

Referencia: expediente T-2069024.

Acción de tutela instaurada por Magda Rocío Morantes Hernández en representación de Bertha Hernández de Morantes, contra el Seguro Social, seccional Boyacá.

Procedencia: Juzgado 1° Civil del Circuito de Sogamoso.

Magistrado Ponente:

Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Bogotá, D. C., diez (10) de marzo de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Sogamoso, dentro de la acción de tutela instaurada por Magda Rocío Morantes Hernández en representación de Bertha Hernández de Morantes, contra el Seguro Social, seccional Boyacá.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos y relato contenido en la demanda.

La señora Magda Rocío Morantes Hernández, actuando en representación de su señora madre Bertha Hernández de Morantes, señaló que en junio 6 de 2008 le realizaron a su progenitora un “procedimiento quirúrgico, que trajo como consecuencia la asistencia

temporal de un dispositivo de colostomía”, por lo cual requiere de “bolsas de colostomía de 57 cm, barreras de colostomía caralla, en concentración de 57 cm y pasta niveladora para colostomía autoadhesiva” (f. 2 cd. inicial).

Sin presentar ningún documento que lo acredite o alguna aproximación de tiempo, modo y lugar para tratar de ubicar la realidad de lo aseverado, indicó que al presentarse a reclamar dichos implementos ante la EPS demandada (Seguro Social), “le fueron negados con el argumento de que el suministro de ellos no figura en el Plan Obligatorio de Salud (POS), y que los costos de dicho procedimiento deben ser asumidos por el usuario”.

Por lo anterior, solicita la protección de los derechos fundamentales “a la salud, a la vida y a la integridad personal” de su señora madre, ya que no pueden costear el tratamiento, por tratarse de personas de escasos recursos económicos, para lo cual pide ordenar al ente demandado se le autorice la entrega de los elementos requeridos.

2.1. Resumen de atención médica de junio 6 de 2008 en la Clínica Julio Sandoval Medina, al parecer de Sogamoso y “estudio resección de intestino y apéndice c.”, realizado este último por médico “particular”, correspondientes a Bertha Hernández, con anotaciones de habersele diagnosticado diverticulitis, divertículo perforado y peritonitis, con práctica de “resección de 12 cms de recto sigmoides” y apendicectomía (fs. 4 y 5 ib.).

2.2. Cédula de ciudadanía N° 24.110.140 de Bertha Hernández de Morantes, nacida el 24 de julio de 1938 (f. 6 ib.).

2.3. Carné de afiliación de la EPS-ISS, a nombre de dicha señora (f. 7 ib.).

3. Trámite procesal.

Correspondió por reparto asumir el conocimiento de la presente acción al Juzgado 1° Civil del Circuito de Sogamoso, el cual mediante auto de julio 25 de 2008 admitió la presente acción y concedió tres días a la entidad accionada para dar respuesta sobre lo demandado.

4. Respuesta de la entidad demandada.

El Jefe del Departamento de Atención Ambulatoria del Seguro Social, seccional Boyacá, en escrito de julio 31 de 2008 informó que “dentro de los hechos allegados al Instituto no hay ninguna orden médica que establezca la ordenación de lo que pretende obtener en los hechos, situación que es fundamental para la respuesta ya que no es posible determinar la pertinencia médica y profesional del requerimiento”.

5. Sentencia única de instancia.

En agosto 12 de 2008, mediante fallo que no fue impugnado, el Juzgado 1° Civil del Circuito de Sogamoso denegó la tutela interpuesta, al considerar que “se puede observar que la antigua EPS Seguro Social no le está negando la prestación del servicio a la accionante ni autorización alguna, lo que sucede es que según las pruebas que obran en el plenario, no se aportó la fórmula médica expedida por el médico tratante como bien lo afirma la parte accionada en la contestación de la demanda...”.

Agregó echar de menos uno de los requisitos para inaplicar la normatividad vigente respecto de los medicamentos no POS, cual es “la orden médica prescrita por un médico adscrito a la EPS, situación que no puede desconocer el Despacho”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para resolver este asunto, en Sala de Revisión, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El caso objeto de análisis.

Se determinará si en el presente caso los derechos “a la salud, a la vida y a la integridad personal” de la señora Bertha Hernández de Morantes, fueron vulnerados por el Seguro Social, al negar el suministro de “bolsas de colostomía de 57 cm, barrera de colostomía caralla, en concentración de 57 cm, y pasta niveladora para colostomía autoadhesiva”, con el argumento de no haber sido prescritos por un médico adscrito a la EPS.

Tercera. La salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia.

Esta corporación ha sostenido, en múltiples pronunciamientos que la seguridad social está consagrada en el artículo 48 de la Constitución, en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales, concebida en lo atinente a la salud como un mandato propio del Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Se erige y garantiza con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados¹.

De igual forma, en sentencia T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto se señaló:

“... 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. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios -económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar... Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”

En el mismo sentido, en sentencia T-580 de julio 30 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, se indicó que “la seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: Se

garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.”

En sentencia T-144 de febrero 15 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se precisó:

“Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte², la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando pelagra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...³ En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.”

De lo anterior se puede deducir que si se presentare renuencia en instancias políticas y administrativas competentes, para implementar en la práctica medidas orientadas a realizar el derecho a la salud y éste resultare amenazado o vulnerado, los jueces puedan hacer efectiva su protección por vía de tutela⁴.

Cuarta. Requisitos para ordenar servicios médicos, medicamentos o procedimientos no incluidos en el POS. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 49 de la Carta Política, la salud es un derecho y un servicio público, cuya prestación es organizada y coordinada por el Estado, que en virtud del texto

superior debe garantizar a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

Esta Corte ha definido subreglas precisas, que el juez de tutela observará cuando frente a medicamentos, procedimientos e intervenciones excluidos del POS, pero indispensables en la preservación o recuperación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o realización. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la acción de tutela es procedente para lograr una orden de amparo en este ámbito, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasiona un deterioro del estado de salud que impide que ésta se desarrolle en condiciones dignas;

(ii) ese servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS, que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario;

(iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a estos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a estos le cobre, con autorización legal la EPS; y

(iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento”.⁵ (No se encuentra en negrilla en el texto original)

Debe entonces examinarse si en el caso bajo estudio se reúnen esas condiciones jurídicas y fácticas, de acuerdo a lo estipulado por la Constitución, la ley y la jurisprudencia, para amparar derechos fundamentales.

Quinta. Solución del asunto bajo revisión.

En el asunto analizado, la demandante considera que la EPS accionada ha vulnerado los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal de su señora madre Bertha Hernández de Morantes, al no autorizar el suministro de

“bolsas de colostomía de 57 cm, barrera de colostomía caralla, en concentración de 57 cm, y pasta niveladora para colostomía autoadhesiva”, por no haber sido formulados por un médico adscrito a la entidad.

Sea lo primero observar que quien incoa la acción de tutela es la señora Magda Rocío Morantes Hernández, “obrando en calidad de hija de la señora Bertha Hernández de Morantes”, de cuya condición de salud y edad puede inferirse que estaría impedida para demandar por sí misma; aunque no se esté invocando expresamente la actuación como agente oficioso, es plausible que sea su propia hija quien procura protegerle derechos fundamentales.

Así las cosas, aunque la jurisprudencia ha señalado que la agencia oficiosa es consecuencia directa de la imposibilidad del titular de los derechos fundamentales aparentemente vulnerados o amenazados de ejercer su propia defensa; situación que, legitima a un tercero indeterminado a actuar a su favor, sin que medie poder alguno, siempre y cuando manifieste en el escrito de tutela que actúa en calidad de tal y, exprese los motivos y razones por los cuales el titular del derecho conculcado no puede interponerla por sí mismo⁶.

Sin embargo, la Corte ha flexibilizado su posición en torno a la necesidad de manifestar expresamente que se actúa como agente oficioso y de enunciar las razones por las cuales el titular del derecho no puede ejercer la acción por sí mismo y ha dispuesto que en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas, éste no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como, el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro.

De otra parte, la demanda está dirigida contra la EPS del Seguro Social, que aparte de su naturaleza jurídica, es evidentemente un instituto encargado de prestar el servicio público de salud (art. 42-2 D. 2591 de 1991).

Como quedó sustentado en el acápite anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado cuáles son los requisitos a tener en cuenta para determinar la inaplicación, por devenir contrarias a la Constitución, de normas legales o reglamentarias que regulen las exclusiones del POS; así, para que la acción de tutela proceda deben cumplirse unas

condiciones, entre las cuales se incluye que el tratamiento o procedimiento haya sido ordenado por el profesional de la EPS en la que está afiliado el paciente.

Así mismo, en la respuesta al juez de tutela el Jefe del Departamento de Atención Ambulatoria del Seguro Social, seccional Boyacá, en escrito de julio 31 de 2008 informó que “dentro de los hechos allegados al Instituto no hay ninguna orden médica que establezca la ordenación de lo que pretende obtener en los hechos, situación que es fundamental para la respuesta ya que no es posible determinar la pertinencia médica y profesional del requerimiento”.

De tal manera, como bien fue resuelto por el Juzgado de instancia, no resulta factible en este caso acceder al amparo solicitado, no precisamente porque los elementos médicos que reclama se encuentren excluido del POS, ni porque el derecho invocado no tenga el carácter de fundamental, sino porque el suministro de los elementos que solicita la accionante para su señora madre, no fueron prescritos por un médico adscrito a la entidad accionada, requisito que, en principio, resulta indispensable, en la medida en que la relación del paciente con su EPS, implica que el tratamiento asistencial lo determinen los profesionales que mantienen una relación contractual con la entidad correspondiente, siendo el médico tratante adscrito a la EPS quien puede disponer el tratamiento a seguir, según su enfermedad.

Finalmente, ha de advertirse que la negación de la protección solicitada mediante esta acción, no impide que si en el futuro se ordena por el médico tratante adscrito a la respectiva EPS, la entrega de los elementos solicitados ahora por la accionante, u otros indispensables, se resuelva lo pertinente a la brevedad requerida, cumpliendo con la normatividad constitucional fundamental.

En consecuencia, esta Sala confirmará el fallo proferido por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Sogamoso en agosto 12 de 2008, que denegó la tutela instaurada por Magda Rocío Morantes Hernández en representación de Bertha Hernández de Morantes, contra el Seguro Social, seccional Boyacá

III. DECISIÓN.

En mérito de lo brevemente expresado (art. 35 D. 2591 de 1991), la Sala Séptima de

Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Sogamoso en agosto 12 de 2008, que denegó la tutela instaurada por Magda Rocío Morantes Hernández en representación de Bertha Hernández de Morantes, contra el Seguro Social, seccional Boyacá

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Secretaria General

1 T-128 de 2008 (febrero 14), M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

2 “Ver T-227/03, T-859/03, T- 694/05, T-307/06, T-1041/06, T-1042/06, T-016/07, T-085/07, T-200/07, T-253/07, T-523/07, T-524-07, T-525/07, T-648/07, T-670/07, T-763/07, entre otras.”

3 “T-1384 de 2000, T-365A-06, entre muchas otras.”

4 T-763 de septiembre 25 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

5 Cfr. SU-480 de 1997 (septiembre 25), M. P. Alejandro Martínez Caballero; SU-819 de 1999 (octubre 20), M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-239 de 2004 (marzo 12) y T-1020 de 2006 (diciembre 1°), M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-202 de 2007 (marzo 20), M. P. Rodrigo Escobar Gil, entre muchas otras.

6 Cfr. T-542 de 2006 y T-301 de 2007.