

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Suministro de vacunas por la EPS

JUSTICIABILIDAD DE PRESTACIONES EXCLUIDAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Criterios para la procedencia de tutela

En relación con la justiciabilidad de las prestaciones contenidas en el Plan Obligatorio de Salud que son negadas por las entidades del sistema, la Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud (derecho fundamental autónomo) como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo. En estos casos, para que a través de la acción de tutela sea procedente el estudio de fondo de una presunta vulneración, no sería necesario probar la conexidad con otro derecho de carácter fundamental (vida o mínimo vital). En segundo lugar, y en el marco de la justiciabilidad de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la Corte ha establecido los siguientes criterios para la procedencia de la acción de tutela: (i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal o la dignidad del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, 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; (iii) que el paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y 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 (iv) 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 demandante

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION

La Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud

tienen el carácter de derecho fundamental autónomo.

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SALUD-Regla de incapacidad económica/PRINCIPIO DE EQUIDAD EN SALUD-Es necesario para garantizar accesibilidad económica/PRINCIPIO DE EQUIDAD EN SALUD-Casos en que resulta irrazonable conceder prestaciones médicas

Esta doctrina internacional es relevante para la solución del presente caso porque resalta como el principio de equidad en salud es necesario para garantizar la accesibilidad económica. De allí que sea irrazonable conceder prestaciones médicas, por medio del amparo constitucional, en casos donde (i) las entidades del sistema no tienen la obligación de suministrar la prestación, (ii) esta inexistencia de obligación de la entidad está justificada constitucionalmente y (iii) el afiliado puede asumir el respectivo costo. La exigencia de incapacidad económica para que sea procedente la acción de tutela respecto a prestaciones no contempladas en el P.O.S., busca realizar el principio de solidaridad en armonía con el principio de igualdad. El principio de solidaridad en salud constituye un importante criterio para el control de constitucionalidad de normas relativas a la salud y en la toma de decisiones sobre casos de tutela. Es, además, un requisito que subyace a las cargas que deben asumir quienes cuentan con capacidad de pago y pertenecen al régimen contributivo.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SALUD-Límites

Ha dicho la Corte que no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de los demás. Es un principio que se activa y se torna vinculante para las personas e instituciones, especialmente cuando de por medio está la salud y la vida de los individuos, sobre todo de aquellos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, aspecto que debe ser analizado en el caso concreto. En este orden de ideas, la activación del principio de solidaridad responde, frente al suministro de prestaciones excluidas del P.O.S., a un criterio de intervención subsidiaria, cuando el propio afiliado no puede asumir, por razones que son objeto de relevancia constitucional, la carga que el sistema le ha impuesto. Esta precisión exige tener presente que la realización del derecho a la salud responde a una cadena de

obligados concurrente. En los casos de incapacidad económica, la cadena de obligados conduce a la familia del afiliado, razón por la cual el juez de tutela debe verificar que esta no pueda asumir la carga. Cuando ello ocurre, se activa el principio de solidaridad y el Estado, como obligado subsidiario, entra a solventar a quien acredita necesitarlo en casos de prestaciones médicas ineludibles para la vida digna.

CAPACIDAD ECONOMICA EN CASOS DE SALUD Y JUEZ DE TUTELA/PRESUNCION DE CAPACIDAD ECONOMICA-Respecto de quienes efectúan aportes al régimen contributivo

La jurisprudencia de la Corte muestra que el juez de tutela desempeña un papel protagónico al momento de establecer probatoriamente la incapacidad de pago. Al respecto, debe anotarse que en muchos de los casos resulta de particular complejidad determinar la capacidad económica para efectuar el pago. Sin ánimo de agotar la discusión y reunir todos los supuestos posibles, es factible plantear escenarios donde (i) la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es alto respectivo a esta específica capacidad o (ii) la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es razonable respecto a esta capacidad pero deviene en carga desproporcionada al romper el equilibrio de gastos familiares. El manejo de estos problemas debe ser impulsado por la jurisprudencia correspondiente en los casos concretos. Atendiendo el criterio de proporcionalidad, la limitación de un derecho fundamental no puede ser exagerada en relación al interés que se pretenda proteger. En el tema que ocupa a la Sala, ello puede ocurrir cuando una aplicación irrazonable de la regla de incapacidad económica genere una afectación injustificada en el derecho fundamental de acceso a la salud a través del régimen contributivo. En este sentido, la medida solo será constitucional si los beneficios que se logran tienen un valor constitucional que excede las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. En otras palabras, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. (i) es desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y (ii) se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo. Debe resaltarse que este test tiene una intensidad estricta, razón por la cual la gestión probatoria y argumentativa del juez constitucional debe ser exhaustiva.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SALUD/PRINCIPIO DE CARGAS SOPORTABLES E INCAPACIDAD ECONOMICA

Se resalta la necesidad de que el juez de tutela desarrolle una exhaustiva y concreta gestión probatoria en orden a garantizar la realización del derecho enunciado. Por regla general, los jueces de tutela deben impulsar la gestión probatoria necesaria para proferir el fallo más acorde con la salvaguarda de los derechos fundamentales. En relación con derechos causados tales como los pensionales, esta carga probatoria no es tan exhaustiva, teniendo en cuenta que se trata de derechos claros. Sin embargo, la procedencia de la acción de tutela respecto a prestaciones no incluidas en el P.O.S. parte de una presunción respecto a la capacidad de pago de quienes efectúan aportes ante el régimen contributivo. De allí la necesidad de probar que no se cuenta con los recursos disponibles para asumir una específica prestación de salud. Sólo así, el Estado será responsable de asumir la carga. Este criterio no opera en relación con prestaciones respecto a las cuales las E.P.S. tienen responsabilidad. Por ejemplo, los medicamentos incluidos en el P.O.S. Se insiste entonces en que no basta con alegar la incapacidad económica sino que esta debe ser debidamente probada. Por ello, las E.P.S. cuentan con la posibilidad de controvertir el dicho de quien ejerce la acción de tutela. Sin embargo, el juez debe hacer lo posible porque la información de la E.P.S. sea nuevamente contrastada, si es del caso, con la versión del accionante. La acción de tutela no procede en los casos donde las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, que no constituyen una obligación legal que deba ser asumida por la E.P.S., pueden ser asumidas por el afiliado en razón a su probada capacidad de pago.

CAPACIDAD ECONOMICA DE PADRES DE MENOR-Asunción de costos de vacunas

A la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe presumirse que el actor cuenta con la capacidad de pago necesaria para asumir por sí mismo el valor del tratamiento. Además, no aparece prueba alguna respecto a que surja una carga desproporcionada o se imponga una carga no soportable para el actor. Por estas razones no se activa el principio de solidaridad y debe negarse el amparo. Esta decisión de confirmar el fallo de instancia responde a la necesidad de armonizar el principio de igualdad con el derecho a la salud.

Referencia: expediente T-867202

Acción de tutela instaurada por Raúl Alberto Rojo Ospina, en representación de su hijo

Santiago Rojo Jaramillo, contra COOMEVA E.P.S.

Magistrado Ponente (E):

Dr. RODRIGO UPRIMNY YEPES

Bogotá D. C., nueve (9) de julio de dos mil cuatro (2004).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Rodrigo Uprimny Yepes, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Decimosexto Civil Municipal de Medellín (Antioquia) en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. El 10 de octubre de 2003 Raúl Alberto Rojo Ospina interpuso acción de tutela en representación de Santiago Rojo Jaramillo, hijo suyo de cuatro meses de edad, contra COOMEVA E.P.S., con el objeto de garantizar el respeto de los derechos a la vida, la integridad física y la salud del menor, por parte de esa entidad.

El actor manifiesta que su hijo fue hospitalizado el 16 de septiembre de 2003 debido al diagnóstico de una meningitis por Neumococo, enfermedad que ataca directamente el sistema nervioso central. El 7 de octubre de 2003 la médico tratante ordenó la aplicación de la vacuna por Neomococo. Sin embargo, COOMEVA E.P.S. no autorizó el suministro de la vacuna descrita por cuanto dicho medicamento no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.).

2. El demandante solicita por consiguiente que se ordene a COOMEVA E.P.S. el suministro del ciclo completo de la vacuna por Neomococo y que se adopte como medida provisional el suministro inmediato de la vacuna. Además, que se permita repetir contra el Fosyga.

Sentencia objeto de revisión

3. El conocimiento de la petición de tutela correspondió al Juzgado Decimosexto Civil Municipal de Medellín (Antioquia). El juez constitucional de instancia solicitó a la entidad demandada que informara el motivo por el cual no se había suministrado la vacuna. Además, ordenó que como medida provisional COOMEVA E.P.S. aplicara al menor el ciclo completo de la vacuna Neumococo a fin de proteger la vida digna del menor.

4. En la respuesta a la solicitud del juzgado, la apoderada de COOMEVA E.P.S. S.A., consideró que no se vulneraban los derechos fundamentales del menor por el no suministro de la vacuna. Al respecto, manifestó lo siguiente:

- Que COOMEVA E.P.S. no está en obligación de suministrar ningún medicamento que esté expresamente excluido del P.O.S., porque la responsabilidad de las EPS, que les ha sido directamente delegada por el Estado, está expresamente limitada por los alcances que tiene el P.O.S.

- Que el accionante, dado que su ingreso base de cotización es de dos millones seiscientos cincuenta mil pesos (\$ 2.650.000), tiene capacidad de pago para asumir el valor de las vacunas que requiere su hijo. Al respecto, precisa que el precio máximo de venta al público del medicamento es de ciento treinta y seis mil ochocientos pesos (\$ 136.800) y que el esquema de vacunación de un paciente de la edad de Santiago Rojo (cuatro meses) es de cuatro dosis en total, aplicadas así: una a los 4 meses, la segunda a los seis, la tercera a los ocho meses y la cuarta y última alrededor de los 15 meses de edad. Lo anterior significa que el valor total del esquema de vacunación en un período de trece meses, es de quinientos cuarenta y siete mil doscientos pesos (\$ 547.200); cuatrocientos diez mil en los primeros diez meses y ciento treinta y seis mil adicionales, siete meses después. Concluye entonces que del ingreso base de cotización del accionante puede presumirse que el mismo está en capacidad de asumir el valor del tratamiento con su propio patrimonio.

5. El 28 de octubre de 2003 el Juzgado Decimosexto Civil Municipal de Medellín decidió no tutelar los derechos invocados por el accionante. El juez constitucional de instancia, con base en el principio de buena fé (art. 83 C.P.), asumió como válidos los argumentos de la entidad accionada en el sentido de que el accionante cuenta con un salario que le permite cancelar el tratamiento solicitado. Consideró entonces que el actor no se encontraba “en

desamparo y desprotección tan acentuada que amerite una tutela inmediata por este mecanismo breve y sumario”.

El fallo de instancia resalta que la viabilidad del sistema de seguridad social depende de principios tales como el de la solidaridad, el cual impone a todos aportar en la medida de sus condiciones. Estas cargas se justifican como una forma de subsidiar a las personas que tienen una imposibilidad real y manifiesta de acceder a la asistencia integral en salud.

Teniendo en cuenta que el actor no alegó ni acreditó una real falta de recursos económicos, concluye el juez que “adolece esta presente acción de un fundamento real o fáctico para entablarla y, por ello, no es procedente entrar a tutelar los derechos fundamentales pedidos en protección”. Finalmente, la sentencia revocó la medida provisional que había sido adoptada y, en consecuencia, se concedió a COOMEVA E.P.S. la posibilidad de ejercer el derecho de repetición o reembolso en contra del Fosyga sobre los costos que demandó el suministro temporal de la vacuna hasta la ejecutoria de la providencia, sin perjuicio de ejercer dicho derecho directamente contra el acudiente del menor.

Pruebas que obran en el expediente

6. En el expediente se encuentran las siguientes pruebas:

- Carné de afiliación a COOMEVA E.P.S. de Santiago Rojo Jaramillo como beneficiario de Raul Alberto Rojo (fl. 7).
- Carné de afiliación a COOMEVA E.P.S. de Raul Alberto Rojo como cotizante (fl. 7).
- Comunicación asistencial - externa que incluye el diagnóstico y orden de vacuna, firmada por la doctora Olga Cárdenas, médica adscrita al Hospital Pablo Tobón Uribe de COOMEVA E.P.S, fechada el 7 de octubre de 2003 (fl. 8).
- Contestación por parte de la E.P.S. demandada, del cuestionario enviado por el juzgado de conocimiento (fls. 12-15).

Revisión por la Corte

7. Mediante auto del veintinueve (29) de marzo de dos mil cuatro (2004), la Sala de

Selección Número Tres dispuso la revisión de la presente acción por parte de esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

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

Problemas jurídicos objeto de estudio

2. El demandante considera que la negativa de la E.P.S. de suministrar la vacuna por Neomococo a su hijo de cuatro meses de edad, desconoce los derechos fundamentales a la vida, la integridad física y la salud del menor. Por su parte, la entidad demandante alega: (i) que las E.P.S. no están obligadas al suministro de medicamentos por fuera del P.O.S. y que (ii) el actor cuenta con la capacidad económica para adquirir el medicamento. El juez de instancia negó la acción de tutela al considerar que el actor no acreditó la incapacidad económica que se exige como requisito para la procedencia de la acción de tutela en orden al suministro de medicamentos no incluidos en el P.O.S.

3. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte debe analizar el siguiente problema jurídico: ¿la capacidad económica de un accionante constituye una razón suficiente para denegar acciones de tutela interpuestas con el objeto de acceder a medicamentos que no se encuentran incluidos dentro del P.O.S. cuando se encuentra de por medio la protección a la vida digna y salud de un menor de edad?. Para responder este interrogante, luego de recordar la procedencia de la acción de tutela respecto al derecho a la salud, se estudiará la regla específica sobre incapacidad económica como requisito para la concesión del amparo frente a la negación de prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. Finalmente, se revisarán el principio de proporcionalidad y el principio de cargas soportables en relación con el mencionado criterio de incapacidad económica.

Protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela

4. La Corte Constitucional ha contemplado diversos escenarios donde es factible la

protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela. En relación con la justiciabilidad de las prestaciones contenidas en el Plan Obligatorio de Salud que son negadas por las entidades del sistema, la Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud (derecho fundamental autónomo) como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo. En estos casos, para que a través de la acción de tutela sea procedente el estudio de fondo de una presunta vulneración, no sería necesario probar la conexidad con otro derecho de carácter fundamental (vida o mínimo vital)¹.

En segundo lugar, y en el marco de la justiciabilidad de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la Corte ha establecido los siguientes criterios para la procedencia de la acción de tutela: (i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal o la dignidad del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, 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; (iii) que el paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y 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 (iv) 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 demandante².

En tercer lugar, la Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia³, las personas con discapacidad⁴ y los adultos mayores⁵, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo.

5. Esta presentación general de la protección de este derecho, debe articularse con la justificación específica de la exigencia de incapacidad económica para que sea procedente la acción de tutela respecto a prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud (segundo evento de justiciabilidad analizado), problema concreto que gobierna el presente caso y que

será analizado a continuación.

La regla de incapacidad económica como proyección del principio de igualdad y del principio de solidaridad respecto a la realización del derecho a la salud

6. La realización de algunos elementos esenciales del derecho a la salud tiene un costo alto. Por ejemplo, el tratamiento de enfermedades catastróficas o ruinosas y cierto tipo de intervenciones quirúrgicas. De allí que toda decisión judicial y de política pública relacionada con el derecho a la salud deba tener como soporte una equitativa distribución de recursos. De lo contrario, se afectan los derechos fundamentales de la población, especialmente de aquella que enfrenta un mayor nivel de pobreza. Así mismo, cuando a través de un fallo de tutela se busca inaplicar las disposiciones legales que niegan la concesión de prestaciones en salud, el juez constitucional debe responder a la garantía de los derechos fundamentales en el caso concreto y tener en cuenta los efectos de sus fallos frente a la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, particularmente las restricciones financieras que actualmente enfrenta el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

7. Al respecto, los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte deben responder a las exigencias derivadas del principio de igualdad, valor que subyace al reconocimiento de los derechos sociales. Este respeto de la igualdad debe proyectarse tanto en su dimensión formal (igualdad de trato) como en su dimensión sustantiva (igualdad material y efectiva). Por ello, el criterio de incapacidad económica constituye una proyección de un criterio de accesibilidad económica equitativa: que quienes cuenten con más recursos apoyen a quienes, por carencia de recursos, no pueden acceder a los servicios básicos de salud.

En este punto, es importante anotar que la accesibilidad económica constituye un elemento esencial del derecho a la salud. En efecto, en su Observación General 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del pacto⁷, consideró que la salud es un derecho humano fundamental (párr. 1) que en todas sus formas y a todos los niveles abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (párr. 12). Sobre el alcance de la accesibilidad, se afirma lo siguiente:

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a

todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

(...)

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos (negrilla fuera de texto)".

Esta doctrina internacional es relevante para la solución del presente caso porque resalta como el principio de equidad en salud es necesario para garantizar la accesibilidad económica. De allí que sea irrazonable conceder prestaciones médicas, por medio del amparo constitucional, en casos donde (i) las entidades del sistema no tienen la obligación de suministrar la prestación, (ii) esta inexistencia de obligación de la entidad está justificada constitucionalmente y (iii) el afiliado puede asumir el respectivo costo.

8. De otra parte, la exigencia de incapacidad económica para que sea procedente la acción de tutela respecto a prestaciones no contempladas en el P.O.S., busca realizar el principio de solidaridad en armonía con el principio de igualdad. El principio de solidaridad en salud constituye un importante criterio para el control de constitucionalidad de normas relativas a la salud⁸ y en la toma de decisiones sobre casos de tutela. Es, además, un requisito que subyace a las cargas que deben asumir quienes cuentan con capacidad de pago y pertenecen al régimen contributivo.

En el Sistema de Seguridad Social en Salud los servicios que un afiliado requiere no son cubiertos con sus propios aportes sino con los recursos del sistema, los cuáles están conformados, entre otros rubros, por los provenientes de todos los aportantes. Ello permite que quienes más contribuyen financien a aquellos que, por poseer menores ingresos, no cotizan o lo hacen en menor proporción, circunstancia que, además, persigue el

cumplimiento del principio de universalidad. El objetivo último y necesario de esta dinámica es lograr el cubrimiento en salud de toda la población⁹.

A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha destacado que la defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir -dentro del marco institucional-, para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud¹⁰. En este sentido, la Corte ha considerado -por ejemplo- que la negativa de una clínica privada a prestar servicios médicos a un accionante víctima de una enfermedad grave adquirida en esa entidad, mientras la jurisdicción ordinaria resuelve el litigio que mantienen en materia de responsabilidad civil, implica por parte de ésta el desconocimiento del principio de solidaridad consagrado en el artículo 1 de la Constitución¹¹. En efecto, el artículo 1 de la C.P., consagra como principio fundante del Estado colombiano el de la solidaridad, el cual ha dicho la Corte, "...ha dejado de ser un imperativo ético para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad"¹².

Lo anterior no implica que toda institución privada dedicada a prestar el servicio de salud deba, por solidaridad, atender gratuitamente a aquellas personas que carecen de medios para pagar sus tratamientos, toda vez que esa es una responsabilidad que el Constituyente radicó en cabeza del Estado. La Corte destacó en el caso descrito que de lo que se trata es de ponderar los supuestos de hecho de una determinada situación, sin que una serie de controversias legales habiliten para desconocer, mientras se resuelve un litigio, las obligaciones que se tienen de atender a una persona que haya sido paciente y que padece el resultado de una enfermedad terminal adquirida en el tratamiento que se le aplicó. Además, en el caso analizado por la Corte, el paciente estaba en imposibilidad absoluta de proveerse los medicamentos y tratamientos que requería.

Con todo, este principio de solidaridad no es absoluto. Al respecto, ha dicho la Corte que no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de los demás¹³. Es un principio que se activa y se torna vinculante para las personas e instituciones, especialmente cuando de por medio está la salud y la vida de los individuos, sobre todo de aquellos que se

encuentran en estado de debilidad manifiesta, aspecto que debe ser analizado en el caso concreto¹⁴.

9. En este orden de ideas, la activación del principio de solidaridad responde, frente al suministro de prestaciones excluidas del P.O.S., a un criterio de intervención subsidiaria, cuando el propio afiliado no puede asumir, por razones que son objeto de relevancia constitucional, la carga que el sistema le ha impuesto. Esta precisión exige tener presente que la realización del derecho a la salud responde a una cadena de obligados concurrente, dado que dicha realización exige la contribución de todos los integrantes de la sociedad: los particulares, los profesionales de la salud, las familias, las comunidades locales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil, la empresa privada, etc. Estos actores tienen responsabilidades en cuanto a la realización conjunta de este derecho¹⁵. Con todo, el Estado es el obligado principal frente al derecho a la salud, teniendo en cuenta que la salud es un derecho social que requiere, como condición de posibilidad, de un servicio público organizado que la haga posible. Y este servicio público sólo puede surgir luego de la mediación estatal, especialmente a través de políticas públicas. La infraestructura, creada y consolidada por el Estado, permite que el resto de obligados frente a la salud (tanto las personas como las familias) puedan asumir sus deberes hacia la realización del derecho.

Establecida la infraestructura que sirve de soporte para la realización del derecho, de acuerdo con lo establecido en una política pública específica, el Estado, los particulares que prestan el servicio público, las familias y los afiliados se convierten en obligados principales frente a ciertas prestaciones. En algunos casos, la incapacidad del principal obligado activa la carga, subsidiariamente, de la cadena de obligados. Ello ocurre en el caso de las prestaciones excluidas del P.O.S.. En efecto, frente al afiliado al régimen contributivo, se presume su capacidad de pago, razón por la cual, es él el obligado principal respecto a lo que no debe asumir legalmente una E.P.S. En los casos de incapacidad económica, la cadena de obligados conduce a la familia del afiliado, razón por la cual el juez de tutela debe verificar que esta no pueda asumir la carga. Cuando ello ocurre, se activa el principio de solidaridad y el Estado, como obligado subsidiario, entra a solventar a quien acredita necesitarlo en casos de prestaciones médicas ineludibles para la vida digna.

10. Con fundamento en lo anterior, se ha justificado la regla de incapacidad económica

respecto a la procedencia de la acción de tutela en relación con prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud. A continuación se analiza la forma como la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aplicado la regla para negar el amparo tomando en consideración la capacidad de pago de los accionantes. Así, en la sentencia T-421 de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), la Corte negó una tutela interpuesta por el padre de una menor, afiliada al régimen contributivo, que necesitaba medicamentos para el crecimiento de su hija. Estos medicamentos se encontraban fuera del P.O.S. En dicho caso, la Corte no encontró probada la incapacidad económica en proporción a los ingresos de los padres de la menor¹⁶.

En la sentencia T-1047 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería), la Corte consideró que los padres de la menor estaban en capacidad económica de asumir el costo del examen análisis computarizado de la marcha, cuyo valor ascendía a \$ 440.000, teniendo en cuenta que los ingresos mensuales de los padres ascendían a \$ 3.600.000.

Finalmente, en la sentencia T-112 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte Constitucional consideró que si bien era cierto que el costo de la medicina que requería una menor era considerable (aproximadamente \$290.000 pesos mensuales, lo cual afectaba el 8% de los ingresos mensuales de sus padres), y que el suministro de la misma resultaba indispensable para que la menor lograra un desarrollo que le permitiera vivir con dignidad, ello no justificaba el suministro de tiras reactivas de glucómetro. Lo anterior, por cuanto no se acreditaba una incapacidad económica para asumir la carga de adquirir el medicamento, teniendo en cuenta que los padres de la menor cotizaban al sistema de seguridad social en salud una suma de \$3.500.000. En este sentido, no existía una desproporción razonable entre el ingreso mensual de los padres y el valor de las tirillas requeridas.

11. Con base en esta línea jurisprudencial se cuenta con argumentos normativos y fácticos suficientes para negar el amparo. Empero, la fijación de un precedente constitucional en esta materia debe contemplar la posibilidad de casos donde resulte de especial complejidad la aplicación de la regla. Se trata de casos donde el criterio de incapacidad económica puede adquirir un grado de vagüedad suficiente para generar dudas constitucionales. A continuación se exponen algunos criterios que permiten cualificar la regla a partir del debate probatorio que debe impulsar el juez de tutela y de la aplicación de los principios de proporcionalidad y el de cargas soportables.

Si el costo de la prestación de salud afecta los recursos económicos que permiten cubrir el mínimo vital del afiliado, la obligación que le compete resulta desproporcionada e incompatible con el principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud. Es deber del juez de tutela adelantar un cotejo probatorio cualificado para establecer la incapacidad económica

12. La aplicación de la regla de incapacidad económica ha permitido, como hemos dicho, la concesión del amparo en casos donde es notorio que la carga impuesta al afiliado se demuestra desproporcionada. En efecto, en la sentencia T-1007 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se consideró que el medicamento requerido (Flutamida, con el fin de tratar el cáncer de próstata), cuyo valor era de \$90.000 pesos mensuales, privaba de los recursos que el accionante necesitaba para garantizar su mínimo vital, toda vez que su único ingreso económico era una pensión de jubilación equivalente al salario mínimo. En dicho fallo, se precisó que una consideración nominal sobre la posibilidad de asumir el costo de una prestación de salud podía conducir a consecuencias inadmisibles constitucionalmente.

Así mismo en la sentencia T-883 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte revocó la sentencia de instancia al considerar que, si bien la accionante era acreedora de una pensión de sobrevivientes, equivalente al salario mínimo mensual, no por ello puede colegirse que este ingreso sea suficiente para sufragar el valor de los fármacos (cuyo valor ascendía a \$265.800). Ello generaría que “casi la totalidad de la mesada estaría destinada al pago de los medicamentos, circunstancia que atenta contra el carácter de sustento al mínimo vital que la jurisprudencia constitucional otorga a la pensión de jubilación de los adultos mayores”. El Alto Tribunal enfatizó en los siguiente:

“(E)l requisito jurisprudencial expuesto sobre la insuficiencia de recursos económicos no se considera insatisfecho por el simple hecho que el afectado tenga algún ingreso, sino que debe acreditarse que éste es suficiente para sufragar el valor del tratamiento o fármaco requerido y, a su vez, permite financiar las demás condiciones materiales necesarias para garantizar la subsistencia. Esto porque es inadmisibles aceptar que con el objeto de solventar los gastos propios de la atención en salud indispensable para el ejercicio cierto de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad física, deba afectarse el mínimo vital del paciente y su núcleo familiar dependiente. En este sentido, la función del juez constitucional no concluye con la comprobación de la existencia del recurso

económico percibido por el actor, sino que es su deber verificar, con base en las condiciones particulares de aquél, si el pago de los gastos relacionados con el suministro del medicamento o la práctica del procedimiento médico resulta compatible con el mantenimiento de los requerimientos materiales destinados a la subsistencia en condiciones aceptables y armónicas con el principio de dignidad humana. Como es manifiesto en el asunto de la referencia, la labor del juez de conocimiento se restringió solamente a la primera tarea y por ello, se muestra claramente insuficiente”.

Finalmente, en la sentencia T-341 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la Corte estimó que existía incapacidad económica frente a una droga (Hytrin 5mg para el tratamiento de los síntomas urinarios secundarios de una hiperplasia benigna de próstata) cuyo costo era de \$90.000 mensuales, teniendo en cuenta que el ingreso mensual del demandante, en razón de su mesada pensional, era de \$396.002, apenas superior al salario mínimo legal.

14. Uno de dichos criterios se relaciona con el principio de gastos soportables. En el derecho internacional de los derechos humanos este principio ha tenido particular relevancia frente a la exigibilidad del derecho a la vivienda. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, consideró que si bien es cierto que la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figura el concepto de gastos soportables (párr. 8.c), así:

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los

Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales”17.

Nótese que este criterio no se relaciona, en estricto sentido, con la afectación del mínimo vital de una persona, toda vez que permite analizar las cargas que debe asumir el afiliado al sistema. Este criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir. El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada. Por ello, a continuación se analiza el principio de proporcionalidad y su papel en la justiciabilidad del derecho a la salud por vía de tutela.

15. Atendiendo el criterio de proporcionalidad, la limitación de un derecho fundamental no puede ser exagerada en relación al interés que se pretenda proteger. En el tema que ocupa a la Sala, ello puede ocurrir cuando una aplicación irrazonable de la regla de incapacidad económica genere una afectación injustificada en el derecho fundamental de acceso a la salud a través del régimen contributivo. En este sentido, la medida solo será constitucional si los beneficios que se logran tienen un valor constitucional que excede las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. En otras palabras, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. (i) es desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y (ii) se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo. Debe resaltarse que este test tiene una intensidad estricta, razón por la cual la gestión probatoria y argumentativa del juez constitucional debe ser exhaustiva.

16. Por ello, finalmente, se resalta la necesidad de que el juez de tutela desarrolle una exhaustiva y concreta gestión probatoria en orden a garantizar la realización del derecho

enunciado. Por regla general, los jueces de tutela deben impulsar la gestión probatoria necesaria para proferir el fallo más acorde con la salvaguarda de los derechos fundamentales. En relación con derechos causados tales como los pensionales, esta carga probatoria no es tan exhaustiva, teniendo en cuenta que se trata de derechos claros. Sin embargo, la procedencia de la acción de tutela respecto a prestaciones no incluidas en el P.O.S. parte de una presunción respecto a la capacidad de pago de quienes efectúan aportes ante el régimen contributivo. De allí la necesidad de probar que no se cuenta con los recursos disponibles para asumir una específica prestación de salud. Sólo así, el Estado será responsable de asumir la carga. Este criterio no opera en relación con prestaciones respecto a las cuales las E.P.S. tienen responsabilidad. Por ejemplo, los medicamentos incluidos en el P.O.S. Se insiste entonces en que no basta con alegar la incapacidad económica sino que esta debe ser debidamente probada. Por ello, las E.P.S. cuentan con la posibilidad de controvertir el dicho de quien ejerce la acción de tutela. Sin embargo, el juez debe hacer lo posible porque la información de la E.P.S. sea nuevamente contrastada, si es del caso, con la versión del accionante.

17. En el caso que ocupa a la Sala, prima facie existirían buenas razones para conceder el amparo. En efecto, se trata de un menor de edad y la prestación que se solicita compromete la integridad física del infante. Sin embargo, y como es anotado por el juez de instancia, el actor no desvirtuó el dicho de la E.P.S. accionada según el cual su ingreso base de cotización es de dos millones seiscientos cincuenta mil pesos (\$ 2.650.000). Tampoco se adjuntó un comprobante sobre el valor de la prestación solicitada a través de la tutela, razón por la cual debe tomarse como referencia la respuesta de la E.P.S.: el valor total del esquema de vacunación requerido por el menor de edad Santiago Rojo en un período de trece meses es de quinientos cuarenta y siete mil doscientos pesos (\$ 547.200); cuatrocientos diez mil en los primeros diez meses y ciento treinta y seis mil adicionales, siete meses después. Por consiguiente, y a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe presumirse que el actor cuenta con la capacidad de pago necesaria para asumir por sí mismo el valor del tratamiento. Además, no aparece prueba alguna respecto a que surja una carga desproporcionada o se imponga una carga no soportable para el actor. Por estas razones no se activa el principio de solidaridad y debe negarse el amparo. Esta decisión de confirmar el fallo de instancia responde a la necesidad de armonizar el principio de igualdad con el derecho a la salud.

Se concluye que la acción de tutela no procede en los casos donde las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, que no constituyen una obligación legal que deba ser asumida por la E.P.S., pueden ser asumidas por el afiliado en razón a su probada capacidad de pago.

III. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Decimosexto Civil Municipal de Medellín, el día 28 de octubre de 2003, en la que negó la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano Raúl Alberto Rojo Ospina, en representación de su hijo Santiago Rojo.

SEGUNDO: Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado Ponente (E)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Sentencias T-859 y T-860 de 2003. En la sentencia T-223 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y T-538 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del P.O.S. y del P.O.S.S.. Así mismo, en la sentencia T-299 de 2004, la Corte precisó que las insulinas cristalina y NPH que solicitaba el accionante se encontraban en el Plan Obligatorio de Salud. Por tal motivo, el Alto Tribunal consideró que la negación de dichos medicamentos comprometía el derecho fundamental a la salud, el cual comprende, entre otros, el contenido del POS.

2 Sentencias SU-480 de 1997, T-283 de 1998, T-328 de 1998 y T-329 de 1998, entre otras.

3 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.

4 Sentencia T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

5 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

6 La Ley 74 de 1968 incorporó a la legislación interna de Colombia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha proferido numerosos fallos en los cuales señala que los tratados internacionales ratificados

por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto se pueden consultar, entre otras, la sentencia T-568 de 1999, en la cual esta Corporación catalogó a los derechos sociales como derechos humanos, con la proyección práctica de ubicarlos dentro del bloque de constitucionalidad. De otra parte, en la sentencia T-1319 de 2001, se dijo: “La Corte Constitucional considera que esos contenidos normativos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, son relevantes para resolver casos como el presente, en la medida en que (...) hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del mandato del inciso segundo del artículo 93, según el cual, los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” y más adelante señaló: “En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta”. De igual manera, la sentencia C-551 de 2003, mediante la cual se revisó la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”, indicó que tratados internacionales ratificados por Colombia como los convenios de la OIT, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador, entre otros, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

7 La Observación General 14 fue adoptada durante el 22º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A partir de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, la Corte Constitucional ha considerado que la doctrina autorizada proferida por instancias internacionales de derechos humanos (como el mencionado Comité) constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, en consecuencia, de los propios derechos constitucionales. Ver al respecto la sentencia T-1319 de 2001.

8 En la sentencia C-193 de 1997, la Corte analizó la constitucionalidad de las normas que regulaban la contribución parafiscal efectuada a las Cajas de Compensación Familiar con el fin de utilizar dineros del subsidio familiar para el apoyo del régimen subsidiado en salud. En opinión de la Corte, la contribución parafiscal que establece el precepto demandado no se queda en el reducido ámbito de los trabajadores que cotizan a las cajas de compensación familiar sino que se proyecta hacia los beneficiarios del régimen subsidiado de salud, incluidos trabajadores independientes y no cotizantes en dichas entidades, pero ello no vicia

de inconstitucionalidad el precepto. Por el contrario, se realiza por esa vía el principio general de solidaridad contemplado en el artículo 1 de la Carta.

9 Ver sentencia T-421 de 2001.

10 Sentencia T-505 de 1992, reiterada en la sentencia T-209 de 1999.

11 Sentencia SU-645 de 1997.

12 Sentencia T-533 de 1992.

13 Sentencia T-248 de 1997. Los accionantes eran los padres de un niño que a sus dos años sufrió un golpe en su rodilla y al ser trasladado a una clínica materno infantil, fue objeto de una intervención quirúrgica que, por negligencia médica, lo redujo a un estado vegetal. Los tutelantes pretendían que por el error médico la entidad -frente a la cual no existía ningún tipo de vinculación legal previa- se hiciera cargo de la atención médica del menor. Frente a ello, las instancias negaron tal solicitud, lo cual fue ratificado por la Corte para precisar que si por problemas económicos era imposible que los accionantes costearan la atención médica del menor, ello debía ser asumido por el Estado -y no por la clínica involucrada-.

14 Vgr el caso de las personas que conviven con el VIH/SIDA. Sentencia SU-645 de 1997.

15 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, Op. Cit, párr. 42.

16 En la sentencia T-995 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), se reiteró que no era procedente la acción de tutela para el suministro de medicamentos por fuera del P.O.S. si no era probada la incapacidad económica para adquirirlos.

17 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4: El derecho a una vivienda adecuada (pár. 1 del art. 11 del Pacto), Consejo Económico y Social, Sexto período de sesiones, documento E/1991/23, 13 de diciembre de 1991.