

## Sentencia T-845/11

LEGITIMACION POR ACTIVA DEL MENOR-Cualquier persona está legitimada para solicitar amparo constitucional de sus derechos fundamentales

Los niños, niñas y adolescentes, en nuestro Estado Social de Derecho, son titulares de una especial protección constitucional, por lo tanto, el requisito de legitimidad cuando se trata proteger sus derechos fundamentales, puede recaer en cualquier persona.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Valoración cuidadosa por el juez/ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Supuestos fácticos en los cuales la acción de tutela no puede considerarse temeraria a pesar de la interposición de dos acciones de tutela que presenten la triple identidad

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

Al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud, se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental autónomo

Debido a la situación de especial vulnerabilidad de los niños, los derechos a la salud y a la seguridad social de los menores, son reconocidos como fundamentales, y en esa medida es procedente la acción de tutela para solicitar su protección de forma inmediata. De esta forma se puede concluir, que es obligación especial del Estado la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas, toda vez que se trata de un sector de la población que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta y proclive a abusos o maltratos. Igualmente, se debe exigir a las entidades comprometidas con la seguridad social en salud, la de brindarle a los niños y niñas, toda la atención que requieran para su desarrollo físico e intelectual, con el fin de asegurarles una existencia digna.

## REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE PROCEDENCIA DE ACCION DE TUTELA PARA OBTENER PRESTACIONES EXCLUIDAS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia

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 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. En ese orden de ideas se concluye, que no es posible que se aplique de manera restrictiva la reglamentación, y se excluya la práctica de procedimientos o intervenciones, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación restrictiva tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

### PAGOS COMPARTIDOS Y CUOTAS MODERADORAS-Prohibición de convertirse en obstáculo para acceder a servicios de salud/DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-

Las cuotas recuperadoras o pagos moderadores no podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres

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. Una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, irrespeta su derecho a acceder a éstos, sí le exige como condición previa que cancele el pago moderador al que haya lugar en virtud de la reglamentación. La entidad tiene el derecho a que le sean pagadas las sumas de dinero a que haya lugar, pero no a costa del goce efectivo del derecho a la salud de una persona.

### DERECHO A LA SALUD-Doctrina constitucional sobre cubrimiento de gastos de transporte para pacientes y sus acompañantes por las EPS

Esta corporación ha indicado en varias oportunidades, los casos en que el Sistema de Seguridad Social en Salud debe cubrir el servicio de transporte. No obstante este servicio no esté catalogado como una prestación asistencial de salud, algunas veces suele estar íntimamente relacionado con la recuperación de la salud, la vida y la dignidad humana, sobre

todo cuando se trata de sujetos de especial protección, como los niños discapacitados. la inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud que garantiza el cubrimiento del transporte para el paciente ambulatorio que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo, en todos los niveles de complejidad, no es absoluta, dado que se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional. En los demás casos, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud.

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA DIGNA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a Caprecom autorice suministro de medicamentos formulados por médico tratante

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DEL MENOR-Exoneración de copagos que están siendo cobrados y de los futuros para acceder a servicios médicos que requiere menor de 5 años

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Orden a EPS que cubra gastos de transporte del niño y acompañante al lugar donde realiza citas médicas, controles y exámenes dentro del tratamiento que recibe

Referencia: expediente T- 2.903.978, T- 2.906.509, T- 2.907.313 y T- 2.907.428

Acciones de tutela instauradas por Luz Marina Díaz Páramo; Zulma Idalia Muñoz Sánchez en representación de su hijo Samuel Machado Muñoz; Aldemar Zambrano Torres en representación de su hijo Mateo Zambrano Oviedo y, Rosa María Ospina Morales, en forma separada, contra CAPRECOM EPS-S y la Dirección Territorial de Salud de Caldas, SALUD TOTAL EPS, COMPENSAR EPS y BARRIOS UNIDOS EPS.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil once (2011)

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 de los fallos de tutela adoptados por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de la Dorada, Caldas, del 2 de noviembre de 2010; Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Medellín, del 4 de noviembre de 2010; Juzgado Cincuenta Penal Municipal con Función de Control de garantías del 3 de noviembre de 2010 y, Juzgado Promiscuo Municipal de Ansermanuevo, Valle, del 8 de noviembre de 2010, respectivamente, proferidos en los asuntos de la referencia, dentro de las acciones de tutela promovidas separadamente por Luz Marina Díaz Páramo, Zulma Idalia Muñoz Sánchez en representación de su hijo, Aldemar Zambrano Torres en representación de su hijo y, Rosa María Ospina Morales.

De manera preliminar debe anotarse que la Sala de Selección de Tutelas Número Doce, a través de auto del 10 de diciembre de 2010, decidió acumular los procesos T- 2.906.509, T- 2.907.313 y T- 2.907.428, a fin que fueran resueltos en una sola sentencia. Posteriormente, la Sala Séptima de Revisión mediante auto del 28 de marzo de 2011, acumuló el expediente T- 2.903.978, 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-2.903.978

La señora Luz Marina Díaz Páramo, presentó solicitud de tutela contra CAPRECOM EPS-S y la Dirección Territorial de Salud de Caldas, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida y al mínimo vital, los cuales

considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle los medicamentos de Montelukas 10 mg. y Ácido Ascorbico 500 mg. ordenados por su médico tratante y que requiere con urgencia.

#### 1. Hechos y razones de la acción de tutela

1. Sostiene la accionante que nació el 1 de febrero de 1954, por lo que actualmente cuenta con 57 años de edad, y es afiliada a CAPRECOM EPS-S.

1. Afirma, que es ama de casa y presenta problemas de salud por su hipertensión, por asma, rinitis y, sufre de problemas renales, por lo que los médicos tratantes le han ordenado medicamentos de Montelukas 10 mg. y Ácido ascórbico 500 mg., los cuales la entidad accionada se niega a suministrarlos.

1. Dice, que ante la negativa de su EPS-S ha debido comprar los medicamentos los cuales tienen un alto costo que no puede sufragar, dado que es una persona de escasos recursos.

#### 1. Fundamentos y pretensiones

La accionante solicita se amparen los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, y se ordene a CAPRECOM EPS-S, para que autorice el suministro de los medicamentos Montelukas 10 mg. y Ácido Ascórbico 500 mg., de manera continua hasta que el médico tratante de nueva orden.

## 1. Actuación procesal

El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de la Dorada, Caldas, admitió la tutela el 19 de octubre de 2010 y solicitó a CAPRECOM EPS-S, y a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, pronunciarse sobre los hechos expuestos por la señora Luz Marina Díaz Paramo.

Por un lado, la Secretaría de Salud, Educación y Bienestar Social del Departamento de Caldas, informa mediante escrito del 22 de octubre de 2010, que la entidad ha realizado todos los esfuerzos para atender las necesidades de la población pobre y vulnerable del país, para lo cual se encuentran contratadas las EPS-S del Régimen Subsidiado, las cuales garantizan al afiliado la prestación de los servicios de salud que se encuentren en el POS. Así mismo, manifiesta que, aquellos subsidios de salud que se encuentren por fuera de dicho Plan (POS) se están atendiendo, de conformidad con la normatividad vigente, a través de las EPS-S, que en el caso presente le corresponde a la EPS-S CAPRECOM, a la cual se encuentra afiliada la señora Luz Marina Días Paramo.

Concluye, que se le desvincule del proceso de tutela al considerar que a la accionante se le han suministrado los servicios de salud requeridos y por lo tanto considera que no se han vulnerado sus derechos fundamentales, y aclara, que esa entidad no ha recibido solicitud de autorización por parte de CAPRECOM EPS-S.

Dice que la señora Días se encuentra afiliada a CAPRECOM EPS-S en el régimen subsidiado Nivel 2 y que en la actualidad cuenta con 56 años de edad.

Asegura, que el servicio solicitado no puede ser autorizado por estar excluido del POSS, con cargo a los recursos de la oferta que ésta administra; afirma que de hacerlo incurrirían en daño fiscal por destinación diferente de recursos, y enuncia el Acuerdo 008 del 29 de diciembre de 2009, en el cual se aclaran y actualizan los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

Concluye que la entidad ha cumplido con lo ordenado en la normatividad vigente y que, es la Dirección Territorial de Salud de Caldas, la obligada a garantizar la atención no POSS requerida por la 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 de la señora Luz Marina Díaz Paramo.

1. Copia de la fórmula médica expedida por el médico tratante de fecha 10 de julio de 2010.

1. Decisiones judiciales

Mediante fallo único de instancia del 2 de noviembre de 2010, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de la Dorada, Caldas, niega el amparo solicitado y recomienda a la accionante presentar la solicitud al Comité Técnico Científico para que evalúe el examen médico requerido.

Lo anterior al considerar que la accionante no agotó el trámite requerido ante el Comité Técnico Científico CAPRECOM EPS-S, para obtener la autorización del medicamento formulado por su médico tratante.

1. EXPEDIENTE T-2.906.509

La señora Zulma Idalia Muñoz Sánchez, actuando en nombre y representación de su hijo Samuel Machado Muñoz, presentó solicitud de amparo constitucional contra la EPS SALUDTOTAL, invocando la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerado por la entidad demandada, al no autorizarle los gastos de transporte para la movilización para asistir al manejo de control médico y la exoneración de la cancelación de copagos.

## 1. Hechos y razones de la tutela

1. La accionante manifiesta que su hijo es un niño de 6 años de edad, quien sufre de la enfermedad de Perthes e Hipertensión Renovascular, por las que se viene tratando algún tiempo.

1. Sostiene que el 2 de septiembre de 2010 fue intervenido quirúrgicamente a causa de la enfermedad de Perthes e Hipertensión Renovascular y como consecuencia de ello, requiere revisiones periódicas a fin de evaluar el tratamiento ordenado por su médico y, mantener estable la hipertensión que padece.

2. Afirma que es madre cabeza de familia con dos hijos menores de edad, y por la enfermedad de su hijo, tuvo que retirarse del trabajo. Dice que no tiene recursos para atender los gastos de transporte que son frecuentes por las revisiones a que es sometido su hijo.

1. Agrega que ha recurrido a caridad de vecinos y familiares para cumplir con las citas y cancelar los copagos.

1. Y por último, solicitó a la EPS SALUDTOTAL el subsidio del transporte y que le exoneraran de los copagos, pero se negaron a prestar el servicio porque no estaba incluido en el POS.

1. Por otra parte la señora Zulma Idalia Muñoz Sánchez, en su condición de madre del niño Samuel Machado Muñoz, presentó declaración el día 4 de noviembre de 2010 ante el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Medellín, sostuvo que por las atenciones que requiere el niño dejó de trabajar desde el 2009. Agrega que el padre del niño tiene otro grupo familiar,

trabaja a porcentaje en un taller y no sabe cuánto gana, pero le suministra \$10.000.00 diarios para ayudar al pago de los servicios y la comida. Manifiesta que no posee bienes y vive con su madre, quien en algunas oportunidades le ayuda con los gastos de su hijo.

## 1. Fundamentos y pretensiones

### 1. Actuación procesal

El Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Medellín, mediante fecha del 22 de octubre de 2010, admite la tutela, y requirió al Ministerio de la Protección Social para que respondiera por los hechos narrados; así mismo se solicitó declaración a la accionante para que aclarara su solicitud de tutela.

El Ministerio de la Protección Social, mediante escrito del 26 de octubre de 2010 informa, que el servicio de transporte o traslado de pacientes está regulado por el artículo 33 del Acuerdo 008 del 1 de enero de 2010, el cual establece que el servicio de ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de salud dentro del territorio nacional, está contemplado en el Plan Obligatorio de Salud en ambos regímenes.

Igualmente el artículo 34 del citado Acuerdo, explica que cuando se trata de un transporte diferente de la ambulancia y que se requiera para acceder a un servicio o atención que se encuentre incluido en el POS o POS-S, éste será cubierto cuando dicho servicio no esté disponible en el municipio de residencia del afiliado.

Respecto a ello, el Ministerio de la Protección Social cita la Sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008, en la cual aclara que si bien, el transporte y hospedaje no son servicios médicos, en determinados eventos son financiados por la respectiva EPS, únicamente en los eventos en donde se acredite: (1) que ni el paciente ni sus familiares cuenten con los recursos necesarios para sufragar el valor del traslado, y (2) que de no efectuarse la remisión se pone en peligro la vida del paciente.

En cuanto a los copagos, están regidos por el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, y tienen por finalidad ayudar a financiar el sistema de salud. Por ello, solicita se denieguen las pretensiones del accionante en lo que atañe a éste tema, si el servicio solicitado no se encuentra dentro de los excluidos del pago de copago.

Por su parte, la EPS SALUD TOTAL, mediante escrito del 27 de octubre de 2010 manifiesta que el niño Samuel Machado Muñoz se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social tanto en Salud como en ARS en esa institución, desde el 26 de febrero de 2009.

Indica, que el niño fue valorado en IPS Hospital San Vicente de Paul de Medellín, el 17 de junio de 2010, por cuadro clínico de hipertensión arterial renovascular con angioplastia con stent en arteria renal izquierda. En esa ocasión se solicitó ecografía doppler de vasos renales para evaluar el stent por hipertensión arterial y control por nefrología pediátrica.

Al respecto aclara que la señora Zulma Idalia Muñoz en representación de su hijo Samuel, presentó una acción de tutela anterior y de ello fueron notificados del fallo en julio 10 de 2010, en la cual se declararon infundadas las pretensiones de la accionante por cuanto ya había recibido las autorizaciones pertinentes por parte de la EPS Salud Total. El mismo fallo ordenó a la EPS, seguir cumpliendo con el tratamiento integral.

Agrega, que el 2 de septiembre de 2010 le fue realizado al niño, un procedimiento quirúrgico en un tercer nivel para corrección de Perthes en cadera izquierda.

A continuación la EPS Salud Total, hace una relación de todos los servicios autorizados, y luego hace referencia a la solicitud de cubrimiento de traslado y exoneración de los copagos.

Al respecto manifiesta, que los gastos dentro de la ciudad son asumidos por los padres, quienes no presentan incapacidad económica para asumirlos, toda vez que el niño Samuel es el único beneficiario de su padre, como aparece en la base de datos de la EPS, y además el Acuerdo 008 de 2009, no contempla el transporte cuando la asistencia se encuentra en el lugar de residencia del paciente.

En cuanto los copagos, informa que la EPS solo los ha cobrado en los servicios a los cuales debe aplicarse su pago.

Solicita se deniegue la pretensión presentada por la madre del niño, por cuanto la EPS no ha vulnerado los derechos del niño Samuel Machado, 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 y, ha generado los copagos legales al usuario.

#### 1. Pruebas documentales

1. Copia del registro civil de nacimiento del niño Samuel Machado Muñoz.

1. Copia de reportes de atención médica del niño Samuel Machado Muñoz.

1. Copia de la historia clínica del niño Samuel Machado Muñoz.

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Zulma Idalia Muñoz Sánchez.

1. Copia de la solicitud de tutela del 18 de junio de 2010, presentada por la señora Zulma Idalia Muñoz Sánchez en su condición de madre del niño Samuel Machado Muñoz.

1. Copia del Fallo de tutela expedido por el Juzgado Veinte Penal Municipal de Medellín del 9 de julio de 2008.

1. Copia del Fallo de tutela de segunda instancia del 20 de septiembre de 2010, expedido por

el Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín del 9 de julio de 2008.

## 1. Decisiones judiciales

Mediante fallo único de instancia del 4 de noviembre de 2010, el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Medellín, niega el amparo de transporte soportado en la norma establecida en el Acuerdo 008 de 2009, para lo cual recomienda solicitar a la EPS SALUD TOTAL asignar los controles y demás procedimientos en una institución cerca de su residencia. Así mismo, sobre los copagos ordenó que, "... una vez se tenga en cuenta los cobros efectuados por copagos durante el primer año, superen el tope del 57.5% sobre el salario mínimo mensual legal vigente, se abstendrán de seguir cobrando tal concepto para brindar la atención médica que el menor exige de SALUD TOTAL EPS."

## 1. Pruebas allegadas a la Corte Constitucional

Mediante escrito del 9 de febrero de 2011, remitido a ésta Sala por la Secretaría General de la Corporación, se anexa escrito presentado por la EPS SALUD TOTAL de fecha 4 de febrero de 2011, en el cual reitera lo dicho en instancia judicial.

## 1. EXPEDIENTE T-2.907.313

El señor Aldemar Zambrano Torres, actuando en nombre y representación de su hijo Mateo Zambrano Oviedo, presentó solicitud de amparo constitucional contra COMPENSAR EPS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerado por la entidad demandada, al no autorizarle los gastos de transporte para la movilización para asistir al manejo de control multidisciplinario de pediatría, neuropediatría, fisiatría, fonoaudiología, neuro psicología, terapia ocupacional, física personalizada y equipo de terapia personalizada, que se realiza en diferentes IPS situadas en Bogotá y fuera de ésta, indispensables para la salud y la vida en condiciones dignas.

## 1. Hechos y razones de la tutela

1. El señor Zambrano manifiesta que su hijo es un niño de 7 años de edad, quien sufrió un accidente en mayo de 2007 al caer de un quinto piso causándole un TRAUMA CRANEOCEFÁLICO severo con una lesión ANOXAL DIFUSA. Dice que a raíz de ello, presenta epilepsia focal sintomática controlada, lesión axonal difusa, hipoacusia derecha en rehabilitación, con posterior regresión en el neurodesarrollo, trastorno del habla, trastorno del equilibrio y a nivel motor, trastorno de deglución, y deficiencia en el procesamiento auditivo, para la discriminación, la identificación de la memoria inmediata y mediata, en el establecimiento de relaciones concretas que le permitan establecer un concepto acorde con su edad cronológica.

1. Sostiene que por lo anterior, el niño se encuentra en permanente control médico a través de COMPENSAR EPS. En efecto, esta EPS ordenó un manejo de control multidisciplinario de pediatría, neuropediatría, fisiatría, fonoaudiología, neuro psicología, terapia ocupacional, física personalizada y equipo de terapia personalizada, que se realiza en diferentes IPS situadas en Bogotá y fuera de ésta.

1. Afirma que el tratamiento es indispensable para la salud y la vida en condiciones dignas, los cuales fueron autorizados por COMPENSAR EPS, situación que resulta insostenible económicamente dado que éstas se encuentran situadas en diferentes partes de Bogotá y por fuera de la ciudad, costo que es imposible seguir asumiendo.

1. Con base en lo anterior, presentó un derecho de petición el 30 de agosto de 2010 a

COMPENSAR EPS, exponiéndole con detalle las circunstancias y se solicitó se estudie el caso, a fin de tener la posibilidad de que se cubra el servicio de transporte para las múltiples terapias, exámenes, citas médicas y demás que requiere su hijo para su tratamiento integral, el cual fue negado por la entidad accionada.

Concluye que es una persona de limitados recursos económicos y le corresponde asumir la totalidad de los gastos del hogar, y por ello, no tiene la capacidad económica para asumir los gastos de transporte que se requieren cada vez que tiene que asistir a una cita médica.

1. Por otra parte, la señora Yaneth Oviedo Cárdenas, en su condición de madre del niño Mateo Zambrano Oviedo, presentó declaración el día 28 de octubre de 2010 ante el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, donde sostuvo que es casada con el señor Aldemar Zambrano, y se dedica al hogar debido a que su hijo Mateo requiere de su atención todo el tiempo desde hace tres años, a consecuencia del tratamiento integral y seguimiento mensual por parte de los médicos. Aduce que el gasto que el transporte les genera no lo pueden seguir asumiendo, porque no cuentan con los recursos económicos para ello, esto, debido a que los ingresos al hogar, son de \$900.000.00 que aporta su esposo, y otros recursos vienen de una fundación que los ayuda, equivalentes a \$76.666.00 mensuales, y otras ayudas vienen de familiares. Sostiene que los gastos son los servicios públicos, el colegio de su otro hijo que tiene 10 años y el colegio especializado de Mateo; además, la cuota al Fondo Nacional del Ahorro del apartamento en que viven, y los gastos de alimentación y demás. Igualmente, manifiesta que si se interpuso una tutela anterior y que a través de ella, se autorizó el suministro de un audífono derecho al niño, y la continuidad inmediata del tratamiento integral.

## 1. Fundamentos y pretensiones

Solicita el accionante que se le amparen los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas a su hijo, y se ordene a COMPENSAR EPS para que asuma y autorice a su cargo los gastos de transporte para su movilización, así mismo, se autoricen todos los servicios, incluidos copagos y cuotas moderadoras que su

enfermedad de trauma craneocefálico severo, con una lesión axonal difusa con posterior regresión en el neurodesarrollo, requiere.

## 1. Actuación procesal

El Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, admitió la tutela el 19 de octubre de 2010, y requirió a COMPENSAR EPS, para que se pronuncie sobre los hechos expuestos por el accionante.

La entidad demandada, informa mediante escrito del 21 de octubre de 2010, que efectivamente el señor Aldemar Zambrano Torres, se encuentra afiliado al Plan Obligatorio de Salud POS, en la EPS COMPENSAR, como cotizante en calidad de independiente, cuyo beneficiario entre otros, está su hijo Mateo Zambrano Oviedo.

Agrega que al afiliado se le han prestado todos los servicios requeridos de acuerdo con las coberturas que por ley se encuentran indicadas y autorizadas. Así las cosas, no existe evidencia alguna de la negación de servicios por parte de la EPS y no existe órdenes médicas que requieran el servicio de transporte para el menor. Esto, "... en el entendido de que son los médicos tratantes los que definen la idoneidad de los tratamientos y expiden las órdenes que consideren pertinentes y no, las solicitudes caprichosas del accionante."

Dice además, que por los mismos hechos se presentó una tutela en la cual se solicitó tratamiento integral y exoneración de pagos moderadores, la cual fue resuelta mediante el fallo del 15 de mayo de 2008, el cual amparó los derechos fundamentales del niño Mateo Zambrano Oviedo, y ordenó a Compensar EPS el suministro de un audífono derecho, así como su adaptación y la continuidad inmediata del tratamiento integral que requiera el paciente. Igualmente ordenó el fallo, que la EPS podrá realizar el correspondiente recobro al FOSYGA por los tratamientos, medicamentos y demás insumos que necesite el niño, y que no se encuentren incluidos en el POS.

Solicita declarar la improcedencia de la pretensión y, además, temeraria la tutela con las respectivas sanciones que ello conlleva dado que idéntica solicitud ya fue interpuesta y resuelta favorablemente al accionante.

## 1. Pruebas documentales

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

1. Copia del registro civil de nacimiento del niño Mateo Zambrano Oviedo.

1. Copia del carné de COMPENSAR EPS del niño Mateo Zambrano Oviedo.

1. Copia de la historia clínica expedida por la Fundación Hospital de la Misericordia.

1. Copia de la solicitud de transporte presentada por el señor Aldemar Zambrano a COMPENSAR EPS, de fecha 30 de agosto de 2010.

1. Copia del oficio del 2 de septiembre de 2010 expedido por COMPENSAR EPS, en el cual se informa al señor Aldemar Zambrano del fallo de tutela que amparó los derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida digna del niño Mateo Zambrano Oviedo.

1. Copia de la solicitud de tutela presentada por el señor Luis Guillermo Zambrano en su condición de abuelo del niño Mateo Zambrano Oviedo.

2. Copia del Fallo de tutela expedido por el Juzgado Setenta Civil Municipal del 15 de mayo de 2008.

## 1. Decisiones judiciales

Mediante fallo único de instancia del 3 de noviembre de 2010, el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, niega el amparo solicitado, al argumentar que el transporte no es un servicio médico y declara improcedente la acción y recomienda acudir a los medios ordinarios de defensa judicial para su autorización.

La anterior decisión la tomó el juez de tutela, por considerar que "... la obligación de asumir el transporte de una persona a las entidades promotoras, esta procede únicamente en los eventos donde se acredite que el paciente ni sus familiares tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y de no efectuarse la remisión, se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario."

En cuanto a la solicitud de exoneración de las cuotas moderadoras y del tratamiento integral, el juez de tutela la declaró improcedente, ya que por los mismos hechos existe un pronunciamiento dentro del cual se ampara el derecho fundamental vulnerado y se ordena a COMPENSAR EPS suministrar el tratamiento integral y la exoneración de las cuotas moderadoras de los tratamientos e insumos que estuviesen por fuera del POS.

La señora Rosa María Ospina Morales, presentó solicitud de tutela contra La Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales considera vulnerado por la entidad demandada, al no autorizarle el examen de GAMAGRAFÍA DE TIROIDES y TRÁNSITO COLONICO CON MARCADORES, ordenados por su médico tratante y que requiere con urgencia.

## 1. Hechos y razones de la tutela

1. La señora Rosa María Ospina Morales, nació el 28 de marzo de 1958, por lo que a fecha actual cuenta con 53 años de edad.

1. Sostiene la accionante que es afiliada en salud a la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada, desde el 1 de octubre de 2007, según fotocopia de carne de afiliación que anexa al proceso.

2. Señala que desde hace dos años viene padeciendo dolores a causa de problemas de la tiroides, para lo cual su EPS-S la ha tratado solo con calmantes sin mejoría alguna.

1. Afirma que hace cuatro meses le ordenaron los exámenes de GAMAGRAFÍA DE TIROIDES y TRÁNSITO COLONICO CON MARCADORES, los cuales no fueron autorizados por no estar incluidos en el POS-S.

1. Dice que es una persona viuda y de escasos recursos, que por sus dolencias no puede trabajar. Agrega que vive con su padre quien no trabaja y vive “de lo que él le pueda dar”. Por ello, insiste que no hay posibilidad de realizarse el examen por su cuenta y cada día empeora su salud.

1. Fundamentos y pretensiones

La accionante solicita se amparen los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, y se ordene a La Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada, para que autorice el examen de GAMAGRAFÍA DE TIROIDES y TRÁNSITO COLONICO CON MARCADORES, ordenados por su médico tratante y que requiere con urgencia.

## 1. Actuación procesal

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ansermanuevo, Valle del Cauca, admitió la tutela el 20 de octubre de 2010 y vinculó al Departamento del Valle del Cauca a través de su Secretaría de Salud y la requirió para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por la accionante.

De igual forma, requirió a La Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada, para que respondiera los motivos por los cuales no se han autorizado los exámenes que requiere la señora Rosa María Ospina Morales.

Por último, citó a la accionante para que rindiera declaración para ampliar los hechos.

Concluye que sea exonerada la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, de toda responsabilidad por no vulnerar los derechos de la accionante.

De otra parte, Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada, se pronuncia mediante escrito del 29 de octubre de 2010, manifestando que los servicios que requiere la señora Ospina se encuentran por fuera del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado y por tanto, le corresponde a la Secretaria Departamental de Salud del Valle del Cauca, autorizarlo a través de la red de servicios contratados para los eventos no POSS.

Agrega que la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca tiene por política “no aceptar recobros por parte de la EPS-S sino cuando medie la negación por parte de la IPS de la red contratada por el Departamento para la prestación del servicio.”

Concluye que la EPS-S ha realizado los trámites pertinentes ante la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca para que sea autorizado dicho examen, como así consta en la carta remitida a esa entidad y radicada bajo el número 23647 del 22 de septiembre de 2010.

Por último, en declaración realizada por la señora Rosa María Ospina el día 22 de octubre de 2010, manifiesta que económicamente se encuentra muy mal por cuanto no puede trabajar, y actualmente vive con un hermano y su padre, quienes igualmente no trabajan. Agrega que

tiene dos hijos pero ellos tienen sus familias y no le colaboran para su sostenimiento. Dice que es viuda y siempre ha trabajado en casa de familia pero desde hace dos años no puede trabajar. Sostiene que la EPS-S le entregó con el fin de radicar una carta en el Hospital del Valle, en Cali, a fin de solicitar el servicio y le fuera autorizado el examen. Sin embargo, aduce no tener recursos para asistir a dicha ciudad.

#### 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 de la señora Rosa María Ospina Morales.

1. Copia del carné de la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada.

1. Copia de la historia clínica expedida por el Hospital Departamental de Cartago E.S.E.

1. Copia de la fórmula médica expedida por el médico tratante.

1. Copia del oficio del 8 de septiembre de 2010 expedido por la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada, en el cual se le informa que el examen solicitado por el médico tratante se encuentra excluido del POSS y que debe remitirse a la IPS más cercana, en éste caso al Hospital Universitario del Valle para que le realicen el procedimiento.

1. Copia de la carta que dirige la señora Rosa María Ospina Morales, a la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada, solicitando la autorización del servicio.

1. Copia de la carta de remisión de servicios remitida por la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada.

#### 1. Decisiones judiciales

Mediante fallo único de instancia del 8 de noviembre de 2010, el Juzgado Promiscuo Municipal de Ansermanuevo, Valle del Cauca, niega el amparo solicitado y recomienda orientar a la accionante para que se dirija con las órdenes entregadas por la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada, a la Secretaría Departamental del Valle del Cauca y reclame la prestación del servicio y la práctica de los exámenes requeridos.

La anterior decisión la tomó el juez de tutela, por considerar que la accionante no agotó el trámite requerido ante el Hospital Universitario del Valle para que le realicen el procedimiento; por ello, no cabe responsabilidad a la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada, ya realizó lo concerniente a la expedición de las solicitudes del procedimiento.

#### 1. Trámite en sede de revisión

Mediante Auto del 5 de mayo de 2011 la Sala Séptima de Revisión, teniendo en cuenta que en los casos planteados se invoca la protección del derecho a la salud, concretamente el acceso a los servicios de salud, en especial las del expediente T-2.906.509, consideró procedente solicitar las siguientes pruebas:

1. Solicitar a la EPS SALUDTOTAL para que remita informe expedido por el médico tratante del niño Samuel Machado Muñoz, en el cual se determine el estado actual de salud del paciente y, si la enfermedad por él padecida tiene implicaciones en su movilidad.

1. Solicitar a la EPS SALUDTOTAL para que remita la Historia Clínica del niño Samuel Machado Muñoz.

Por último ordenó suspender de manera indefinida los términos, de manera tal que sólo vuelvan a correr una vez recibidas y evaluadas las pruebas solicitadas.

1. Pruebas aportadas en sede de revisión

Mediante escrito del 31 de mayo de 2011, la EPS Salud Total remite copia de la Historia Clínica del niño Samuel Machado Muñoz. En el mismo escrito, informa que el médico tratante manifestó que no podía conceptuar sobre el estado de salud del niño sin antes revisar su evolución clínica, la cual se llevaría a cabo en los próximos días.

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.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

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 salud, concretamente por la negativa en el acceso a los servicios, que de alguna forma afectan la

posibilidad de que éste sea gozado efectivamente por las personas en situaciones concretas y específicas.

Estos casos revelan la existencia de problemas generales, graves y recurrentes en el sistema de protección del derecho a la salud, para lo cual se hace necesario determinar, si las entidades prestadoras de salud vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de los accionantes.

Estas situaciones son las siguientes: acceso a servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud, POS, sometidos a pagos moderadores; acceso a servicios de salud no incluidos dentro del POS; acceso a los servicios de salud requeridos por personas vinculadas al Sistema de Salud, en especial si se trata de menores, cuando se requiere su desplazamiento y el de un acompañante para asistir a citas médicas, tratamientos, exámenes y demás servicios ordenados por el médico tratante y que se encuentran dentro del lugar en que residen.

1. Previo al análisis de fondo se estudiarán dos temas relacionados con los casos expuestos: primero, la legitimación en la causa por activa; segundo, la posible temeridad.

1. Legitimación en la causa por activa para interponer acciones de tutela por parte de menores de edad<sup>1</sup>

El artículo 86 de la Constitución Política, dispone 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<sup>2</sup>, cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

Esta Corporación 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 20043 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 oportunidades<sup>4</sup>, 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”<sup>5</sup>

Ahora bien, respecto a la interposición de las acciones de tutelas por parte de los niños, las niñas y los adolescentes a través de representante, no puede ser entendida de manera absoluta, al punto que es admisible que un tercero, llámese sociedad o Estado, en un momento determinado, represente sus intereses aún a pesar de contar éstos con sus padres como representantes legales. Así, el inciso 2º del artículo 44 de la norma constitucional, indica que “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”

En ese contexto, los niños, niñas y adolescentes, en nuestro Estado Social de Derecho, son titulares de una especial protección constitucional, por lo tanto, el requisito de legitimidad cuando se trata proteger sus derechos fundamentales, puede recaer en cualquier persona.

#### 1. La posible temeridad por la prestación de una tutela anterior

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se estableció como un instrumento extraordinario, preferente, breve y sumario, cuya finalidad es la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas. Esta finalidad se alcanza con la orden judicial para conjurar la amenaza o la vulneración del derecho, dentro de un proceso de tutela, que es cumplido por las autoridades o personas a quienes va dirigida, en los términos, condiciones y plazos establecidos por la instancia constitucional.

Ahora bien, con el fin de evitar abusos de esta acción constitucional, el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, hizo referencia a la actuación temeraria la que describe como aquella que se presenta “cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales” y así

mismo señala que “se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”. Además, indica las sanciones previstas para los abogados que incurran en estos hechos.

En esa medida, la Corte Constitucional ha reiterado que para que se configure la temeridad y se puedan aplicar las consecuencias antes descritas –rechazo o decisión desfavorable y sanciones- el juez deberá evaluar, en primer lugar, si existe una identidad de partes, hechos y pretensiones entre las acciones de tutela interpuestas –lo que coincide con el fenómeno de la cosa juzgada en el caso de que alguna haya sido decidida previamente- y, en segundo lugar, si no existe justificación para ello, razón por la cual hay mala fe en la actuación del accionante<sup>6</sup>.

Igualmente ha dicho, que si alguno de estos dos elementos no está presente no se configura la temeridad. Así, si el primer elemento, es decir, de la identidad está presente pero el segundo – ausencia de justificación y mala fe – no lo está, esta Corte ha afirmado que tiene lugar la improcedencia, en virtud de que existe cosa juzgada pero no las sanciones, pues la temeridad no se configura<sup>7</sup>.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que el juez constitucional al momento de valorar si se encuentra frente a una situación como la descrita, debe tener en cuenta tres requisitos determinantes: (i) identidad de partes; (ii) identidad de causa petendi; (iii) identidad de objeto. Estos, han sido llamados por la jurisprudencia triple identidad, desarrollados en la sentencia de unificación SU- 713 de 2006, en la cual sostuvo:

“Para deducir que una misma demanda de tutela se ha interpuesto varias veces, con infracción de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable acreditar: // (i) La identidad de partes, es decir,

que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. // (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. // (iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental. // (iv) Por último, y como se dijo anteriormente, a pesar de concurrir en un caso

en concreto los tres (3) primeros elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación a través del desarrollo de un incidente dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción. Esta ha sido la posición reiterada y uniforme de esta Corporación, a partir de la interpretación del tenor literal de la parte inicial del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: ‘Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes’”.

Ahora bien, respecto a la triple identidad esta Corporación ha señalado que la temeridad puede descartarse por (i) nuevas circunstancias fácticas o jurídicas que varíen sustancialmente la situación inicial<sup>8</sup>, (ii) por el hecho de que la jurisdicción constitucional, al conocer de la primera acción de tutela, no se pronunció realmente sobre una de las pretensiones del accionante<sup>9</sup> o porque (iii) la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos se hacen explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones<sup>10</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que un hecho nuevo puede ser “la consagración de una doctrina constitucional que reconoce la violación de derechos fundamentales en casos similares”<sup>11</sup>.

Así, en la sentencia T-009 de 2000, ésta Corporación determinó que no se configuraba la temeridad en el caso de varios trabajadores amparados por fuero sindical, los cuales presentaron dos acciones de tutela, una en 1998, la cual fue considerada improcedente en ambas instancias, y otra, en 1999 debido a que fueron despedidos a raíz de un cese de actividades declarado como ilegal. Sostuvo que:

“podría afirmarse que, en el presente caso, los actores interpusieron una segunda acción de tutela a raíz de las mismas circunstancias fácticas (...) Sin embargo, en la segunda acción presentada, los trabajadores despedidos alegan la vulneración de su derecho a la igualdad y solicitan la aplicación al caso de una doctrina constitucional que sólo fue formulada por la Corte una vez decididas las acciones primariamente presentadas [se refiere a la sentencia SU-036 de 1999]. Se trata entonces de una segunda acción que, sin embargo, se funda en un

hecho nuevo: la consagración de una doctrina constitucional que reconoce (1) la aplicación inmediata del derecho al debido proceso en los procedimientos de despido en virtud de la declaratoria de ilegalidad de un cese de actividades y (2) la procedencia de la tutela a fin de hacer exigible el mencionado derecho. En las condiciones anotadas, parece claro que los actores, en ejercicio de su derecho a la igualdad, consideraron que la doctrina sentada por la Corte Constitucional, para resolver un caso cuyos hechos son idénticos y concomitantes a los hechos que originaron su solicitud de amparo, les era aplicable”.

De forma similar, en la sentencia T-1034 de 2005 la Corte estimó que no se presentaba temeridad en el caso de una ciudadana que interpuso dos acciones de tutela, una en el año 2001, la cual fue negada en ambas instancias, y otra en el 2005, debido a que una entidad financiera modificó en su perjuicio la reliquidación de su crédito UPAC con el argumento de que se habían detectado errores en la misma. Para sustentarlo dijo que:

“... a pesar de que los hechos expuestos en ambas tutelas son similares, existen motivos justificados para la presentación de la nueva acción de tutela (...) fue con posterioridad que la Corte Constitucional profirió las sentencias de tutela sobre casos similares en los cuales existieron múltiples reliquidaciones de los créditos y sentó su jurisprudencia sobre el respeto al acto propio y la violación de los derechos al debido proceso y a la buena fe de los usuarios del sistema financiero”.

Por último, la Corte Constitucional en sentencia T-1104 de 2008, indicó:

“Se ha sostenido que la declaratoria de improcedencia de la tutela por temeridad debe analizarse desde una perspectiva distinta a la meramente procedimental, cuando el ejercicio simultáneo o repetido de la acción de tutela se funda en: (i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia<sup>12</sup> o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe<sup>13</sup>; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho<sup>14</sup>; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante<sup>15</sup>; y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional

profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión.<sup>16</sup>”

De esta forma, se concluye que le corresponde al juez de tutela no sólo la de verificar de la existencia de unos requisitos procedimentales, sino debe analizar también las particularidades del caso, a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales. En efecto, no siempre que existan pluralidad de acciones de amparo se produce la temeridad, en razón a que se debe determinar que exista la mala fe por parte del accionante, y además que no exista otra causa que justifique la interposición de un nuevo amparo.

1. Para analizar y resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará el precedente constitucional agrupándolos de la siguiente forma: primero, el carácter fundamental del derecho a la salud; segundo, cuando el derecho a la salud afecta en especial a los niños, las niñas y los adolescentes; tercero, jurisprudencia de la Corte Constitucional para ordenar el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud - POS; cuarto, acceso a los servicios de salud sometidos a copagos; quinto, autorización del transporte para acceder a los servicios de salud dentro del área de la residencia, y 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.”<sup>17</sup>

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 (...).”<sup>18</sup>

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 manifiesta<sup>19</sup>.

Por otra parte el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, cuando 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 universal<sup>20</sup>.

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 público<sup>21</sup>, 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.<sup>22</sup>

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 1993<sup>23</sup> y T-395 de 1998<sup>24</sup>. 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 200125, 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 200726, amplía la tesis y dice 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”.<sup>27</sup>

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.”<sup>28</sup>

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.”<sup>29</sup>

En suma, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud, se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela<sup>30</sup>.

## 1. El derecho fundamental a la salud en especial a los niños, las niñas y los adolescentes

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, obliga a los Estados Parte a proporcionar a los niños y niñas “el disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”<sup>31</sup> Este mandato hace referencia a la definición planteada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito el 16 de diciembre de 1966, en el que se exhorta a los países contratantes a reconocer a sus habitantes el goce de condiciones de salud física y mental en igual medida -el más alto nivel posible-.<sup>32</sup>

En nuestro ordenamiento constitucional, el artículo 44 de la Carta Política nos indica respecto al derecho a la salud para los niños y niñas que “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”

En ese orden de ideas, a diferencia de lo anterior, esta Corporación ha reconocido desde un comienzo el carácter de fundamental, el derecho a la salud para los niños y niñas. Como ejemplo tenemos la sentencia T-075 de 199633, donde se analizó el caso de una madre que solicitaba la protección del derecho fundamental de su hija que padecía una “neurofibromatosis” congénita. En esa ocasión, la Corte manifestó:

“Esta decisión del Constituyente obedece, no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño. Por su carácter de derecho fundamental, el Estado tiene entonces la obligación de garantizar la atención de la salud de los menores, bien porque las prestaciones que ello implica se hagan efectivas en forma directa, a través de entidades oficiales, o bien porque ellas se ofrezcan por intermedio de instituciones privadas o semioficiales.

(...)

Igualmente en la sentencia T-640 de 199735 la Corte se refirió a la protección de los derechos fundamentales de los niños en los siguientes términos:

“No obstante, la Sala encuentra que la decisión del juzgador de única instancia dejó de explorar otras fuentes jurídicas a partir de las cuales la tutela del derecho reclamado por la señora Luz Alba Vaca Ruiz para su menor hijo tiene pleno respaldo, si se tiene en cuenta que la Constitución de 1991 privilegia la protección del niño en razón de su especial vulnerabilidad, lo cual ha dado pie a que, “la Corte haya considerado que se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata, que establece una garantía mayor para los menores y una responsabilidad especial del Estado en el cuidado y protección de sus derechos<sup>36</sup>”, con fundamento en el texto expreso de su art. 44.”

“El ordenamiento constitucional es pródigo en el reconocimiento y protección de ciertos derechos fundamentales específicos en favor de los niños, sin perjuicio de que también en su favor se prediquen los que se reconocen a las demás personas; pero, además, refuerza su protección cuando dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

“Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional<sup>37</sup>.”

“De otra parte, no puede desconocerse que el régimen constitucional de protección de la niñez tiene un complemento efectivo en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que sobre el particular han sido ratificados por Colombia, los cuales, según los términos del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.”

“En efecto, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño, se dispuso:

“...los Estados Partes reconocen el derecho de un niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponible la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y al responsable de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él” (art. 23, párrafo 2).”

“Del mismo modo el instrumento referido señala:

“En atención a las necesidades del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimientos y reciban tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual en la máxima medida posible”. (Ibídem, párrafo 3).

“Consecuente con lo anterior, considera la Sala que los niños se encuentran dentro del grupo

de personas que requiere especial protección del Estado por su condición física y mental que los colocan en circunstancias de debilidad manifiesta y que dicha protección debe extenderse al máximo, de modo que se garantice su desarrollo armónico e integral (arts. 13 inciso final, 44 inciso 2° C.P.). Ello determina, que los programas de salud y de seguridad social no solamente deben asegurar: la protección de su vida e integridad física, la creación de un estado óptimo de bienestar general que les proporcione una calidad existencial que les asegure dicho desarrollo, como condición para la realización de sus metas o proyectos de vida, y la rehabilitación funcional y la habilitación profesional que se requiera para que más tarde, cuando sean mayores, puedan ser personas útiles a la sociedad y estar en condiciones de acceder a las fuentes de trabajo que el Estado, según el art. 54 de la Constitución, está en la obligación de garantizar.”

“La circunstancia destacada, según la cual, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños están reconocidos como derechos fundamentales de aplicación inmediata, hace que prevalezca el ordenamiento constitucional sobre el simplemente legal y, más aún, sobre las disposiciones de carácter reglamentario, como es la que excluye del Plan Obligatorio de Salud el suministro de algunos instrumentos que, como en el caso de las sillas de ruedas, tienen por objeto contribuir a la rehabilitación de los niños discapacitados.”

“Si bien, la cobertura de la seguridad social del Estado, con la participación de los particulares, constituye un proceso en continua expansión, según lo determinen las políticas sociales y económicas de aquél, no puede ignorarse que cuando se trata de derechos fundamentales, como es el caso de la salud y de la seguridad social de los niños, el legislador tiene como límite de su acción la necesidad de asegurar su respeto y efectiva vigencia. De ahí, que no sean válidas desde la perspectiva constitucional las exclusiones o limitaciones a los servicios que proporciona el Plan Obligatorio de Salud, cuando se afectan los referidos derechos.”

De igual forma en la sentencia SU-819 de 1999,<sup>38</sup> la Corte estudió la controversia planteada sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales al derecho a la salud, y por conexidad al derecho fundamental a la vida de un niño, por parte de la EPS accionada y por el Ministerio de Salud, al no autorizarle ni asumir los costos de la remisión al exterior, para que se le realizara el trasplante de médula ósea que requería urgente. En esa ocasión se amparó parcialmente sus derechos al determinar que “el peticionario no dispone de los

ingresos mensuales suficientes para asumir los procedimientos médicos que demanda en el exterior la atención y la recuperación de su hijo, a quien se le efectúa un trasplante de médula ósea. Por lo que, dada su capacidad socioeconómica, no está en posibilidad objetiva de asumir tales costos.”

Posteriormente, en Sentencia T-442 de 200039, la Corte analizó el caso de una niña de once años de edad, quien padecía del síndrome de rubinstein, a quien le fueron formuladas unas hormonas de crecimiento que requería para su desarrollo físico normal. En ella se indicó:

“una estatura claramente por debajo de lo normal puede incidir en el desarrollo físico del menor, y también, puede llegar a afectar la autoestima y la dignidad de una niña o un niño, por lo que cuando se niega, sin razón para ello, el medicamento que un menor de edad requiere para poder alcanzar una estatura normal se atenta contra su derecho a la salud y contra el derecho que tiene a desarrollarse físicamente igual a cualquier persona, en contravención del artículo 44 constitucional, situación que autoriza al juez de tutela para proteger sus derechos”.

Esta Corporación reitera la fundamentalidad de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños y niñas, al señalar en la sentencia T-417 de 200740 lo siguiente:

“En consecuencia, como el artículo 86 de la Constitución Política estableció que la acción de tutela es un mecanismo expedito para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados, es claro, como lo ha sostenido esta Corporación, que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, por tener expresamente la categoría de fundamentales en la Constitución, son autónomos para efectos de ser protegidos por el juez constitucional de manera directa por esta vía, pues, como ya se indicó, no requieren de la conexidad que sí necesitan otros derechos con alguno de rango fundamental para que proceda su protección por vía de tutela.”

En ese sentido, debido a la situación de especial vulnerabilidad de los niños, los derechos a la salud y a la seguridad social de los menores, son reconocidos como fundamentales, y en esa medida es procedente la acción de tutela para solicitar su protección de forma inmediata.

De esta forma se puede concluir, que es obligación especial del Estado la protección de los

derechos fundamentales de los niños y niñas, toda vez que se trata de un sector de la población que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta y proclive a abusos o maltratos. Igualmente, se debe exigir a las entidades comprometidas con la seguridad social en salud, la de brindarle a los niños y niñas, toda la atención que requieran para su desarrollo físico e intelectual, con el fin de asegurarles una existencia digna.

1. Reglas de procedencia de la acción de tutela para ordenar el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud - POS

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, nace el Sistema de Seguridad Social Integral en desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales que contempla la Constitución Política de 1991. Éste, se encuentra dividido por 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, hoy, de la Protección Social, y actualizada mediante el Acuerdo 008 de 200941.

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 la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Es decir, que a partir de esta ley, garantizar la prestación de los servicios de salud que la persona requiera es responsabilidad de las EPS, 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 servicio<sup>42</sup>, (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.<sup>43</sup>

De igual forma el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, situación que para la Corte 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.<sup>44</sup>

En relación con la procedencia de los medicamentos y procedimientos no POS, la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, es que se encuentre expresamente dentro de las normas y reglamentos antes citado.

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ordenó procedimientos por fuera del POS. Es el caso de la Sentencia SU-480 de 1997, que acumuló 7 acciones de tutela instauradas por enfermos de VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena por 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”.

Igualmente esta Corporación en la Sentencia T-099 de 1999, 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 similar sentido, en la Sentencia T-565 de 1999, señaló:

“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.

(...)

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”.

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 tercera edad, personas en condiciones de discapacidad y niños.

Es el caso de la Sentencia 1081 de 2001, 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.

Tenemos también que en la Sentencia T-899 de 200245, amparó el derecho a la salud y a la vida digna de una persona que padecía de incontinencia urinaria originada por una cirugía de próstata que le había sido practicada. En dicha ocasión se ordenó a la EPS demandada la entrega de pañales, pese a que no se allegó al expediente la formulación del médico tratante adscrito a esa entidad. A juicio de esta Corporación, la enfermedad que padecía el petente, si bien no comprometía su derecho a la vida, sí le impedía llevar una vida en condiciones dignas<sup>46</sup>.

Siguiendo la misma línea de protección, la Sentencia T-069 de 200547 estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticado 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.

En esta 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”<sup>48</sup>.

Cabe resaltar que varios de los anteriores casos 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 garantizan el acceso a los servicios de salud (medicamentos o tratamientos) excluidos del POS.

Por consiguiente, la Corte estableció los siguientes criterios sobre la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no están incluidos en el plan obligatorio:

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 demandante<sup>50</sup>.

La anterior subregla surgió 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 se acreditaba que el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y 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, y como se anotó antes, la Corte 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 la misma oportunidad aclaró el concepto de “requerir”<sup>51</sup> y el de “necesidad”. Frente al primero adujo 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 afirmó 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.<sup>52</sup>

El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, 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 esta Corporación en sentencia T-760 de 2008 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.”<sup>53</sup>

Y por último, frente a los sujetos de especial protección la Corte reiteró su jurisprudencia en la Sentencia T-1024 de 2010 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 grupos<sup>54</sup>; 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 accionante<sup>55</sup>.

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.<sup>56</sup>

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.”<sup>57</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aún 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.<sup>58</sup>

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 concluye, que no es posible que se aplique de manera restrictiva la reglamentación, y se excluya la práctica de procedimientos o intervenciones, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación restrictiva tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

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

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.

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 200660 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”<sup>61</sup>

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.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup> Esta regla se reproduce en los mismos términos en la reglamentación,<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup>

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.'<sup>67</sup> 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'.<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup>

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'.<sup>70</sup> Adicionalmente, establece que los pagos moderadores (tanto las cuotas moderadoras como los copagos) deben 'aplicarse' de acuerdo con los principios de (i) equidad,<sup>71</sup> (ii) información al usuario,<sup>72</sup> (iii) aplicación general (de no discriminación),<sup>73</sup> y (iv) de no simultaneidad.<sup>74</sup>

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

"en ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias, y si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios".<sup>75</sup>

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"<sup>76</sup>

En el momento de la prestación de los servicios de salud,<sup>77</sup> las instituciones encargadas deben tener en cuenta, que en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.<sup>78</sup> 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".<sup>79</sup>

La Corte Constitucional en la sentencia SU-225 de 199880, 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 200681, 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 que 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 conclusión, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, irrespeta su derecho a acceder a éstos, sí le exige como condición previa que cancele el pago moderador al que haya lugar en virtud de la reglamentación. La entidad tiene el derecho a que le sean pagadas las sumas de dinero a que haya lugar, pero no a

costa del goce efectivo del derecho a la salud de una persona.

En ese sentido, todas las personas tienen el derecho constitucional a no ser excluidas del servicio de salud que requiera, cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o cuando requiera 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. Doctrina constitucional sobre el cubrimiento de los gastos de transporte para pacientes y sus acompañantes por las E.P.S., como procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud

Esta corporación ha indicado en varias oportunidades<sup>82</sup>, los casos en que el Sistema de Seguridad Social en Salud debe cubrir el servicio de transporte. No obstante este servicio no esté catalogado como una prestación asistencial de salud, algunas veces suele estar íntimamente relacionado con la recuperación de la salud, la vida y la dignidad humana, sobretodo cuando se trata de sujetos de especial protección, como los niños discapacitados.

La regulación de este servicio se encuentra establecido en el Acuerdo 08 de 2009, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, el cual se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, en los siguientes casos:

“ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos,

según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Si en concepto del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.”

Como se observa, la inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud que garantiza el cubrimiento del transporte para el paciente ambulatorio que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo, en todos los niveles de complejidad, no es absoluta, dado que se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional<sup>83</sup>.

En los demás casos, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud. En éste evento, le corresponde al juez constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo para financiar el traslado, en los casos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus

familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.<sup>84</sup>”

En ese sentido, esta Corporación en sentencia T-550 de 2009 ha reconocido que:

“(…)… la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar<sup>85</sup>”.

La jurisprudencia de esta Corporación, en T-1158 de 2001<sup>86</sup> trató el tema relacionado con los gastos que demanda el transporte y la manutención para hacer efectivos los tratamientos médicos, y plantea un desarrollo desde la perspectiva del principio de accesibilidad del afiliado al Sistema General de Seguridad Social, entendido como “la posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios o recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención en salud y a la seguridad social”.

En la citada sentencia agregó, que “la accesibilidad y el acceso al servicio público de salud son un todo inescindible, siendo posible el amparo constitucional del derecho en aquellos casos donde se acredite la imposibilidad objetiva del suministro de los medios suficientes y adecuados para hacer uso de la atención asistencial”. <sup>87</sup>

En esas circunstancias, la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud, conlleva además de brindarse los tratamientos médicos para proteger la salud de la persona, la de conseguir los medios para la materialización efectiva del servicio.

En sentencia T-346 de 2009<sup>88</sup>, se recordó que la jurisprudencia constitucional ha señalado que todas las personas tienen el derecho a recibir la asistencia médica necesaria para la recuperación de su salud, situación que en algunos casos excepcionales puede conllevar

incluso el servicio de transporte, siempre y cuando (i) ni el paciente ni la familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el mencionado servicio y (ii) que en caso de no otorgarse el medicamento, procedimiento o tratamiento, se amenace “la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”. De igual forma, citó que en algunas oportunidades se ha ordenado la prestación del transporte, junto con un acompañante, cuando el paciente (i) dependa totalmente del tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente “para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas” y finalmente, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero.

Igualmente, mediante sentencia T-391 de 200989, esta Corporación concedió el amparo solicitado por la madre de un niño que padecía síndrome de Down y con el fin “de facilitar el desplazamiento en óptimas condiciones a las instalaciones en las cuales se presta el servicio médico integral requerido para la atención”, ordenó a la EPS suministrar el valor del servicio de transporte del menor y de un acompañante:

“A la luz de la jurisprudencia constitucional, el suministro del servicio adicional de traslado de pacientes tiene la finalidad de asegurar que el esfuerzo prestacional realizado procure el acceso de las personas que, de manera efectiva, requieren la asistencia de estas entidades, pues de otra forma su aplicación irrestricta conduciría a una desconcentrada inversión de los recursos que, en últimas perjudicaría a los sectores de la población menos favorecida que reclaman atención prevalente.

(...)

Por consiguiente, el traslado de pacientes de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud que requiera corresponde en primer término al usuario o en virtud del principio constitucional de solidaridad a sus familiares. No obstante, en casos especiales, dadas las circunstancias del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional. Lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de accesibilidad a los servicios de salud.

(...)

La Corte ha reconocido que los gastos de transporte de pacientes deben ser sufragados en

los casos previstos por la legislación vigente tanto para el régimen subsidiado como para el contributivo, a saber: el Acuerdo 72 de 1997 'Por medio del cual se define el plan de beneficios del régimen subsidiado', literal d, artículo 7190 y la Resolución 5261 de 1994 "Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud' 91."

En cuanto al cubrimiento de gastos de traslado para el acompañante, esta Corporación señala que la protección procede cuando, atendiendo el concepto médico, el paciente requiere de un tercero para hacer posible su desplazamiento o para garantizar su integridad física y la atención de sus necesidades más apremiantes<sup>92</sup>. Al respecto señaló: "la autorización del pago del transporte del acompañante resulta procedente cuando (i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado"

En esos términos, se encuentra establecido que por vía de tutela se puede impartir la orden para que la empresa prestadora del servicio de salud cubra el transporte, ya sea urbano o de una ciudad a otra, del afiliado y de un acompañante, cuando el paciente lo requiera, de forma que pueda recibir oportunamente los servicios médicos asistenciales.

Para concluir, es obligación del juez de tutela analizar las circunstancias de cada caso en particular y determinar si se cumplen con los requisitos definidos por la jurisprudencia, caso en el cual, deberá ordenar los pagos de transporte que se requiera cuando se demuestre que carece de recursos económicos y su traslado para atender su salud es necesario para su recuperación.

## 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-2.903.978

En el presente caso, de las pruebas aportadas tenemos que la señora Luz Marina Díaz Paramo, cuenta con 57 años de edad y se encuentra afiliada a CAPRECOM EPS-S en el régimen subsidiado Nivel 2. Presenta un diagnóstico de hipertensión, asma, rinitis y, sufre de enfermedad renal, razón por la cual, los médicos tratantes le han ordenado medicamentos de Montelukas 10 mg y Ácido Ascórbico 500 mg., los cuales la entidad accionada se niega a suministrarlos, y que por su alto costo no puede sufragar.

Para el análisis del presente caso, se analizará primero, la entidad responsable de garantizar la prestación del servicio, y segundo, si se evidencia la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de la accionante.

1.- Tratándose de la responsabilidad en la prestación del servicio, se encuentra probado que ante el requerimiento realizado por el juez de instancia, la EPS-S CAPRECOM argumentó, que efectivamente la accionante requiere la autorización del suministro de los medicamentos Montelukast de 10 mg., y Ácido Ascórbico 500 mg., ordenados por su médico especialista para el manejo de hipertensión, asma y rinitis que padece.

Igualmente, manifiesta que el servicio solicitado no fue autorizado por estar excluido del POSS, con cargo a los recursos de la oferta que ésta administra, y que de hacerlo, incurrirían en daño fiscal por destinación diferente de recursos, y que su posición está amparada en lo dispuesto en el Acuerdo 008 del 29 de diciembre de 2009.

Por su parte, la Secretaría de Salud, Educación y Bienestar Social del Departamento de Caldas, manifiesta que la entidad hace esfuerzos para atender las necesidades de la población pobre y vulnerable del país, y que por ello, se encuentran contratadas las EPS-S del Régimen Subsidiado, las cuales garantizan al afiliado la prestación de los servicios de salud que se encuentren en el POS; pero, aquellos subsidios de salud que se encuentren por fuera del POS, se están atendiendo, de conformidad con la normatividad vigente, en el caso

concreto, a través de la EPS-S CAPRECOM, a la cual se encuentra afiliada la señora Luz Marina Días Paramo.

Como quiera, que la Corte ha sostenido que dependiendo del estado particular del afiliado y su grado de afectación, la protección de los derechos fundamentales invocados puede llevarse de dos maneras, una que la EPS-S asuma directamente el servicio o suministre los medicamentos según el caso, evento en que puede repetir contra el FOSYGA, y otro, que se ordene directamente al ente territorial responsable del servicio para que autorice lo correspondiente.

Ahora bien, las Entidades Promotoras de Salud y las Entidades Territoriales no pueden excusarse con el pretexto de no encontrar una solicitud del caso, basta con el conocimiento del mismo para que sean diligentes, más aun en su condición especial de prestadoras de salud a este tipo de población con alto grado de pobreza, que carece de la información sobre trámites y demás procedimientos administrativos, y, no por ello, deben padecer la negativa a la prestación de los servicios de salud obligatorios.

2.- Dentro de las pruebas aportadas se evidencia que la falta de suministro de los medicamentos Montelukast de 10 mg., y Ácido Ascórbico 500 mg., agravan el padecimiento de la accionante. En estos casos, es necesario determinar el grado de afectación que implica la demora injustificada en la entrega de los medicamentos, bajo pretexto de no estar incluida en el POSS.

Al respecto la Sentencia T- 027 de 1999, sostuvo:

“La dilación injustificada podría agravar el padecimiento y, eventualmente, llevar la enfermedad a límites inmanejables donde la recuperación podría resultar más gravosa o incierta, comprometiendo la integridad personal e, incluso, la vida del afectado. En consecuencia, es obligación de la entidad prestadora del servicio, adelantar las gestiones en el menor tiempo posible para que el usuario no padezca el rigor de su mal, más allá de lo estrictamente imprescindible.”<sup>93</sup>

Por lo tanto, esta Sala considera que las entidades accionadas están incumpliendo sus deberes legales y constitucionales, evidenciando la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de la accionante, a quien se pone en riesgo, no solo la salud sino su

afectación en el desarrollo de su vida en condiciones dignas; y reitera, que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental.

Como conclusión, y al estar demostrada la vulneración alegada por la accionante, esta Sala concederá el amparo de los derechos invocados, y ordenará revocar la sentencia de instancia, para en su lugar, disponer que la EPS-S CAPRECOM, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el suministro de los medicamentos Montelukast de 10 mg., y Ácido Ascórbico 500 mg., formulados por el médico tratante y que son necesarios para tratar la enfermedad que el sujeto pasivo de la vulneración padece.

#### 1. Expediente T-2.906.509

La señora Zulma Idalia Muñoz Sánchez, actuando en nombre y representación de su hijo Samuel Machado Muñoz, presentó solicitud de amparo constitucional contra la EPS SALUDTOTAL, invocando la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle los gastos de transporte para la movilización para asistir al manejo de control médico y la exoneración de la cancelación de copagos

De los elementos probatorios allegados al proceso se observa que el niño Samuel Machado Muñoz, se encuentra afiliado como beneficiario de su padre al Sistema General de Seguridad Social, en el régimen contributivo en Salud, a través de SALUD TOTAL S.A. EPS y ARS, desde el 26 de febrero de 2009, y actualmente cuenta con 5 años de edad.

Igualmente, se encuentra probado que el niño fue valorado en IPS Hospital San Vicente de Paul de Medellín, con cuadro clínico de hipertensión arterial renovascular con angioplastia con stent en arteria renal izquierda. En esa ocasión, se solicitó ecografía doppler de vasos renales para evaluar el stent por hipertensión arterial y control por nefrología pediátrica.

De conformidad a los reportes presentados por la EPS, se observa que se le practicó un procedimiento quirúrgico en un tercer nivel para corrección de Perthes en la cadera izquierda, conllevando a que debe asistir a las terapias correspondientes, a las citas médicas

y controles ordenados por el médico tratante, posterior a un fallo de tutela que les fuera notificado el 10 de julio de 2010. En esa ocasión, Zulma Idalia Muñoz Sánchez, actuando en nombre y representación de su hijo Samuel Machado Muñoz, presentó solicitud de amparo constitucional contra la EPS SALUDTOTAL, para que se autorizaran los exámenes ordenados al niño y los tratamientos y procedimientos quirúrgicos requeridos, además un tratamiento integral.

El juez de instancia, declaró infundadas las pretensiones toda vez que la EPS suministró las autorizaciones ordenadas por el médico tratante, en el curso del proceso de tutela; sin embargo, ordena que se siga cumpliendo con el tratamiento integral que se le venía prestando al niño.

En esas circunstancias, y ante las prescripciones médicas, y la necesidad de continuar con el tratamiento de su hijo, la accionante solicitó ante SALUD TOTAL S.A. EPS asumir el costo del traslado a las Instituciones encargadas de prestar a su hijo los servicios de salud para tratar la patología que padece, así mismo, la exoneración de la cancelación de copagos. Dichos requerimientos no le fueron suministrados por la entidad demandada con fundamento en que tal obligación no se encuentre incluida en el Plan Obligatorio de Salud.

Ante la negativa, la accionante presentó acción constitucional, a fin de que se ordenara a SALUD TOTAL S.A. EPS, sufragar el costo del traslado a los sitios en donde recibe el tratamiento su hijo y la exoneración de los copagos.

En esta ocasión, el amparo fue negado por el juzgado de conocimiento de la acción de tutela, por considerar que la EPS accionada no tenía la obligación de suministrar los mencionados servicios, dado que se encontraban excluidos del POS.

Así las cosas, y una vez establecidas las condiciones fácticas, procederá la Sala a determinar, en el presente caso: primero, si se encuentra probada la legitimación por activa de quien impulsó la acción constitucional, segundo, la posible temeridad de la accionante por la presentación de una tutela anterior, tercero, si hay lugar a conceder la exoneración de los copagos, y cuarto, si es procedente cubrir los gastos de transporte del niño y de su progenitora para cumplir con las citas y procedimientos que requiere dentro del lugar de su residencia.

## 1.- La Agencia oficiosa

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 tutela<sup>94</sup>.

Estudiando el caso que nos ocupa, la acción es interpuesta por la señora Zulma Idalia Muñoz Sánchez, actuando en nombre y representación de su hijo Samuel Machado Muñoz, por lo tanto, esta Sala encuentra que existe legitimación en la causa por activa, pues se demostró que la accionante es la madre del niño, quien actuó en su representación, situación que se enmarca en lo dispuesto en el artículo 306 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el aparte de fundamentos generales de esta providencia.

## 2.- La posible temeridad

Ahora bien, respecto de la posible temeridad de la accionante por la presentación de una tutela anterior a la que se revisa, se observa que no se presenta la llamada triple identidad, por las siguientes razones:

La identidad de la causa que se pretende no es la misma, por cuanto en la primera se buscaba la autorización de un procedimiento médico y la práctica de exámenes, los cuales fueron autorizados por la EPS cuando cursaba el proceso de tutela, por lo cual el Juez de instancia denegó el amparo. Sin embargo, ordenó a la EPS, continuidad del procedimiento en forma integral, y no se pronunció respecto a la exoneración de los copagos y el suministro de transporte.

En la segunda tutela impetrada, la accionante busca la exoneración de la cancelación del copago y el suministro de transporte, pretensión tutelar que difiere de la anterior, por cuanto se trata de solicitudes por hechos distintos, que aparecieron con posterioridad.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-1104 de 2008, ha determinado que la declaratoria de improcedencia de la tutela por temeridad debe analizarse desde una perspectiva distinta a la meramente procedimental, cuando la presentación de una anterior acción constitucional se funda en:

“(i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia<sup>95</sup> o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe<sup>96</sup>; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho<sup>97</sup>; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela (s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante”.<sup>98</sup>

En efecto, la Sala considera que la acción de tutela es procedente en el caso que se analiza, dado que no se demostró la posible existencia de la temeridad, toda vez que los hechos que se revisan, aparecieron con posterioridad, como resultado del tratamiento ordenado por su médico.

### 3.- Si hay lugar a conceder la exoneración de los copagos

En el presente caso, el niño Samuel Machado Muñoz fue sometido a un procedimiento quirúrgico, por lo que es claro que necesita de tratamientos constantes para poder mantener un nivel mínimo de vida digna, y de goce de su salud.

De lo analizado en las pruebas aportadas al proceso, observa la Sala, que la accionante en su condición de madre del niño, ha asumido los gastos de los copagos del tratamiento, lo cual ha afectado directa y gravemente el mínimo vital de su núcleo familiar, si se tiene en cuenta que el mismo está representado por la poca ayuda económica que aporta el padre del niño; sumado a ello, tiene la obligación del hogar como madre soltera de dos niños.

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.

Al respecto, la Corte en sentencia T-158 de 2008, 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.”

Adicional a las razones expuestas, es importante atender que el beneficiario de esta acción de tutela es un niño, y por lo tanto goza de una especial protección constitucional en todos los ámbitos que puedan estar menoscabando su calidad de vida y de salud. Siendo esto así, es evidente que si el cobro de los copagos afecta el mínimo vital del niño, así como a su núcleo familiar, estos no pueden exigirse.

De este modo, existe fundamento constitucional y legal para excluir a la señora Zulma Idalia Muñoz Sánchez, actuando en nombre y representación de su hijo Samuel Machado Muñoz, de los copagos para acceder a los servicios médicos que requiere. Por lo tanto, esta Corte tutelaré los derechos a la salud, a la vida y la vida en condiciones dignas, y se ordenará la exoneración de la cancelación de los copagos que le están siendo cobrados y de los futuros que puedan ser causados.

4.- Procedencia de los gastos de transporte del niño y de su progenitora para cumplir con las citas y procedimientos que requiere dentro del lugar de su residencia

Igualmente, la señora Zulma Idalia Muñoz Sánchez, actuando en nombre y representación de su hijo Samuel Machado Muñoz, solicita que SALUD TOTAL S.A. EPS, cubra los gastos de transporte del niño y de un acompañante para asistir a las citas médicas, controles y exámenes dentro del tratamiento que recibe. La entidad accionada, argumentó su negativa en que tales gastos se encuentran por fuera de la cobertura del POS -S ya que los pacientes y sus familias, son los obligados a cubrir los gastos de traslado de los afiliados al sistema en razón de sus necesidades médicas.

Como se desarrolló en precedencia, la inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud que garantiza el cubrimiento del servicio para el paciente ambulatorio que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo, en todos los niveles de complejidad, no es

absoluta, dado que se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional<sup>99</sup>.

En los demás casos, cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento, debe el juez constitucional analizar si se acredita que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.<sup>100</sup>

De lo visto, tenemos que la jurisprudencia constitucional determina la viabilidad del servicio de transporte por fuera del lugar de residencia del solicitante, y excepcionalmente, dentro del ámbito residencial cuando se ha probado que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y, de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

En ocasiones, la jurisprudencia constitucional ha sostenido:

“... que la dimensión de los gastos de traslado llega a desbordar la capacidad económica del paciente y de su familia, en cuyo caso se advierte la existencia de una barrera informal al acceso del servicio de salud que debe ser eliminada, según lo ordena el criterio de accesibilidad, pues en estos casos el disfrute material del derecho a la salud del individuo resulta entorpecido por un elemento –capacidad económica– que en ningún caso puede restringir su plena satisfacción.

(...)

Ahora bien, como fue señalado en sentencia T-295 de 2003, en aquellos eventos en los cuales el procedimiento médico sea practicado a un menor de edad, a un discapacitado o a una persona de la tercera edad, se hace indispensable, adicionalmente, cubrir los gastos de desplazamiento de un acompañante, dado el estado de indefensión y el grado de dependencia en que pueden encontrarse.”<sup>101</sup>

También la Corte Constitucional en sentencia T-212 de febrero 28 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, ordenó a una EPS el suministro de transporte dentro de la misma ciudad, de un menor de edad que padecía el síndrome de Sturge Weber, al igual que para su mamá. En esa oportunidad la Corte señaló:

“Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional, en relación con este tópico ha considerado por regla general, que las E.P.S. o el Estado deben asumir el costo del transporte para trasladar a un usuario o usuaria del Sistema General de Seguridad Social en salud, cuando la atención médica debe prestarse en un lugar diferente al del domicilio, no significa entonces que este lineamiento deba tomarse de manera absoluta, en tanto puede darse un evento en el que el servicio de transporte requerido, dadas las condiciones particulares del caso y siempre y cuando se cumplan los requisitos dispuestos por el Tribunal Constitucional, sea dentro de la misma ciudad del domicilio del paciente, situación que desde la perspectiva constitucional resulta plausible, pues con ello se garantiza de manera efectiva el principio de accesibilidad física al servicio de salud.”

En efecto, en sentencia T-760 de 2008 la Corte ha reiterado que el transporte es un medio para acceder al servicio de salud<sup>102</sup>, y aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones se constituye en una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los recursos económicos para sufragarlo. Por ello, ha considerado que:

“toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que [le] impidan... acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”.

En el caso que se analiza, la Sala considera procedente el amparo en las circunstancias en que la accionante solicita el servicio de transporte del niño y su acompañante, toda vez que, los gastos de traslado al lugar donde realiza las citas médicas, controles y exámenes dentro del tratamiento que recibe, desborda la capacidad económica de la madre como de la familia, lo cual puede generar una barrera para el acceso del servicio de salud. Por lo tanto se ordenará a la EPS SALUD TOTAL que cubra los gastos de transporte del niño y un

acompañante al lugar donde realiza las citas médicas, controles y exámenes dentro del tratamiento que recibe.

## 1. Expediente T-2.907.313

De los elementos probatorios allegados al proceso, se concluye que el señor Aldemar Zambrano Torres, actuando en nombre y representación de su hijo Mateo Zambrano Oviedo, pertenece al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de COMPENSAR EPS y solicita el servicio de transporte y exoneración de los copagos.

Se encuentra probado que el niño Mateo Zambrano Oviedo, cuenta con 7 años de edad, quien sufrió un accidente en mayo de 2007 al caer de un quinto piso causándole un “TRAUMA CRANEOCEFÁLICO severo con una lesión ANOXAL DIFUSA.”

A raíz de lo anterior, presenta epilepsia focal sintomática controlada, lesión axonal difusa, hipoacusia derecha en rehabilitación, con posterior regresión en el neurodesarrollo, trastorno del habla, trastorno del equilibrio y a nivel motor, trastorno de deglución, y deficiencia en el procesamiento auditivo, para la discriminación, la identificación de la memoria inmediata y mediata, en el establecimiento de relaciones concretas que le permitan establecer un concepto acorde con su edad cronológica.

Por sus constantes controles médicos, se probó que requiere de una constante atención médica a través de COMPENSAR EPS, para un manejo multidisciplinario de pediatría, neuropediatría, fisiatría, fonoaudiología, neuro psicología, terapia ocupacional, física personalizada y equipo de terapia personalizada, que se realiza en diferentes IPS situadas en Bogotá y fuera de ésta.

Como dicho tratamiento, es indispensable para la salud y la vida en condiciones dignas del niño, éstos fueron autorizados por COMPENSAR EPS, situación que resulta insostenible económicamente para el señor Zambrano, dado que éstas se encuentran situadas en diferentes partes de Bogotá y por fuera de la ciudad, cuyo costo es imposible seguir asumiéndolo, considerando que es la única fuente de ingresos en el hogar, puesto que la madre del niño debe cuidarlo permanentemente por su estado de discapacidad y su traslado

no puede hacerse en transporte público.

Ante la negativa de la EPS de asumir estos costos, el accionante presentó acción constitucional, a fin de que se ordenara a la entidad prestadora de salud, sufragar el costo del traslado a los sitios en donde recibe el tratamiento su hijo y la exoneración de los copagos. Ésta fue negada, por considerar que la EPS accionada no tenía la obligación de suministrar los mencionados servicios, dado que se encontraban excluidos del POS.

A fin de proceder al análisis del caso, esta Sala, en primer lugar determinará: primero, si se encuentra probada la legitimación por activa de quien impulsó la acción constitucional, segundo, la posible temeridad del accionante por la presentación de una tutela anterior, tercero, si hay lugar a conceder la exoneración de los copagos, y cuarto, si es procedente cubrir los gastos de transporte del niño y de un acompañante para cumplir con las citas y procedimientos que requiere.

#### 1.- Agencia oficiosa

La Sala encuentra, que al igual al caso anterior analizado, existe legitimación en la causa por activa, pues el señor Aldemar Zambrano Torres interpone acción de tutela en representación de su hijo Mateo Zambrano Oviedo, situación que se enmarca en lo dispuesto en el artículo 306 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el aparte de fundamentos generales de esta providencia.

#### 2.- La posible temeridad

Ahora bien, considera la Sala al igual que el caso anterior, respecto de la posible temeridad ante la presentación de una tutela anterior a la que se revisa, se observa que no se presenta la llamada triple identidad, analizada en la parte de considerativa de la presente providencia, por cuanto en la primera tutela se ordenó a Compensar EPS el suministro de un audífono derecho, así como su adaptación y la continuidad del tratamiento integral que requiera el paciente, incluyendo el cubrimiento de la cuota moderadora.

En la tutela impetrada, y que ahora se estudia, la accionante busca la exoneración de la cancelación del copago y el suministro de transporte, pretensión tutelar que difiere de la anterior, por cuanto se trata de solicitudes por hechos distintos, que aparecieron con

posterioridad.

En efecto, la Sala considera que la acción de tutela es procedente en el caso que se analiza, dado que no se demostró la posible existencia de la temeridad.

### 3.- Si hay lugar a la exoneración de los copagos

Al analizar el caso, tenemos que el niño Samuel Machado Muñoz, debido a la enfermedad que padece, cuyas características hacen que se encuentre en estado de discapacidad, requiere de ayuda en todo momento y asistencia de parte de la madre en todas sus actividades, quien ha tenido que dejar de trabajar dado que requiere de su atención todo el tiempo desde hace tres años, y por ello, los únicos ingresos al hogar corren por cuenta del accionante.

En esas circunstancias, la Sala advierte que el beneficiario de esta acción de tutela es un niño, y por lo tanto, goza de una especial protección constitucional en todos los ámbitos que puedan estar menoscabando su calidad de vida y de salud. Siendo esto así, es evidente que si el cobro de los copagos afecta el mínimo vital del niño, así como a su núcleo familiar, estos no pueden exigirse.

En consecuencia, existe fundamento constitucional y legal para excluir al señor Aldemar Zambrano Torres, quien actúa en representación de su hijo Mateo Zambrano Oviedo, de los copagos para acceder a los servicios médicos que requiere. Por lo tanto, esta Corte tutelaré los derechos a la salud, a la vida y la vida en condiciones dignas, y se ordenará la exoneración de la cancelación de los copagos que le están siendo cobrados y de los futuros que puedan ser causados.

#### 1.- Procedencia del pago de los gastos de transporte del niño y de un acompañante

Y por último, se encuentra probado dentro del expediente que para todas las citas médicas, en los distintos lugares en la ciudad y fuera de ella, el niño requiere el transporte de un taxi, porque como lo afirma su madre en declaración rendida ante el Juez de instancia, por su peso no es posible alzarlo y por el problema de trastorno vestibular y motor, no se puede movilizar en transporte público.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado<sup>103</sup>, la viabilidad del servicio de

transporte excepcionalmente, dentro del ámbito residencial cuando se ha probado que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y, de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

En el caso que se estudia, los requisitos de legitimación por activa y la falta de temeridad en la presente acción constitucional, se encuentran plenamente probados. Igualmente, se encuentra probado que para el señor Aldemar Zambrano Torres, la situación resulta insostenible económicamente, por cuanto a su hijo no se le puede movilizar en transporte público, más aún cuando los controles y tratamientos deben realizarse en instituciones situadas en diferentes partes de Bogotá y por fuera de ella.

En conclusión, la Sala encuentra que existe una violación de los derechos fundamentales del niño Mateo Zambrano Oviedo, por lo que se ordenará a COMPENSAR EPS que cubra los gastos de transporte del niño y un acompañante a los lugares a donde se encuentren ubicadas las instituciones donde se va recibir la atención requerida.

#### 1. Expediente T-2.907.428

El último caso que se analiza, se refiere a la acción de tutela presentada por la señora Rosa María Ospina Morales, quien cuenta con 53 años de edad, y se encuentra afiliada a la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S Subsidiada. Solicita que le autoricen el examen de “GAMMAGRAFÍA DE TIROIDES y TRÁNSITO COLONICO CON MARCADORES”, negados por la EPS-S, por no estar incluidos en el POS-S.

Manifiesta que es viuda y de escasos recursos y que sus dolencias las ha padecido por años y por ello no ha podido seguir trabajando. Agrega que no tiene la posibilidad de realizarse el examen por su cuenta, por lo que cada día empeora su salud.

Para su estudio en primer lugar se analizará, la entidad responsable de garantizar la prestación del servicio, y en segundo lugar, si se evidencia la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de la accionante.

En primer lugar, se encuentra probado que la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó

EPS-S requirió a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, para que sea autorizado el examen solicitado por la accionante.

Igualmente, se encuentra probado que la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, manifestó que el servicio solicitado no fue autorizado por estar excluido del POSS, y que le corresponde a la EPS-S debe asumir el costo.

La Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha sostenido que dependiendo del estado particular del afiliado y su grado de afectación, la protección de los derechos fundamentales invocados puede llevarse de dos maneras, una que la EPS-S asuma directamente el servicio o suministre los medicamentos según el caso, podrá repetir contra el FOSYGA, y otro, que se ordene directamente al ente territorial responsable del servicio para que autorice lo correspondiente.

En ese sentido, las Entidades Promotoras de Salud y las Entidades Territoriales no pueden desatender las solicitudes presentadas por los afiliados, más aún en su condición especial de prestadoras de salud a este tipo de población con alto grado de pobreza, que carece de la información sobre trámites y demás procedimientos administrativos, y, no por ello, deben padecer la negativa a la prestación de los servicios de salud obligatorios.

En segundo lugar, está probado que la accionante se encuentra afectada en su salud al punto de que sus dolencias agravan su padecimiento al punto de impedirle trabajar. Es claro que al no realizarse los exámenes ordenados por su médico tratante, no es posible determinar el tratamiento que debe seguir a fin de vivir en condiciones digna.

Al respecto reiteramos la Sentencia T- 027 de 1999, cuando dice:

“La dilación injustificada podría agravar el padecimiento y, eventualmente, llevar la enfermedad a límites inmanejables donde la recuperación podría resultar más gravosa o incierta, comprometiendo la integridad personal e, incluso, la vida del afectado. En consecuencia, es obligación de la entidad prestadora del servicio, adelantar las gestiones en el menor tiempo posible para que el usuario no padezca el rigor de su mal, más allá de lo estrictamente imprescindible.”<sup>104</sup>

Por lo tanto, esta Sala considera que las entidades accionadas están incumpliendo sus

deberes legales y constitucionales, evidenciando la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de la accionante, a quien se pone en riesgo, no sólo la salud sino su afectación en el desarrollo de su vida en condiciones dignas; y reitera, que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental.

A pesar que la Sala reconoce que la EPS-S fue diligente e inició los trámites para que la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca los realizara, la urgencia del examen amerita que le sea ordenada su realización.

Por lo tanto al estar demostrada la vulneración alegada por la accionante, esta Sala concederá el amparo de los derechos invocados, y ordenará revocar la sentencia de instancia, para en su lugar, disponer que la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el examen de Gammagrafía de Tiroides y tránsito colonico con marcadores ordenados por el médico tratante y que son necesarios para tratar la enfermedad que el sujeto pasivo de la vulneración padece.

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.- LEVANTAR la suspensión de términos para fallar el presente asunto, decretada por la Sala en auto del 5 de mayo de 2011.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el dos (2) de noviembre de 2010 por el Juzgado Segundo de Ejecución de penas de la Dorada Caldas, dentro del proceso de amparo T-2.903.978 solicitado por la señora Luz Marina Días Paramo y se concederá el amparo de los derechos invocados.

TERCERO.- En consecuencia, ORDENAR a la EPS-S CAPRECOM, que autorice dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, el suministro de los medicamentos Montelukast de 10 mg., y Ácido Ascórbico 500 mg., a la señora Luz Marina Días Paramo, así como los demás medicamentos que se requieran y que sean necesarios para tratar la enfermedad de manera integral.

CUARTO.- REVOCAR la sentencia proferida el veintidós (22) de octubre de 2010 por el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Medellín, dentro del proceso de amparo T- 2.906.509 solicitado por la señora Zulma Idalia Muñoz Sánchez, en representación de su hijo Samuel Machado Muñoz, y se concederá el amparo de los derechos invocados.

QUINTO.- En consecuencia, ORDENAR a la EPS SALUD TOTAL, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, excluya a la señora Zulma Idalia Muñoz Sánchez, quien actúa en nombre y representación de su hijo Samuel Machado Muñoz, 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 que su hijo requiere.

SEXTO.- ORDENAR a la EPS SALUD TOTAL, que autorice dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, el servicio de transporte al niño Samuel Machado Muñoz y a un acompañante a los lugares donde realiza las citas médicas, controles y exámenes dentro del tratamiento que recibe.

SÉPTIMO.- REVOCAR la sentencia proferida el tres (3) de noviembre de 2010 por el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, dentro del proceso de amparo T- 2.907.313 solicitado por el señor Aldemar Zambrano Torres, en representación de su hijo Mateo Zambrano Oviedo, y se concederá el amparo de los derechos invocados.

OCTAVO.- En consecuencia, ORDENAR a COMPENSAR EPS, que autorice dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, excluya el señor Aldemar Zambrano Torres, en representación de su hijo Mateo Zambrano Oviedo, 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 y terapias que su hijo requiere.

NOVENO.- ORDENAR a COMPENSAR EPS, que autorice dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, el servicio de transporte al niño Mateo Zambrano Oviedo y a un acompañante a los lugares a donde se encuentren ubicados las instituciones en la que se le preste la atención requerida.

DÉCIMO.- REVOCAR la sentencia proferida el ocho (8) de noviembre de 2010 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ansermanuevo, Valle del Cauca, dentro del proceso de amparo T- 2.907.428 solicitado por la Rosa María Ospina Morales y se concederá el amparo de los

derechos invocados.

UNDÉCIMO.- En consecuencia, ORDENAR a la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice a la señora Rosa María Ospina Morales, la práctica del examen de Gammagrafía de Tiroides y tránsito colonico con marcadores, ordenados por el médico tratante y que son necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece.

DUODÉCIMO.- 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 SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 “La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. En resumen, la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo. // La

legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido materia.” Sentencia T-416 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Sentencia T-493 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

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

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

6 Sentencias T-009 de 2000, T-919 de 2003, T-919 de 2004, T-1034 de 2005, T-568 de 2006, T-089 de 2007, T-184 de 2007, T-362 de 2007, T-310 de 2008, T-502 de 2008, T-1104 de 2008, entre otras.

7 Sentencias T-919 de 2003, T-433 de 2006, T-089 de 2007, T-362 de 2007, T-310 de 2008, T-502 de 2008, entre otras.

8 Sentencias T-009 de 2000, T-919 de 2004, T-1034 de 2005, T-433 de 2006, T-568 de 2006, T-390 de 2007, entre otras.

9 Sentencias T-009 de 2000, T-919 de 2004, T-1034 de 2005, T-433 de 2006, T-184 de 2007, T-362 de 2007, entre otras.

10 Sentencia T-009 de 2000 y T-433 de 2006, entre otras.

11 Ibídem.

12 Sentencia T-184 de 2005.

13 Sentencias T-145 de 1995, T-308 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-184 de 2005.

14 Sentencia T-721/03.

15 Sentencias T-149 de 1995, T-566 de 2001, T-458 de 2003, T-919 de 2003 y T-707 2003.

16 Sentencia SU-388 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

17 Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

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

19 Constitución Política, art. 13.

20 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

21 Sentencias T-134 del 28 de febrero de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 del 18 de julio de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

22 Sentencias T-207 del 12 de mayo de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 del 12 de septiembre de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 del 4 de diciembre de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

23 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

24M.P. Alejandro Martínez Caballero.

25 M.P. Marco Gerardo Morroy Cabra.

26 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

28 Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

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

31 Artículo 24, numeral 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño

32 Sentencia T-1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

33 MP. Corlos Gaviria Díaz.

34 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

35 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

36 Sentencia T-283/94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

37 Sentencias SU-111 de 1997, T-322 de 1997, SU-480 de 1997.

38 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

39 MP. Antonio Barrera Carbonell.

40 M. P. Álvaro Tafur Galvis.

41 “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).

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

43 Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

44 Sentencia T-775 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

45 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

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

47 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

48 Sentencias Sentencia T-236 de 1998; T-1019 de 2002. M.P. Alfredo Beltran Sierra.

49 Humberto Antonio Sierra Porto.

50 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.

51 En la 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."

53 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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, cuadraplégia o hemiplégia 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 Sentencia 1024 de de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

57 Sentencia T-1204 de 2000, reiterada en las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

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

59 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993.

60 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

62 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.'

63 Ley 100 de 1993, artículo 164.

64 Ley 100 de 1993, artículo 164, primero y segundo inciso: 'Preexistencias. En el Sistema General de Seguridad en Salud, las Empresas Promotoras de Salud no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados. || El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al Sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica. || (...)'

65 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, en los siguientes términos: 'Grupo 1. Un máximo de cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el

Plan Obligatorio de Salud. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año. || Grupo 2. Un máximo de cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos-Mapipos, como del grupo ocho (8) o superiores. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año.’ Esta disposición reemplazó el artículo 26 del Decreto 1938 de 1994 que establecía la regla en términos muy similares.

66 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.’

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

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

69 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 3°. ‘Aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. Las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios. || Párrafo. De conformidad con el numeral tercero del artículo 160 de la Ley 100 de 1993, es deber del afiliado cotizante y de los beneficiarios cancelar las cuotas moderadoras y los copagos correspondientes.’

70 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 4°. ‘Ingreso base para la aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. Las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante. Si existe más de un cotizante por núcleo familiar se considerará como base para el cálculo de las cuotas moderadoras y copagos, el menor ingreso declarado.’

71 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.’

72 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.'

73 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.'

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

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

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

77 El artículo 185 de la Ley 100 de 1993, se establece que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, tienen por función 'prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.'

78 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.

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

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

81 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

82 Sentencias T-350 de mayo 2 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-745 de agosto 6 de

2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-962 de septiembre 15 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-200 de marzo 15 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-201 de marzo 15 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T- 1019 de noviembre 22 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-212 de febrero 28 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentarías, T-642 de junio 26 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, T-391 de mayo 28 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-716 de octubre 7 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-834 de noviembre 20 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

83 El Acuerdo 09 de 2009 de la CRES.

84 Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

85 MP. Mauricio González Cuervo.

86 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

87 Ibídem.

88 M. P. María Victoria Calle Correa

89 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

90 “El Acuerdo 72, art. 1, literal d señala: ARTICULO 1.- Contenidos del Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Subsidiado. El Plan Obligatorio de Salud Subsidiado comprende los servicios, procedimientos y suministros que el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a las personas aseguradas con el propósito de mantener y recuperar su salud.

La cobertura de riesgos y servicios a que tienen derecho los afiliados al Régimen Subsidiado es la siguiente:

“1. Pacientes de alto costo: cubre traslado de los pacientes hospitalizados por enfermedades de alto costo que por sus condiciones de salud y limitaciones de la oferta de servicios del lugar donde están siendo atendidos, requieran de un traslado a un nivel superior de atención.”

“2. Urgencias. Se cubre el costo del traslado interinstitucional de los pacientes a otros niveles

de atención cuando medie la remisión de un profesional de la salud.”

91 En relación con el régimen contributivo la Resolución 5261 dispone: “ARTICULO 2o. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD. En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.

“PARAGRAFO. El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general de acuerdo a las normas definidas para ello, las que como mínimo deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos. Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio mas cercano que cuente con el. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.”

92 Sentencia T-197 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

93 MP. Vladimiro Naranjo Mesa

94 Sentencia T-294 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

95 Sentencia T-184 de 2005.

96 Sentencias T-145 de 1995, T-308 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-184 de 2005.

97 Sentencia T-721/03.

98 Sentencias T-149 de 1995, T-566 de 2001, T-458 de 2003, T-919 de 2003 y T-707 2003.

99 El Acuerdo 09 de 2009 de la CRES.

100 Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

101 Sentencia T-200 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

102 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

103 Sentencia T-760 de 2008

104 MP. Vladimiro Naranjo Mesa