para tener una vida en condiciones dignas.

Esta Corporación ha indicado además, que en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, precisen del suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas, deberán proveérsele por parte de la EPS que le brinda el servicio de salud, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS.

De manera que, es menester resaltar que este Tribunal a través de su jurisprudencia ha estudiado en varias oportunidades el tema del suministro de pañales, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse strictu sensu como un servicio médico, se trata de un elemento indispensable para la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, que debe ser facilitado aunque no allegue al expediente formula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba el suministro del mismo⁴⁷.

Ejemplo de ello, en sentencia T-595 de 1999 la Corte señaló lo siguiente:

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

En el presente caso, el juez de instancia sólo realizó el examen sobre la salud de la paciente, y concluyó que la negativa de la entidad, al no poner en peligro la salud o la vida de la señora Aldana, no violaba sus derechos fundamentales, y, por consiguiente, había que denegar la tutela.

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

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

Igualmente, esta Corporación ha estimado que cuando se trate de personas de la tercera edad quienes son consideradas como un grupo de especial protección constitucional, el Estado deberá garantizar el acceso a la prestación de los servicios de salud que requieran con necesidad, indicando que:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”⁴⁸.

Siguiendo los anteriores derroteros, en la sentencia T-437 de 201049, la Corte concedió el amparo a una persona de la tercera edad que había sufrido un accidente cerebro vascular que le ocasionó una parálisis cerebral, y requería el suministro de pañales desechables pero carecía de orden médica que los prescribiera, bajos los siguientes argumentos:

“En el caso sub examine, encuentra la Sala que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción y se proteja el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, por las siguientes razones:

1. Se encuentra demostrado que la persona a favor de quien se interpone la acción, pertenece a la tercera edad (84 años) y padece de parálisis general como consecuencia de un accidente cerebro vascular. De esta manera, en la historia clínica adjunta al expediente

de tutela, se indica que: el paciente refiere antecedentes de ACV en 2 ocasiones, y refiere incontinencia urinaria, no controla esfínteres, y gran limitación funcional para realizar actividades físicas además porque presenta insomnio y decaimiento. (SIC)

En atención a lo anterior, se infiere que el señor José de Jesús Posada requiere de la utilización de pañales desechables para sobrellevar sus enfermedades. Por ello, para esta Sala resulta claro que la negativa de la Nueva E.P.S. de suministrar tales elementos, vulnera su derecho constitucional fundamental a la salud y a la vida digna.

2. Si bien, en estricto sentido es indudable que en este caso no se trata de la negación de un medicamento que esté fuera del P.O.S. si se refiere, tal como se dijo en los precedentes de este fallo, de la negativa del suministro de unos elementos (pañales y guantes desechables) que tienen incidencia en la salud y la vida digna del progenitor de la peticionaria.

3. Por otra parte, si bien es cierto que en el expediente de tutela no obra fórmula médica que permita precisar que al señor José de Jesús Posada le haya sido prescrito la utilización de pañales por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., tal y como se señaló en el numeral anterior, de la historia clínica del paciente se deduce la necesidad de utilizar pañales desechables y guantes desechables dadas las características de las patologías presentadas”.

“Ahora bien, como quiera que en decisiones anteriores esta Sala ha ordenado el suministro de prestaciones sin una orden médica⁵⁰ y que en el caso concreto el señor Luis Eduardo Rivera Cortés presenta una PARÁLISIS CEREBRAL y sufre de EPILEPSIA PARCIAL DE DIFÍCIL CONTROL lo que produce, como es evidente y notorio, una INCONTINENCIA URINARIA y su IMPOSIBLE MOVILIZACIÓN esta Sala le ordenará a la EPS Cruz Blanca que le suministre (i) los PAÑALES DESECHABLES necesarios para mantenerlo en condiciones higiénicas, (ii) el SERVICIO MÉDICO DOMICILIARIO y (iii) LA ENTREGA DE LOS MEDICAMENTOS REQUERIDOS POR EL PACIENTE EN SU DOMICILIO.”

Bajo los supuestos jurisprudenciales señalados, este Tribunal ha contemplado que cuando una persona de la tercera edad requiere el suministro de pañales desechables con el fin de salvaguardar su dignidad humana, éstos deberán entregarse como un elemento no POS que puede ser recobrado con cargo a los recursos del Estado⁵¹.

Sobre este último aspecto esta Corporación ha sido enfática en señalar que:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar”⁵²

Y por último, frente a los sujetos de especial protección, la Corte reiteró su jurisprudencia en la Sentencia T-1024 de 2010⁵³, en la que la accionante solicitaba que la EPS cubriera los implementos, como silla de ruedas, pañales desechables, sondas de Netalón mensuales, guantes estériles, entre otros, para su madre de 82 años que presentaba paraplejía y por su avanzada edad no controlaba esfínteres. La Corte en esta ocasión confirmó que el derecho a la salud es fundamental para todo ciudadano no sólo para determinados grupos⁵⁴: “la fundamentalidad de los derechos no depende - ni puede depender - de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.”

En la misma sentencia señaló, que una entidad de salud violaba el derecho si se negaba a autorizar un servicio que no estuviera incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requería con necesidad, como ocurría en el caso concreto, en el que se logró acreditar la falta de capacidad económica para acceder a todos los implementos médicos necesarios que garantizaran una vida digna a la madre de la accionante⁵⁵.

Ahora bien, teniendo en cuenta las citadas circunstancias, es preciso concluir que la Corte

permite un margen de apreciación mucho más amplio, en orden a proteger efectivamente el derecho a la salud de aquellas personas que requieren con necesidad el suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas aun cuando no aparezcan incluidos dentro del POS.

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

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

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

Los pagos moderadores pueden ser de dos tipos: (i) de los afiliados cotizantes, los pagos moderadores sólo pueden ser aplicados con el objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema; (ii) y de los beneficiarios, tales son pagos que se le aplicarán para complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS.⁵⁶

La Corte Constitucional ya había tratado el concepto de pagos moderadores como concepto genérico que incluye las distintas categorías de pagos que se realizan en el sistema. Así en sentencia T-973 de 200657 señaló:

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

moderadoras y iii) deducibles”⁵⁸

Uno de los principales motivos por el que las personas afiliadas o beneficiarias del régimen contributivo se ven obligadas a realizar pagos en el contexto del servicio de salud, es por requerir el tratamiento de enfermedades de alto costo que estén sujetas a un período mínimo de cotización.⁵⁹ La ley 100 de 1993, luego de aclarar que en el Sistema de Seguridad Social en Salud las EPS no pueden aplicar preexistencias, establece que el acceso a la prestación de algunos servicios de salud de alto costo para quienes se afilien al sistema, podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización.⁶⁰ Cuando una persona no cumpla con los períodos mínimos de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con la capacidad socioeconómica de la persona.⁶¹ Esta regla se reproduce en los mismos términos en la reglamentación,⁶² aunque en ella se añade un criterio de justicia adicional para determinar el monto del pago por no haber cotizado el período mínimo, a saber, el porcentaje de tiempo que falte cotizar.⁶³

La Corte Constitucional mediante sentencia C-542 de 1998 declaró exequible el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, salvo la expresión “y la antigüedad de afiliación en el Sistema”. Sin embargo, la constitucionalidad fue condicionada, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar los pagos moderadores o controvierte la validez de su exigencia, “el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes”.

El Acuerdo 260 de 2004, desarrolló la disposición contemplada en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, estableciendo definiciones más precisas de los tipos de ‘pagos moderadores’ que pueden existir. En primer lugar, el Acuerdo establece que el objeto de las ‘cuotas moderadoras’ es ‘regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso’, de tal suerte que se esté ‘promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS.’⁶⁴ En segundo lugar, señala que los ‘copagos’ son ‘aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado’ cuya finalidad es ‘ayudar a financiar el sistema’.⁶⁵ La norma también aclara que el primer tipo de pagos moderadores –cuotas moderadoras– son para afiliados y beneficiarios, mientras que el segundo tipo –copagos–, son exclusivamente para los beneficiarios.⁶⁶

La regulación indica que los montos de los pagos moderadores deberán definirse con base en 'el ingreso base de cotización del afiliado cotizante', advirtiendo que si existe más de un cotizante por núcleo familiar, el cálculo se hará con base en 'el menor ingreso declarado'.⁶⁷ Adicionalmente, establece que los pagos moderadores (tanto las cuotas moderadoras como los copagos) deben 'aplicarse' de acuerdo con los principios de (i) equidad,⁶⁸ (ii) información al usuario,⁶⁹ (iii) aplicación general (de no discriminación),⁷⁰ y (iv) de no simultaneidad.⁷¹

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

No podrán someterse a copagos (1) "servicios de promoción y prevención" (2) "programas de control en atención materno infantil" (3) "programas de control en atención de las enfermedades transmisibles" (4) "enfermedades catastróficas o de alto costo"; (5) "la atención inicial de urgencias" (6) "los servicios enunciados en el artículo precedente"⁷³

En el momento de la prestación de los servicios de salud,⁷⁴ las instituciones encargadas deben tener en cuenta, que en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.⁷⁵ Para la Corte, la falta de capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a "acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación".⁷⁶

La Corte Constitucional en la sentencia SU-225 de 1998⁷⁷, decidió confirmar un fallo de instancia en el que se había tutelado el derecho a la salud de un menor, y se había ordenado al Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social, y a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá D.C. que, en el término de 48 horas, 'se apersonen de la situación que se ha planteado respecto de la población infantil de la zona de Puente Aranda de esta ciudad, disponiendo lo necesario para que de inmediato se procese el estudio pertinente que conlleve a que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis'. En esta oportunidad, se consideró que de acuerdo con la jurisprudencia, que el juez constitucional "puede conceder la tutela de un derecho prestacional, siempre que se compruebe un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante

su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.”

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

En la sentencia T-811 de 200678, la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la Ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que “las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación.” En este caso la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada de prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.

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

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

1. Hecho superado por carencia actual de objeto.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la figura del hecho superado se

origina, cuando la afectación al derecho fundamental invocado desaparece. Al respecto en la sentencia SU-540 de 200779, esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“Si lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela, siempre y cuando, se repite, suceda antes de proferirse el fallo, con lo cual la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío”.

Frente a estas circunstancias, la citada sentencia ha entendido que:

“el hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela”⁸⁰.

Visto lo anterior se concluye, que cuando aparezcan hechos durante el trámite de una acción de tutela que demuestren que la vulneración a los derechos fundamentales ha cesado, la Corte ha entendido⁸¹ que el reclamo ha sido satisfecho y, en consecuencia, la tutela pierde cualquier razón y condición de eficacia.

1. SOLUCIÓN DE LOS CASOS CONCRETOS.

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

1. EXPEDIENTE T- 3.361.160

En el presente caso, la señora Letty Hernández de Gamba, es una persona de la tercera edad - 63 años-, y se encuentra cotizando al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y por tanto, afiliada a la EPS U.T Medical-Colombiana de Salud, con quien se contrató la prestación del servicio médico asistencial.

De acuerdo con su historia clínica, se encuentra probado que en el mes de julio de 2011 fue intervenida quirúrgicamente de cáncer de mama izquierda en el Instituto Nacional de Cancerología.

Igualmente está demostrado dentro del proceso que el 16 de agosto de 2011, la accionante asistió a una consulta particular al Centro de Investigación Clínica y Molecular en Cáncer, FICMAC, donde el Médico Internista Oncólogo Clínico, hizo una evaluación donde le fue recomendada la práctica de un examen de diagnóstico denominada Oncotype Dx 21. Posteriormente, el Instituto Nacional de Cancerología expide el día 9 de septiembre de 2011, una orden médica donde se le formuló el examen de Oncotype Dx 21.

La accionante solicitó la práctica de la prueba a la U.T Medical-Colombiana de Salud, quien la negó al considerar que ello corresponde a un procedimiento definido como Oncotype DX, que se trata de una prueba genética de 21 genes que determina el riesgo de recurrencia a diez años.

Respecto a la prestación de servicios excluidos del POS, específicamente exámenes o pruebas en el exterior, la Corte ha dicho que uno de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para que sea exigible es que el “medicamento o tratamiento ... 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.”⁸²

Igualmente, la sentencia 1018 de 200183, entre otros parámetros fijados para estos eventos, señaló que es procedente cuando se cumple:

“a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.

b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999).”

Ahora bien, la sentencia T-597 de 200184 señala que lo primero que se debe determinar si el tratamiento es un sustituto que preste un “nivel de eficacia adecuado para preservar el mínimo vital del paciente”⁸⁵. Para ello, ha dicho la sentencia que:

“Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación. Esta acreditación proviene por lo general de dos fuentes distintas. Por una parte, existe una forma de validación informal, que lleva a cabo la comunidad científica y por otra, una validación formal, expedida por entidades especializadas en acreditación, que pueden ser internacionales, gubernamentales o privadas. Dentro de estos procesos de acreditación científica se estudian tanto las explicaciones analíticas de los procedimientos, como los resultados empíricos, es decir, se evalúa la forma de medición estadística de la efectividad de los resultados del respectivo tratamiento. Por definición, los tratamientos médicos experimentales son aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.

10. El margen de incertidumbre respecto de la efectividad de un procedimiento experimental impide que se lo pueda considerar como un sustituto de procedimientos terapéuticos acreditados, pero excluidos del Plan Obligatorio de Salud. El derecho a la salud, y específicamente el acceso al servicio de recuperación de la salud, implican que las personas tengan acceso a aquellos servicios de salud cuyo nivel de efectividad sea determinable. Ello significa que un tratamiento considerado experimental, o que no haya sido aceptado por la comunidad médica como una alternativa terapéutica válida para una

determinada afectación de la salud, no resulta aceptable ni es susceptible de financiación con cargo a los recursos del sistema.

(...)

Si los procedimientos experimentales excluidos del POS no pueden desplazar a los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, es precisamente porque no están acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud. De tal forma, esta limitación impuesta a los servicios que el sistema debe cubrir es también una garantía para los usuarios, que les permite tener un nivel adecuado de certeza respecto de la eficacia de los procedimientos médicos. Esta garantía está encaminada a asegurar que los servicios les permitan recuperar su salud con un nivel de eficacia conocido y aceptable científicamente. Así, un correcto entendimiento del derecho de acceso a los servicios de recuperación de la salud implica que un procedimiento experimental no puede sustituir, en ningún caso, a otro acreditado como alternativa terapéutica válida.”

El juez de primera instancia negó el amparo al considerar que el procedimiento definido como Oncotype DX 21, no fue prescrito por el médico adscrito a la EPS, sino por el contrario, se hizo a través de consulta particular. En tanto, el Juez de segunda instancia amparó el derecho vulnerado, y que si bien, no ordenó la práctica del examen, sí recomendó que la solicitud debe ser discutida en junta médica especializada con el fin de determinar, si es procedente ordenar la prueba solicitada y si la misma se trata de una alternativa de solución definitiva a la patología que padece la accionante y, si no existen otros medios para tratar su enfermedad.

Por otra parte, la entidad demandada aseguró que esa prueba hace parte de los exámenes de avanzada los cuales no se realizan en Colombia y que se basan en probabilidades de recidivas, y para el manejo de cáncer de mama, estos diagnósticos “... no son cruciales para definir el manejo que hasta el momento se le viene dando a la paciente...”.

Del análisis del caso se infiere, teniendo en cuenta la historia clínica de la señora Hernández, que las entidades accionadas le han brindado un tratamiento integral teniendo en cuenta la gradualidad en la aplicación o realización de los procedimientos o tratamientos médicos, los exámenes previos, y la evolución de la patología que padece.

Por lo tanto, considera la Sala que no es procedente el amparo del derecho invocado referente a la práctica del examen definido como Oncotype DX 21, en razón de su carácter experimental. En su defecto, la Sala considera procedente ordenar a la EPS U.T Medical-Colombiana de Salud, para que a través de una Junta Médica de Especialistas en Oncología, determine la efectividad del procedimiento, consultando los términos y condiciones en que se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales de la accionante. Así como también, determinar si el mismo procedimiento o uno similar, se surte en el Territorio Nacional, para que sea ordenado a la señora Letty Hernández de Gamba.

1. EXPEDIENTE T-3.417.839.

En el presente caso, la señora Rosa María Grijalba Guzmán, actúa como agente oficiosa de su madre Belia del Socorro Guzmán Sierra, quien es una persona de avanzada edad - 80 años - y padece de Alzheimer, por lo que se encuentra en imposibilidad de promover por sí misma la tutela.

En esas circunstancias, la Sala encuentra que existe legitimación en la causa por activa, pues se demostró que la accionante es la hija de agenciada, quien actuó en su representación, situación que se encuentra enmarcada de acuerdo a lo dispuesto en el aparte de fundamentos generales de esta providencia.

Respecto al suministro de elementos como son los pañales, si bien no cabe duda de que aquellos no pudieran entenderse como servicios médicos strictu sensu, la Corte advierte que dichos elementos inciden propia y directamente en la salud y la vida digna del agenciado.

En el caso sub examine, considera la Sala que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción de tutela y se protejan los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la agenciada, por las siguientes razones:

Se encuentra demostrado que la persona en favor de quien se interpone la acción de tutela: (i) tiene ochenta (80) años de edad y pertenece a la tercera edad⁸⁶, por lo cual es considerada como un sujeto de especial protección constitucional; (ii) padece de la enfermedad degenerativa de Alzheimer y (iii) carece de recursos económicos para sufragar el

costo de los elementos requeridos para su patología.

1. Se encuentra plenamente demostrado que la señora Belia del Socorro Guzmán Sierra, pertenece a la tercera edad y padece de Alzheimer, enfermedad de carácter degenerativo que le impide controlar sus esfínteres, como se puede comprobar de la historia clínica que aportó al proceso.

De esa manera y al no poder valerse por sí misma para controlar sus necesidades primarias, este elemento se convierte para la agenciada en algo esencial para sobrellevar su enfermedad, sin los cuales, la salud y la vida digna de la madre de la peticionaria se ven afectados. En esas circunstancias, resulta claro que la negativa de la EPS Saludtotal de suministrar los pañales que requiere, vulnera sus derechos fundamentales.

1. Ahora bien, respecto al hecho de no presentar fórmula médica expedida por un médico adscrito a la EPS Saludtotal, que indicara que a la agenciada se le hubiese prescrito pañales desechables, es preciso señalar que de su historia clínica se evidencia la necesidad de utilizar éste elemento dada las características de la patología que presenta.

Esta Corporación desde sus inicios se ha pronunciado sobre el tema, en especial en la Sentencia T-099 de 1999, donde tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una persona perteneciente a la tercera edad que sufría de incontinencia urinaria ocasionada por una disfunción cerebral y a quien la entidad demandada le había negado el suministro de pañales desechables bajo el argumento de que se encontraban excluidos del POS. En esa oportunidad consideró que tal determinación, tornaba indigna la existencia del paciente, por cuanto no le permitía el goce de una óptima calidad de vida.

Sobre el particular dijo este Tribunal:

“En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le

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

En resumen, a pesar de que los pañales desechables no fueron prescritos por un médico adscrito a la EPS Saludtotal, la enfermedad que padece la agenciada hace evidente la necesidad de utilizarlos y que la no entrega de ellos no compromete su derecho a la vida, si es un obstáculo para desarrollar una vida en condiciones dignas⁸⁷.

1. Respecto al último requisito, es preciso tener en cuenta que la señora Rosa María Grijalba Guzmán, es una persona que no cuenta con los recursos económicos para sufragar el costo que le genera la enfermedad de su progenitora que cada día requiere de más cuidados, y la adquisición periódica y constante de elementos como son los pañales desechables, afecta en forma desproporcionada su capacidad económica y se constituye en una carga que no podría soportar de manera continua, so pena de afectar el derecho al mínimo vital de su núcleo familiar.

A la luz de estas consideraciones, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena, el día 14 de octubre de 2011, confirmado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, Bolívar, y en su lugar, concederá el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Belia del Socorro Guzmán Sierra. En consecuencia, ordenará a la EPS Saludtotal, el suministro de los pañales desechables requeridos por la agenciada.

1. EXPEDIENTE T-3.423.332

El señor Manuel Aguilar Leguizamón, en calidad de cuñado del señor Pedro Leoncio Páez

Ibáñez, como así lo expresa en el escrito de la tutela, actúa como agente oficioso de éste, quien por padecer de un “linfoma no hodgkin, con síndrome de lesión medular completa nivel neurológico T10 bilateral”, depende de él en su totalidad para realizar todas sus necesidades y sus traslados, razón por la cual se encuentra imposibilitado para promover la tutela por sí mismo.

La Corte ha reiterado que un tercero podrá actuar como agente oficioso sin que medie poder para el efecto, en los casos en que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio, siempre que esta circunstancia se exprese en el escrito de la tutela⁸⁸. Razón por la cual, la Sala considera que el señor Aguilar se encuentra legitimado en la causa por activa para interponer la acción de amparo a favor de su cuñado.

Ahora bien, en el presente caso la Sala encontró que se configuran los elementos indispensables para que se conceda la presente acción, toda vez que:

1. Se encuentra demostrado que el señor Pedro Leoncio Páez Ibáñez, cuenta con 50 años de edad, y que según su historia clínica le fue diagnosticado cáncer en el páncreas comprometiendo la médula, y contrario a lo que manifiesta el juez en su decisión, la Sala considera que la EPSS Emdisalud, al no autorizarle la entrega de una silla de ruedas, se encuentra violando el derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas al agenciado, teniendo en cuenta que se trata de un elemento vital para el tratamiento de su enfermedad.

En efecto, en la Historia Clínica del señor Páez se encuentra registrado que la ausencia de los procedimientos e insumos ordenados pueden generar riesgo inminente de muerte o alteración de la salud del paciente, por “MAYOR DETERIORO FUNCIONAL, DESFORMIDADES ESTRUCTURALES QUE GENERAN MAYOR DISCAPACIDAD FUNCIONAL Y COMPLICACIONES MÉDICAS”

En esas circunstancias, para esta Sala resulta claro que la negativa de la EPSS en el suministro de la silla de ruedas, vulnera los derechos fundamentales del agenciado, toda vez su no utilización repercute directamente en el deterioro de su salud.

1. En el expediente de tutela consta que la silla de ruedas con las especificaciones de la misma, fueron ordenados por su médico tratante adscrito a la EPSS a través del Instituto Nacional de Cancerología, así como también se le ordenó “ortesis tobillo pie con alineación de cuello de pie a 90º forrada en caucho espuma para ambos pies”.

Igualmente consta que la EPSS, a través del Comité Técnico Científico autorizó éste último elemento más no la silla de ruedas, al argumentar que ésta no se encontraba dentro del POSS. Sin embargo, el juez de instancia niega el amparo, pese a que, tanto el Instituto Nacional de Cancerología como la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, coinciden en que los servicios que requiere el paciente deben ser brindados por la EPSS Emdisalud, toda vez que el procedimiento prescrito por el médico tratante está contenido en la cobertura del POS, de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011 de la C.R.E.S..

1. Respecto al último requisito, para la Sala es claro que se trata de una persona de escasos recursos, perteneciente al régimen subsidiado en salud, quien tiene su familia en el campo y se encuentra en la ciudad de Bogotá al cuidado y dependencia económica de su cuñado.

Si bien la accionante no aporta prueba dentro del proceso que demuestre su insolvencia económica, debe tenerse como cierta su afirmación teniendo en cuenta que ninguna de las entidades probó lo contrario y en esta medida se tutelarán los derechos del beneficiario de esta acción.

1. Ahora bien, respecto a la exoneración de las cuotas moderadoras, el peticionario sostiene que como quiera que el cáncer de páncreas que padece es progresivo, y la ley cubre los gastos de las patologías de alto costo como en el caso presente, solicita que sea exonerado del pago de los copagos y/o las cuotas moderadoras.

Al respecto, la Corte en sentencia T-158 de 200889, ha sostenido:

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

Como ya se dijo, el paciente es una persona de escasos recursos que padece de cáncer de páncreas, situación que le imposibilita trabajar limitándolo a una dependencia económica que puedan brindarles sus familiares. Para la Sala es claro, Pedro Leoncio Páez, tiene el derecho constitucional a no ser excluido del servicio de salud que requiera, y mucho menos condicionar la prestación de ese servicio al pago previo de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas, por lo tanto la Sala procederá a ordenar su exclusión del pago de las cuotas moderadoras en razón del servicio de salud que requiera.

Al tenor de estas consideraciones, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el 24 de febrero de 2012 y, en su lugar, concederá el amparo del derecho a la salud y a la vida del señor Pedro Leoncio Páez Ibáñez. En consecuencia, ordenará a la EPSS Emdisalud para que le sea suministrada la silla de ruedas con las prescripciones ordenadas por el médico tratante, y sea excluido del pago de las cuotas moderadoras en razón del servicio de salud que requiera.

1. EXPEDIENTE T-3.427.480

En este último caso, el señor Leónidas Vásquez Tamayo, es una persona de la tercera edad - 65 años -, quien solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna en persona con discapacidad auditiva, a la integridad personal, a la seguridad social y a la integridad física, por cuanto la EPS Saludcoop no le autorizó el suministro de unos audífonos digitales más controles, ordenados por su médico tratante y que requiere con urgencia.

Dentro del expediente se encuentra probado que se sometió a una prueba de audiometría, la cual arrojó el diagnóstico de “hipoacusia neurosensorial bil, leve ad, caída mayor en agudos aí con hipoacusia neurosensorial moderada”, donde le ordenaron el medicamento Prazosina Clorhidrato, prescrito por el médico general de la EPS.

Igualmente se observa que en febrero de 2011, el médico especialista en otorrinolaringólogo de la ciudad de Pereira, Risaralda, le prescribió audífonos digitales y los respectivos controles como consecuencia del diagnóstico “hipoacusia descrita, determinándose campo dinámico y selección de audífono”, como solución a su problema auditivo.

Ante lo anterior, realizó la respectiva autorización ante la EPS Saludcoop, quien se ha negado aduciendo que en el momento no tienen esa referencia.

Vista la situación que le estaba afectando su calidad de vida y sin tener los recursos económicos para proveerse de los audífonos, presentó la acción de amparo la cual se decidió como hecho superado por el juez de tutela, al considerar que la EPS Saludcoop cumplió con el servicio del suministro de los Audífonos RIC series S11, con la orden 68803819 del 12 de septiembre de 2011, y por lo tanto, desapareció el motivo de la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

En el caso que se analiza, la Sala considera que se presenta la figura de hecho superado por carencia actual de objeto, toda vez que:

Esta Corporación⁹⁰ ha reiterado que cuando el hecho que originó la acción de amparo se ha superado y/o no existe objeto jurídico a proteger, se configura la carencia actual de objeto, la cual puede darse por un hecho superado o por daño consumado.

La figura se presenta en el primero de los casos, cuando la acción de tutela que busca proteger un derecho fundamental pierde su eficacia por cuanto el supuesto hecho generador de la violación, desaparece, conjurando de esta forma el perjuicio y, en consecuencia, la intervención del juez constitucional se hace inocua, dado que la vulneración o amenaza cesa.

La jurisprudencia de la Corte ha sostenido, que cuando la vulneración cuyo amparo se solicita, ha sido resuelta antes del pronunciamiento por parte del juez, “no tendría sentido

cualquier orden que pudiera proferir esta Corte con el fin de amparar los derechos del accionante, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia.”⁹¹

Situación diferente en el evento de configurarse la carencia actual del objeto por daño consumado, “situación en la cual supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela.”⁹²

Cuando se presenta este evento, el juez constitucional debe pronunciarse con el fin de determinar el alcance del derecho fundamental del cual se había solicitado el amparo, así como de informar sobre las acciones idóneas para buscar la reparación del daño a quienes tengan interés en ello, de igual forma le asiste la obligación al juez de compulsar copias para su investigación.

En el caso presente, la EPS Saludcoop le suministró al señor Leónidas Vásquez Tamayo audífonos RIC series S11, los cuales no cumplían con las especificaciones ordenadas por su médico tratante, por lo que solicitó al juez de tutela, se impartiera la orden para que le fuera autorizado los audífonos digitales y los respectivos controles como solución a su problema auditivo, los cuales requería con urgencia.

Ésta Sala de Revisión se comunicó con el señor Leónidas Vásquez Tamayo vía telefónica, quien informó que la EPS Saludcoop le autorizó y entregó los audífonos requeridos y ordenados por el especialista, y que a la fecha se encontraba a satisfacción.

En consecuencia, al comprobar que no existe en la actualidad un derecho fundamental a tutelar, considera esta Corporación que se ha presentado la figura de carencia actual de objeto por hecho superado, pues la situación de vulneración ha cesado.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR los fallos de instancia proferidos por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Tunja del 28 de octubre de 2011 y por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja del 5

de diciembre de 2011, dentro del proceso T-3.361.160, y en su lugar, declarar improcedente el amparo del derecho invocado por la señora Letty Hernández de Gamba, referente a la solicitud de práctica del examen definido como Oncotype DX 21, por las razones expuestas en la presente sentencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a la EPS U.T Medical-Colombiana de Salud, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, realice una Junta Médica de Especialistas en Oncología, para que determine la efectividad del procedimiento, consultando los términos y condiciones en que se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales de la señora Letty Hernández de Gamba. Así como también se determine si el mismo procedimiento o uno similar, se surte en el Territorio Nacional, para que sea ordenado a la señora Letty Hernández de Gamba.

TERCERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena, el día 14 de octubre de 2011, confirmado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, Bolívar, dentro del proceso T- 3.417.839 y en su lugar, concederá el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Belia del Socorro Guzmán Sierra, por las razones expuestas en la presente sentencia.

CUARTO.- En consecuencia, ORDENAR a la EPS Saludtotal, que autorice dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, el suministro de los pañales desechables requeridos por la señora Belia del Socorro Guzmán Sierra.

QUINTO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el 24 de febrero de 2012 dentro del expediente T- 3.423.332 y, en su lugar, concederá el amparo del derecho a la salud y a la vida del señor Pedro Leoncio Páez Ibáñez, por las razones expuestas en la presente sentencia.

SEXTO.- En consecuencia, ORDENAR a la EPSS Emdisalud, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, suministre la silla de ruedas que requiere el señor Pedro Leoncio Páez Ibáñez, con las prescripciones ordenadas por el médico tratante y se excluya de la cancelación de los copagos que le están siendo

cobrados y de los futuros que puedan ser causados, para acceder a los servicios médicos.

SÉPTIMO.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Pereira, Risaralda, del 23 de febrero de 2012, presentado por el señor Leónidas Vásquez Tamayo por la configuración de carencia de objeto por hecho superado, por las razones expuestas en la presente sentencia.

OCTAVO.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-845 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

3 Sentencia T-531 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

4 Sentencia T-552 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

5 Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

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

7 Constitución Política, art. 13.

8 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

9 Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

10 Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

12M.P. Alejandro Martínez Caballero.

13 M.P. Marco Gerardo Morroy Cabra.

14 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

15 Esta propuesta teórica fue inicialmente expuesta en sentencia T-573 de 2005 y posteriormente desarrollada en sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

16 Sentencia T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

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

19 Sentencia T-540 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Sentencia T-096 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

21 Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

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

24 Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

25 Sentencia T-775 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monrroy Cabra.

26 MP. Alejandro Martínez Caballero.

27 SU480 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero.

28 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

29 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

31 Humberto Antonio Sierra Porto.

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

33 Sentencia T-760 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

34 Sentencia T-1204 de 2000, se ordenó a Colmena Salud EPS realizar el servicio requerido,

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

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

36 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

37 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

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

41 MP. Alejandro Martínez Caballero.

42 Ver entre otras, las siguientes sentencias: T-165 de 1995, T-645 de 1996, T-304 de 1998 y T-395 de 1998.

43 MP. Álvaro Tafur Galvis.

44 Sentencia SU 819 de 1999 MP. Álvaro Tafur Galvis.

45 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

46 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

47 Ver sentencias: T-099 de 1999, T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-965 de 2007, T-202 de 2008, T-437 de 2010, entre otras.

48 Sentencia T-540 de 2002 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

49 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

50 Ver sentencia T-975 de 2008, en la que este Tribunal ordenó el suministro de PAÑALES

DESECHABLES a una menor que sufría de INCONTINENCIA, sustentando su decisión en que tal padecimiento es un hecho notorio que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro de los insumos que se solicitaban ante la Entidad Promotora de Salud.

51 Al respecto, la sentencia T-760 de 2008 precisó que: “cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.”

52 Sentencias: T-223 de 2006, T-933 de 2009, T-126 de 2010 y T-786 de 2010.

53 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

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

56 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993.

57 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

59 De acuerdo con el Decreto 1938 de 1994, Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994, período mínimo de cotización '[e]s el tiempo que transcurre entre el momento de la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y el inicio de la atención para ciertas enfermedades de alto costo en su manejo, que sean demostrables por algún medio diagnóstico, que el afiliado conozca de su existencia, o que se demuestre su existencia por la historia clínica, la anamnesis o el examen del paciente.'

60 Artículo 164 de la Ley 100 de 1993.

61 Artículo 164 de la Ley 100 de 1993.

62 El artículo 61 del Decreto 806 de 1998 regula los 'períodos mínimos de cotización' al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo.

63 El artículo 61 del Decreto 806 de 1998 advierte en el primer inciso de su párrafo que 'cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.'

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

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

66 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 3°. 'Aplicación de las cuotas moderadoras y copagos.

67 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 4°. 'Ingreso base para la aplicación de las cuotas moderadoras y copagos.

68 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (1) 'Equidad. Las cuotas moderadoras y los

copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.’

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

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

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

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

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

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

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

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

78 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

79 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

80 Sentencia SU-540/07 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

81 Ver sentencias: T-281 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1314 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-552 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1111 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-429 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas.

82 SU 819 de 1999 MP. Álvaro Tafur Galvis.

83 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

84 MP. Rodrigo Escobar Gil.

85 Sentencia SU 819 de 1999 MP. Álvaro Tafur Galvis.

86 Artículos 5 y 7 de la Ley 1276 de 2009.

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

88 Sentencia T-294 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

89 MP. Rodrigo Escobar Gil.

90 Ver sentencia T-612 de 2009.

91 Ver sentencias T - 695 de 2009, T-634 de 2009, T-612 de 2009, T-170 de 2009, T-167 de 2009, T-309 de 2006 entre otras.

92 Ver sentencia T-612 de 2009.