

Sentencia T-321/11

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Hijo en representación de madre enferma/AGENCIA OFICIOSA-Reiteración de jurisprudencia

Para la Sala es evidente la vulneración a los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la tutelante, en ocasión de la limitación del tratamiento de poliquimioterapia ordenado con carácter urgente por el médico tratante, al pago de cuotas de recuperación equivalentes a \$580.000, máxime si se tienen en cuenta las especiales condiciones de la afectada, quien es una persona de la tercera edad afiliada al régimen subsidiado, y que sufre de cáncer de mama; esta enfermedad -se insiste- está catalogada de alto costo y su tratamiento de quimioterapia se encuentra incluido en el POS-S, según el artículo 64 del Acuerdo 008 de 2009, el cual dispone que las personas que, en razón de su enfermedad, tengan que realizarse tratamientos de radioterapia y quimioterapia para el cáncer, no les será exigible la cancelación de los copagos correspondiente a dicho procedimiento. En consecuencia, teniendo en cuenta que el procedimiento requerido por la peticionaria se relaciona específicamente con el tratamiento de quimioterapia, resulta obligatoria la exoneración de los copagos ya que su realización se encuentra incluida dentro del tratamiento integral que se le debe suministrar a los pacientes que padecen cáncer

DERECHO A LA SALUD Y GARANTIA POR PARTE DEL ESTADO PARA LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Reiteración de jurisprudencia

EXONERACION DE COPAGOS Y CUOTAS DE RECUPERACION EN EL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD- Reiteración de jurisprudencia/DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD QUE SE ENCUENTRA EN EL POS-S Y EXONERACION DE LOS COPAGOS-Artículo 64 del Acuerdo 008 de 2009 dispone que no será exigible cancelación de copagos a personas que requieran tratamientos de radioterapia y quimioterapia para el cáncer

Si bien es cierto que la exigencia del cobro de cuotas de recuperación o copagos, está ajustada a la Constitución, a la normatividad vigente y al precedente jurisprudencial, es necesario exonerar del pago de estas sumas de dinero a los usuarios del sistema, si se concluye que se requiere aplicar esta excepción a la regla para salvaguardar el derecho fundamental a la vida, a la salud y al mínimo vital, en atención a las características económicas, la gravedad, costo de la enfermedad y su respectivo tratamiento y la condición

de sujeto de especial protección. El señor Quiñones interpuso acción de tutela como agente oficioso de su progenitora, quien tiene 72 años de edad y padece de cáncer de mama, enfermedad catalogada como catastrófica y de alto costo, como se desprende del historial clínico anexado. Así las cosas, la señora Cabezas no se encontraba en condiciones físicas y mentales para ejercer la defensa directa de sus intereses. Por consiguiente, la Sala considera que se reúnen los requisitos señalados en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 para reconocer al accionante como agente oficioso de su señora madre. Es evidente que en el presente caso existió una omisión de la normativa referida por parte de la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá, y del a quo, teniendo en cuenta las consideraciones esgrimidas anteriormente, en razón a que las cuotas moderadoras y de recuperación no pueden constituirse en una barrera para la prestación del servicio médico requerido, mas aun teniendo en cuenta la notoria procedencia en el presente caso.

LEGITIMACION POR PASIVA-Juez de tutela debe integrar de oficio la parte pasiva o el legítimo contradictorio cuando encuentre que el demandante ha identificado al que no es responsable de la actuación

Llama la atención de la Sala el hecho que el juez de instancia decidió negar el amparo solicitado bajo el argumento que la atención en salud no la debía brindar la Secretaria Distrital de Salud y la Secretaria Distrital de Planeación, sino directamente la EPS-EMSSANAR, ente en el que se encuentra afiliada la agenciada. Esta postura omite el deber que le asiste al juez constitucional de convocar y ubicar al agente de la violación, en caso de no ser señalado expresamente por el tutelante, lo cual constituye una vulneración más de los derechos invocados a favor de la citada ciudadana.

TERRITORIALIDAD DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD-No es excusa constitucionalmente válida para impedir el acceso de una persona a los servicios de salud que requiere

Resulta absolutamente reprochable la conducta de la Secretaria Distrital de Bogotá, que en lugar de adoptar acciones eficaces orientadas a atenuar las graves consecuencias que en la salud de la actora tiene la no realización del tratamiento de poliquimioterapia prescrito por el médico tratante, decidió simplemente informar al juez de tutela que quien debía responder era la Secretaria de Salud de Nariño y la EPS-S EMSSANAR, bajo el argumento que “mal haría esta entidad al brindar la atención a una paciente que tiene derecho a los recursos del

subsidio y la oferta de la Secretaria de Salud de Nariño”. Sobre este particular, la Sala debe advertir que la territorialidad del aseguramiento no constituye una excusa constitucionalmente válida para impedir el acceso a una persona a los servicios de salud que requiere; en otras palabras, la afiliación en una EPS-S diferente a las que opera en el lugar actual de residencia no puede constituir un obstáculo para el acceso a los servicios de salud que ponga en peligro la vida de los colombianos. Una postura de este tipo, además de constituir una afrenta a los principios de universalidad (garantizado a partir de enero de 2010) y continuidad, y de profundizar la desigualdad entre los regímenes de aseguramiento, antepone trámites administrativos y burocráticos al logro efectivo del derecho fundamental

Referencia: expediente: T-2893061

Acción de tutela interpuesta por Teófilo Abelardo Quiñones Cabezas, como agente oficioso de Fidela Cabezas Narváez contra la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá y el Departamento Administrativo de Planeación de la misma ciudad.

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá, en la acción de tutela interpuesta por Teófilo Abelardo Quiñones Cabezas en calidad de agente oficioso de la señora Fidela Cabezas Narváez contra la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá y el Departamento Administrativo de Planeación de la misma ciudad.

I. ANTECEDENTES

El señor Teófilo Abelardo Quiñones, en calidad de agente oficioso de la señora Fidela Cabezas Narváez, interpuso acción de tutela, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la protección especial de las personas de la tercera edad y a la seguridad social.

Por consiguiente, solicita que se ordene a las entidades accionadas la atención médica requerida para la enfermedad de la señora Cabezas Narváez, así como una nueva calificación de Sisbén que corresponda a su real situación económica. La solicitud de amparo se fundamenta en los siguientes:

1. Hechos

1.1 Manifiesta el agente oficioso que a la señora Fidela Cabezas de 72 años de edad y quien es su progenitora, le fue diagnosticado CARCINOMA MAMARIO desde hace aproximadamente 4 meses. En consecuencia el 1º de octubre de 2010 su médico tratante le ordenó el procedimiento de "POLIQUIMIOTERAPIA DE ALTO RIESGO".

1.2 Indica que la señora Cabezas Narváez se encuentra en calidad de vinculada a la Secretaria de Salud de Bogotá. Arguye que mientras se adelantaban los trámites de afiliación al Sisbén, solicitó la autorización para la práctica del procedimiento requerido ante el hospital Occidente de Kennedy del sur de Bogotá, pero éste le fue condicionado al pago del 30% por concepto de cuota de recuperación, equivalente a \$580.000. El argumento para dicho cobro fue que la señora Fidela Cabezas se encontraba clasificada en el nivel 3 del Sisbén.

1.3. Aduce que su progenitora se encuentra en delicado estado de salud y que debido a esta situación no puede darse espera a la práctica del tratamiento de quimioterapia. Señala que ante la carencia de recursos económicos para cubrir estos gastos, radicó escrito de petición ante la Secretaria de Salud de Bogotá solicitando la exoneración de la cuota de recuperación exigida.

1.4. Resalta que no cuenta con los medios económicos para cubrir los costos de la enfermedad catastrófica que padece su señora madre, por cuanto percibe un salario mínimo mensual y ésta depende de él.

1.5 Con fundamento en lo expuesto, solicita que se ordene a la Secretaria de Planeación

Distrital de Bogotá realizar la encuesta, calificando a la señora Fidela Cabezas en un nivel que corresponda a su real situación económica. Asimismo, requiere que se inste a la Secretaría de Salud Distrital de Bogotá para que suministre y practique la “Poliquimioterapia de Alto Costo” e igualmente garantice el tratamiento integral, sin que para ello tenga que realizar algún tipo de pago.

2. Trámite procesal

El día 11 de octubre de 2010, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá, avocó conocimiento de la acción de tutela y corrió traslado a la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá para que rindieran informe sobre los hechos relacionados. Adicionalmente, ordenó a la Secretaria Distrital de Salud como medida provisional para proteger el derecho a la salud de la señora Teófila Cabezas la práctica de los exámenes dispuestos por el médico tratante.

3. Respuesta de las entidades accionadas

3.1 Secretaria Distrital de Salud

En respuesta a la demanda de tutela, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá aduce que la señora FIDELA CABEZAS NARVAEZ, según la pagina web del FOSYGA-BDUA, se encuentra afiliada a la EPS-S EMSSANAR en el Departamento de Nariño, municipio de Barbacoas, nivel 1 y, por tanto, advierte que los eventos no POS deben ser garantizados a la tutelante con cargo al subsidio de la oferta de la Secretaría de Salud de Nariño. Por ende manifiesta que son la Secretaria de Salud de Nariño y la EPS-S EMSSANAR quienes deben garantizar la prestación del servicio de salud a los residentes de su municipio, mientras tenga afiliación vigente.

Además, solicita vincular al contradictorio a la EPSS-S EMSASSANAR de Barbacoas Nariño, a la Secretaría de Salud de Nariño, a la Secretaría Distrital de Planeación y al Departamento Nacional de Planeación para que se pronuncien sobre los hechos que motivaron la tutela.

3.2 Secretaría Distrital de Planeación

La Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá manifiesta que es la Secretaría Distrital de Salud de la misma ciudad, la entidad responsable de pronunciarse sobre la prestación del

servicio requerido, teniendo en cuenta que la primera no tiene la facultad de ordenar, autorizar o cubrir la totalidad del tratamiento integral que solicita la accionante.

Arguye con respecto a la clasificación de la tutelante en el nivel 3 del Sisbèn, que dicha categoría responde a un estudio socioeconómico realizado por el Hospital Occidente de Kennedy del sur de Bogotá, entidad adscrita a la Red Pública del Distrito, pero que dicha actuación administrativa es provisional y no reemplaza la encuesta del Sisbèn.

Expresa además que el día 12 octubre de 2010, la entidad le realizó a la actora la encuesta socio-económica y quedó clasificada en el nivel 2 del Sisbèn.

I. PRUEBAS

1. Pruebas que obran en el expediente

En el expediente de tutela reposa el siguiente material probatorio:

* Copia de la solicitud de autorización de servicios de salud de 1 de octubre de 2010.1

* Copia del escrito de petición presentado por el señor Teófilo Abelardo Quiñones Cabezas, elevado ante la Secretaría de Salud Distrital el 5 de octubre de 2010 y en el cual solicita se le exonere del cobro de \$ 580.000 por concepto de copago del tratamiento de Quimioterapia exigido a su señora madre. 2

* Copia de la Ficha de Clasificación Socioeconómica No. 1514, correspondiente a la encuesta Sisbèn realizada el 12 octubre de 2010 a la señora Fidela Cabezas Narváez, donde consta su clasificación en el nivel 2.3

* Copia de orden médica expedida por el hospital Occidente de Kennedy en el cual le formulan diversos fármacos.4

* Copia de Solicitud de elementos médicos - quirúrgicos ante el hospital Occidente de Kennedy.5

- * Copia del carné de afiliación a la E.P.S-S EMSSANAR, de la señora Fidela Cabezas del año 1998.6
- * Copia de la cédula de ciudadanía de Teófilo Abelardo Quiñones Cabezas7.
- * Formato de consulta en la página Web del Departamento Nacional de Planeación.9
- * Copia del carne del Sisbén No. 03262011.10

I. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

El día 22 de octubre de 2010, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá resolvió negar el amparo solicitado, al considerar que “se configuró la falta de legitimación por pasiva, ya que la atención en salud no la deben brindar las entidades aquí tuteladas, esto es, la Secretaria Distrital de Salud y la Secretaria Distrital de Planeación, sino directamente la EPS-EMSSANAR, en la que se encuentra afiliada la señora FIDELA CABEZAS NARVAEZ, conforme a nuestro Sistema de Seguridad Social, a la ley y sus decretos reglamentarios, de quien debe velar por la prestación de los servicios de salud de los usuarios vinculados a las diferentes empresas promotoras de salud.”

De igual forma resolvió revocar la medida provisional adoptada en el trámite de tutela aduciendo que teniendo en cuenta lo anterior la Secretaria de Salud no se encuentra legítimamente obligada a cumplirla.

IV. PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISIÓN

Mediante Auto del 23 de febrero de 2011 la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, decidió vincular al proceso de tutela de la referencia a la Secretaría de Salud de Nariño y de la EPS-S Emssanar Nariño. En atención a que según la base de datos del Departamento Nacional de Planeación la señora Fidela Cabezas Narváez se encuentra afiliada a la E.P.S. Emssanar en el municipio de Barbacoas, departamento de Nariño. Por consiguiente, se resolvió:

“Primera. “ORDENAR a la Secretaria General de esta Corporación que ponga en conocimiento

de la Secretaría de Salud de Nariño y de la EPS-S Emssanar Nariño, el contenido del expediente de tutela radicado en esta corporación bajo el número T-2893061, para que, dentro de los tres (3) días siguientes, a la notificación del presente Auto, dicha entidad se pronuncie acerca de las pretensiones y del problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela”.

En atención a lo anterior la E.P.S. EMSSANAR, a través de oficio del día 11 de marzo de 2011, informó a instancias de esta Corporación lo siguiente:

“1.Revisada nuestra base de datos, se tiene que, efectivamente, la señora FIDELA CORTEZ NARVAEZ, identificada con cedula de ciudadanía 27.134.170, se reporta como beneficiaria del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud por el Municipio de Barbacoas, a través de esta entidad.

2. En nuestro sistema no reposa información referente a los cambios de residencia de la señora CORTES NARVAEZ, por ello nos sorprende, tanto el requerimiento de salud en la ciudad de Bogotá, como el haberlo hecho a través de la figura de “población Pobre y Vulnerable no Asegurada”.

3. Tampoco se registra requerimiento de servicios por parte de la señora FIDELA CORTEZ NARVAEZ, pues de lo contrario, hubiésemos autorizado, en su oportunidad, aquellos que precisara y se encuentren incluidos en el POS-S.

(...)

5. De conformidad con la operación regional del régimen Subsidiado, dispuesta por la Resolución 1013 de 2005, emanada del Ministerio de la Protección Social. La ciudad capital de Bogotá se encuentra incluida en la región Centro-oriental, región en la que EMSSANAR ESS no se encuentra autorizada.

6. Para efectos de atender los requerimientos, incluidos en el POS-S, y más precisamente para atender aquellos relacionados con la patología “CARCINOMA MAMARIO”, que se dice padece la Accionante, en la ciudad de Bogotá, EMSSANAR ESS cuenta con los servicios contratados con el instituto Nacional de Cancerológico.

Con base en las anteriores consideraciones, de manera atenta y respetuosa, al señor

magistrado manifestamos:

Al ser vinculada la Secretaria de Salud de Bogotá, no debió solo reparar sobre la afiliación a EMSSANAR ESS que registra la señora FIDELA CABEZAS NARVAEZ, sino que debió instruir tanto a la usuaria como al juzgado A Quo, sobre el procedimiento establecido en el artículo 40 del Acuerdo 415 de 2009, del CNSSS, antes transcrito, frente a la posibilidad de acceder a los servicios requeridos, a través de EMSSANAR ESS y el derecho que le asiste de escoger una nueva EPS-S, en Bogotá, habida consideración, de la no autorización nuestra en esa Región, máxime si el proceso de la “Encuesta Sisben” ya se le practicó en la localidad, tal como se desprende del soporte probatorio, puesto a nuestra disposición.

Como ha sido constante en nuestro actuar, procederemos a autorizar los servicios contenidos en el POS-S, tal como los define el Acuerdo 008 de 2009, emanado de la Comisión Reguladora de Salud (CRES), hasta tanto se haga efectivo su traslado a una nueva EPS-S debidamente autorizada para operar en la ciudad de Bogotá, tal como lo dispone el artículo 40 del Acuerdo 415 de 2009 (CNSSS)

Los servicios NO POS-S, que precise la accionante, de conformidad con las normas que rigen la materia, tales como: Leyes 715 de 2001, 1122 de 2007, el decreto 806 de 1998, los Acuerdos 415 de 2009 (CNSSS) y 008 de 2009 (CRES), deberán ser atendidos con cargo a los recursos del Subsidio de la Oferta, del respectivo ente territorial, para nuestro caso del Departamento de Nariño, a través del Instituto Departamental de Salud de Nariño, establecimiento con funciones de Dirección Seccionada de Salud. ”

Igualmente el Instituto Departamental de Salud de Nariño mediante oficio No. OPTB-163/2011, dio respuesta al Auto de vinculación del 23 de febrero de 2011, en los siguientes términos:

“Revisada la base de datos única de afiliados del Fondo de SOLIDARIDAD Y Garantía FOSYGA, se tiene que la señora FIDELA CORTES NARVAEZ, identificada con cedula de ciudadanía No. 27.134.170, se encuentra afiliada al régimen subsidiado a través de la EPS EMSSANAR.

Ahora bien, en primera instancia y frente a la pretensión de realización de POLIQUIMIOTERAPIA DE ALTO RIESGO, así como la prestación del tratamiento integral de su patología cabe recordar que el Acuerdo 008 de 2009 Por medio del cual se ACLARAN Y

ACTUALIZAN INTEGRALMENTE LOS PLANES OBLIGATORIOS LOS REGIMENES CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO presenta claras inclusiones y exclusiones.

De acuerdo a los hechos narrados por el accionante y los documentos allegados al trámite de la tutela específicamente historia clínica, se tiene que la señora FIDELA CORTES NARVAEZ padece de CARCINOMA MAMARIO (CANCER), diagnosticado en virtud del cual se le prescribió la práctica las sesiones de POLIQUIMIOTERAPIA DE ALTO RIESGO así como la prestación del TRATAMIENTO INTEGRAL de su patología de CANCER.

(...)

Por lo anterior, de la manera más respetuosa solicitamos ORDENAR a la EPS EMSSANAR autorizar en favor de la señora FIDELA CABEZAS NARVAEZ la realización de las sesiones de POLIQUIMIOTERAPIA DE ALTO RESGO así como la prestación del TRATAMEINTO INTEGRAL de su patología de CARCINOMA MAMARIO que se encuentre INCLUIDO en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSS a la luz del Acuerdo 008 de 2009 Por medio del cual se ACLARAN Y ACTUALIZAN INTEGRALMENTE LOS PLANES OBLIGATORIOS LOS REGIMENES CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO. Lo anterior, teniendo en cuenta que el servicio médico hoy requerido y el tratamiento del CANCER se encuentra INCLUIDO EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO POSS, por lo cual el IDSN NO puede asumir responsabilidades que por ley son excluidas de la EPS, para el caso EMSSANAR EPS.

De igual forma, será competencia de esta Institución la prestación de servicios médicos en salud que NO se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSS, solo hasta que la señora CORTES siga reportándose como afiliada activa en el Régimen Subsidiado en el Departamento de Nariño.

No obstante lo procedente, y si bien es cierto a la fecha la paciente según la base de datos única de afiliados del FOSYGA se encuentra activa al Régimen Subsidiado en salud a EMSSANAR EPS en el Departamento de Nariño, es de suma importancia manifestar que es el mismo accionante quien manifiesta que él y la señora FIDELA CORTES NARVAEZ, se encuentran residiendo en la ciudad de Bogotá razón por la cual en la PRETENSION SEGUNDA se solicita... “ordenar a PLANEACION DISTRICTAL que de manera inmediata realice la ENCUESTA calificándola en un nivel que corresponda a su real situación...” en tal sentido, y si la paciente actualmente se encuentra residiendo en la ciudad de Bogotá debe entonces la

Administración a través de la dependencia correspondiente y previa renuncia de la paciente al carné de EMSSANAR EPS en este Departamento proceder a realizar encuesta SISBEN y posteriormente PRIORIZAR la asignación de un cupo en el Régimen Subsidiado en Salud, por tal razón y dado que en el presente si bien es cierto la paciente tiene carne de afiliación a la EPS EMSSANAR del Departamento de Nariño, la misma manifiesta que reside en la ciudad de Bogotá, hecho frente al cual solicitamos pronunciamiento de fondo, toda vez que si la paciente efectivamente está residiendo en esa Ciudad, reiteramos que sin duda alguna correspondería a la Alcaldía de Bogotá proceder a realizar una encuesta SISBEN a la paciente y posteriormente priorizar por la misma un cupo en salud en el Régimen Subsidiado. ”

Es importante mencionar que a través de comunicación telefónica sostenida con Alba Niño¹¹, quien aduce ser sobrina de la tutelante, informó que en la actualidad la señora Fidela Cabezas Narváez reside en Barbacoas - Nariño y, que hasta el momento ésta no ha recibido la atención médica requerida.

A través del Auto del 26 de febrero de 2011, esta Sala consideró necesario decretar medida provisional tendiente a garantizar el tratamiento médico requerido por la señora Fidela Cabezas Narváez, para salvaguardar su vida, teniendo en cuenta la avanzada edad y el cáncer mamario que presenta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de revisión de la Corte Constitucional dispuso lo siguiente:

“Primero.- A través la Secretaría General de esta Corporación, ORDENAR a la Secretaría de Salud de Nariño y la EPS-S Emssanar Nariño, que inmediatamente adelante el PROCEDIMIENTO DE POLIQUIMIOTERAPIA DE ALTO RIESGO y le sea prestado real y efectivamente el servicio de salud de manera integral a la señora Fidela Cabezas Narváez, sin que razones de tipo administrativo y económico como el cobro de copagos, se conviertan en obstáculo para el cumplimiento del tratamiento médico requerido.

Segundo.- A través de la Secretaría General de esta Corporación, OFICIAR a la Personería y la Alcaldía Municipal de Barbacoas, así como a la Alcaldía y Personería del municipio de Pasto, para que conjuntamente y de manera inmediata ubiquen a la señora Fidela Cabezas Narváez y dispongan lo necesario para que se preste la atención en salud de manera efectiva y se cumpla lo dispuesto en el presente auto.

Tercero.- A través de la Secretaría General de esta Corporación, ORDENAR a la Secretaria de Salud de Nariño y la E.P.S-S Emssanar para que en el término de (1) un día a partir de la notificación de la presente providencia, presten todos los servicios médicos requeridos por la señora Fidela Cabezas Narváez, incluyendo el transporte a la entidad prestadora especializada, debiendo informar inmediatamente a esta Corporación sobre el cumplimiento de esta medida.

Cuarto.- A través de la Secretaría General de esta Corporación, ORDENAR a la Procuraduría Regional de Nariño que haga las veces de coordinadora, verifique el cumplimiento de esta medida provisional por parte de todas las entidades y rinda informe a esta Corporación.

Quinto.- A través de la Secretaría General de esta Corporación, REMITIR copia de la presente providencia, de la demanda de tutela y de sus anexos a la Superintendencia Nacional de Salud, para que efectúe el seguimiento del caso y estudie la posibilidad de aplicar la medida cautelar de cesación provisional prevista en el artículo 125 de la Ley 1438 de 2011, como complemento de la presente decisión.

Sexto. - Dada la urgencia del caso, PROCEDA la Secretaría General de esta Corporación a expedir y remitir los oficios correspondientes a través del medio más expedito posible, por ejemplo, a través de fax o correo electrónico.”

En cumplimiento de lo anterior, la Procuraduría General de la Nación, mediante oficio No. 78229 del 10 de marzo de 2011 manifestó a esta Corporación, que el asunto de la referencia fue radicado en esa entidad bajo el IUS No. 2011-78229 y remitido por competencia a la Procuraduría Regional de Nariño.

Por su parte la Personería Municipal de Pasto - Nariño mediante oficio Número OPTB-196/2011 del 5 de abril de 2011, manifestó al respecto que:

“(…) La señora FIDELA CABEZAS NARVAEZ, no presenta ningún registro como población vinculada al municipio, como también no se encuentra afiliada a ninguna de las EPS-S que operan en el Municipio de Pasto, pero revisado la Base de datos Única de afiliados BDUA de FOSYGA, la señora se encuentra activa en la EPS- S EMSSANAR ESS en el municipio de Barbachoas - Nariño.

De igual forma se publicó edicto en la cartelera de la Entidad por el termino de 10 días hábiles, a fin de la comunidad se entere de la providencias.”

También la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de oficio Número OPTB-199/2011 del 18 de marzo de 2011 informó que dio traslado a la Superintendencia Delegada para la Atención en Salud de esa entidad, con el propósito de adelantar las actuaciones administrativas correspondientes.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del Problema Jurídico

De acuerdo a la situación fáctica que dio lugar a la presente acción de tutela, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer si ¿desconoce el derecho fundamental a la salud de una persona de la tercera edad, una entidad prestadora de salud que condiciona la autorización y prestación de los servicios médicos al pago de cuotas de recuperación y copagos, sin valorar la carencia de recursos económicos y su situación de sujeto de especial protección?

Para resolver este interrogante, la Sala estudiará (i) la legitimación por de la causa por activa dentro del amparo constitucional, (ii) la legitimación por pasiva, (iii) reiterará la jurisprudencia relacionada con el derecho a la salud y su garantía por parte del Estado para las personas de la tercera edad; (iv) la exoneración de los copagos y las cuotas de recuperación en el régimen subsidiado de salud; (v) finalmente, teniendo en cuenta los anteriores supuestos, se estudiará el caso concreto.

2.1 Legitimación por activa en la acción de tutela. Agencia oficiosa. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus

derechos fundamentales.

Jurisprudencialmente, la Corte Constitucional ha señalado en numerosas oportunidades que pese al carácter informal que reviste la acción de tutela, las personas que la instauren deben hallarse debidamente acreditadas, y por tanto demostrar necesariamente la titularidad del derecho reclamado o la autorización para representar a su titular 12.

En tal sentido, tanto las normas que regulan la materia como la jurisprudencia de la Corte consideran válidas tres vías procesales adicionales para la interposición de la acción de tutela, cuando la misma no se interpone directamente por el titular del derecho: (i) A través del representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados (menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas); (ii) por intermedio de apoderado judicial (abogado titulado con poder o mandato expreso) y; (iii) por medio de agente oficioso.¹³

En relación con la figura de la agencia oficiosa, el artículo 10 del Decreto 2590 de 1991, señala que esta se presenta cuando, el titular de los derechos fundamentales se encuentra en imposibilidad material de promover su propia defensa.¹⁴

Al respecto, la Corte ha declarado que la presentación de la solicitud de tutela a través de agente oficioso es procedente en los siguientes casos¹⁵:

(i) El agente oficioso manifiesta actuar en tal sentido; y, (ii) De los hechos y circunstancias que fundamentan la acción, se infiere que el titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden su interposición directa.”¹⁶

Por tanto, encontramos que el caso bajo estudio cumple con los requisitos determinados por la jurisprudencia, toda vez que la señora Teófila Cabezas padece de cáncer de mama, enfermedad catalogada como catastrófica y de alto costo y que sumado a su edad de 72 años, la condiciona a un estado de debilidad manifiesta, lo cual la imposibilita para ejercer la defensa directa de sus intereses. En razón a ello, se encuentra que el señor Teófilo Quiñones se halla legitimado para acudir en calidad de agente oficioso y solicitar el amparo tutelar de los derechos fundamentales de su progenitora.

2.2 La legitimación en la causa por pasiva

En tal sentido, ha precisado la Corte¹⁸, que si bien la acción de tutela se fundamenta bajo los principios de publicidad, celeridad, economía, eficacia y prevalencia del derecho sustancial, dentro de un marco de relativa informalidad; su ejercicio se encuentra supeditado por el derecho al debido proceso (C.P. art. 29). Por tanto, aún cuando el trámite es preferente y sumario, es necesario satisfacer ciertos requisitos básicos como la capacidad de las partes, la competencia, y la integración de la causa pasiva, entre otros.¹⁹

Referente a la legitimación en la causa por pasiva, esta Corporación ha señalado²⁰ que la misma se encuentra probada con la correcta identificación de las personas o autoridades responsables de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados²¹, precisando además que su adecuada integración tiene como fin garantizar a los presuntos involucrados, el derecho a la defensa, posibilitando por esta vía la definición del grado de responsabilidad que les pueda endilgar en los hechos objeto de estudio. ²²

De tal forma, en aras de alcanzar el objetivo propuesto con la implementación de la acción de tutela, cual es la defensa efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, es requisito sine qua non, integrar debidamente el contradictorio, ya que de su plena observancia depende no solo la garantía del derecho de defensa de quienes están involucrados en la violación o amenaza que se fundamenta, sino también la posibilidad del juez constitucional para que “pueda entrar a proferir la respectiva sentencia estimatoria, en los casos en que la previa valoración fáctica y probatoria arroje, como único resultado, la necesidad de ordenar la protección de los derechos constitucionales afectados”²³.

Sin embargo, aunque en principio le corresponde al demandante identificar al supuesto infractor de sus derechos, esta Corporación ha precisado que al juez de tutela le asiste la obligación subsidiaria de integrar de oficio la parte pasiva o el legítimo contradictorio, cuando encuentre que el tutelante ha identificado a quien en realidad no es responsable de la actuación imputada o cuando observe que no ha citado a la totalidad de los sujetos que están involucrados en la amenaza o violación alegada.²⁴

Por tanto, la facultad otorgada por el constituyente en el artículo 86 de la Carta, para que cualquier persona instaure directamente la acción de tutela, sin el requisito de una eventual asistencia jurídica o mediación judicial, descarta la posible exigencia a cargo del demandante

de una exactitud en el manejo de las nociones jurídicas o un amplio conocimiento de la estructura del Estado y de las organizaciones privadas respecto de las cuales por ministerio de la ley es procedente el amparo constitucional.²⁵

Por ello, según bien lo precisa el Auto 257 de 2006 proferido por esta Corporación: “en virtud de los principios de informalidad y oficiosidad que orientan el proceso de tutela, las deficiencias relacionadas con la legitimación en la causa pasiva deben ser suplidas directamente por el juez, quien no solo cuenta con la formación y preparación jurídica adecuada, sino también con las herramientas probatorias que le da la ley para alimentar el juicio y hacer una adecuada valoración de todos los aspectos jurídicos y fácticos que rodean el caso concreto, permitiéndole arribar a la decisión judicial más ajustada a derecho”.

En consecuencia, siendo imperioso integrar la causa pasiva en el trámite de tutela, si el demandante no invoca a los verdaderos responsables de la violación o amenaza de sus derechos o lo hace en forma incompleta, la actuación del juez debe ampliarse a su vinculación oficiosa, sin que este último pueda emitir resolución inhibitoria o, en su defecto, limitarse a desestimar por esa causa las pretensiones que fueron formuladas en la demanda.

26

Por ende, es un deber del juez de tutela integrar el legítimo contradictor, esto es vincular a todas las autoridades públicas o a los particulares que posiblemente estén amenazando o violando los derechos fundamentales, pese a que el actor no lo hubiere mencionado.

2.3. El derecho a la salud y su garantía por parte del Estado para las personas de la tercera edad. Reiteración de jurisprudencia

En el texto constitucional el derecho a la salud está consignado en el artículo 49, de cuya lectura se extrae su carácter de servicio público esencial, el cual puede ser prestado por entidades públicas o privadas. Adicionalmente se indica la responsabilidad a cargo del Estado de diseñar políticas públicas encaminadas a la materialización del derecho, cumpliendo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integralidad.²⁷

Además, la protección y alcance del derecho a la salud, se hace presente en diversos instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 de la

Carta.30

Es así, como la Declaración Universal de Derechos Humanos³¹ en el artículo 25 numeral 1º establece:

“1. 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; (...).”

Al tenor, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indica:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

De igual manera, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)³², en su Observación General 14, hace alusión al derecho a la salud en los siguientes términos:

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.”

Esta Corporación ha expresado de manera reiterada³³, el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, estableciendo que tal prerrogativa debe ser garantizada a todas las personas, ya que su protección asegura el principio constitucional de la dignidad humana. Igualmente, ha expresado que dicha facultad, comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible el goce y disfrute efectivo del más alto nivel de salud posible.³⁴

Es así, que en la Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional resaltó la importancia de la protección del derecho fundamental a la salud. En dicho fallo se determinó que “el

reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía.”

De lo anterior se colige, que el nuevo estatus otorgado al derecho a la salud, se erige en virtud de la integración del sistema normativo y en la comprensión de la especial importancia que éste reviste.

De tal forma, la acción de tutela, como mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, protege la garantía básica con la que cuentan todas las personas de tener acceso real y efectivo a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad.”³⁵

Sin embargo y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, esta Corporación ha precisado que no todos los aspectos de este derecho son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela. Toda vez que “los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho.”³⁶

Con respecto al numeral segundo, reseñado anteriormente, es necesario precisar que con ocasión a la implementación del Estado social de derecho en el régimen jurídico colombiano, surgió el deber constitucional de proteger a aquellas personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y que por su condición de vulnerabilidad requieren de una atención especial.

En tal sentido, el artículo 13 de Constitucional instituyó la obligación en cabeza del Estado de realizar las medidas necesarias en aras de proteger especialmente “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad

manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan.³⁷”

Por tanto, el artículo reseñado hace referencia a una categoría de sujetos que ostentan especial protección constitucional o protección reforzada, quienes debido a sus circunstancias particulares reclaman un amparo privilegiado de sus derechos fundamentales, entre ellos se encuentran los niños y niñas, los sujetos en condiciones de vulnerabilidad, así como las personas en situación de discapacidad y las personas de la tercera edad”.³⁸

Respecto a los adultos mayores el artículo 46 de la Carta Política señala de manera enfática que “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimenticio en caso de indigencia.”

En este sentido, la voluntad del constituyente está dirigida a que tanto los particulares como las autoridades públicas garanticen la atención integral en salud y la protección de los derechos prestacionales a los adultos mayores que les permitan el adecuado ejercicio de derechos fundamentales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana.³⁹

También es importante anotar que esta Corporación en numerosa jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la salud de las personas de la tercera edad es un derecho fundamental autónomo⁴⁰. Justamente, la sentencia T-970 de 2008 de esta Corporación consideró que “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”. En la sentencia descrita la Corte señaló que “el derecho a la salud se torna fundamental de manera autónoma [cuando] se trata de un adulto mayor que goza de una protección reforzada a partir de lo señalado en la Constitución Política y en tratados internacionales”.

Asimismo, organismos internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 14, recomendó a los países que han suscrito el Pacto, lo siguiente⁴¹:

“En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general N° 6 (1995),

reafirma la importancia de un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad.”

En consecuencia, encontramos que según las disposiciones constitucionales referidas, la jurisprudencia de la Corte y los instrumentos internacionales, existe una unificación normativa para el caso de las personas de la tercera edad, quienes por su condición de sujetos de especial protección constitucional, se les debe garantizar por parte del Estado el derecho fundamental a la salud, prestándoseles la atención médica integral que requieran de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, atendiendo la protección reforzada de que gozan, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad.⁴²

2.4. La exoneración de los copagos y las cuotas de recuperación en el régimen subsidiado de salud. Reiteración jurisprudencia

En desarrollo de los principios de eficiencia, continuidad y sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, estableció la obligación a cargo de los afiliados y beneficiarios de los dos regímenes contributivo y subsidiado, de ayudar al financiamiento de los servicios de salud que se les prestan, a través de pagos moderadores que comprenden i) los pagos compartidos, ii) las cuotas moderadoras, iii) y los deducibles o copagos, en aras de racionalizar el uso de los servicios de salud. ⁴³

En relación a las tarifas a aplicar en materia de copagos, el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995⁴⁴, determinó que le corresponde a la población no afiliada -vinculada- la cancelación de cuotas de recuperación, definidas como “los dineros que debe pagar el usuario directamente a las instituciones prestadoras de servicios de salud”, la cual dependerá del nivel en que la encuesta Sisbén haya clasificado al afiliado que reclama una atención en salud.⁴⁵

Además, en el citado acuerdo se regulan los montos que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Así,

el artículo 4º del acuerdo determina que los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes en el régimen contributivo, y para el subsidiado se determina con base en los niveles de clasificación fijados por el Sisbén.⁴⁶

Sin embargo, el legislador ha establecido una clara advertencia respecto al cobro de los referidos copagos o cuotas moderadoras, al señalar enfáticamente que tal exigencia no puede convertirse en una barrera que impida la materialización del derecho a la salud de la población más pobre y vulnerable. Al respecto debe tenerse en cuenta el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, que prescribe lo siguiente:

“Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre. Tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. (...)” (Subrayado fuera de texto.)

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la imposición del cobro de cuotas moderadoras y copagos no puede constituirse en obstáculo al acceso a los servicios de salud de la población más pobre⁴⁷. En tal sentido, esta Corporación ha encontrado que existen situaciones en las cuales resulta imperioso prescindir de los copagos y cuotas con el fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales.⁴⁸ Al respecto la Sentencia T- 328 de 1998 precisó lo siguiente:

“El conflicto se presenta cuando aquellos que no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, los requieren con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales

mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria.

No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos⁴⁹ y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo.”

En este orden de ideas, no es posible negarle a una persona el servicio de salud que requiera, basándose en la falta de cancelación de los mismos; por tanto, con el fin de establecer los casos en los cuales es necesario eximir al afiliado del pago de las cuotas moderadoras o de los copagos, en aras de proteger el derecho constitucional a la salud, esta Corte ha desarrollado reglas jurisprudenciales. Así, la Sentencia T- 330 de 2006 aclara lo siguiente:⁵⁰

“(i) Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor⁵¹.

(ii) Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio⁵².”

En tal sentido, esta Corporación en Sentencia T-984 de 2006, reiteró la línea jurisprudencial según la cual se deben prestar los tratamientos de urgencia sin la exigibilidad del pago, a todos aquellos usuarios que no cuenten con recursos económicos para asumir los costos de los servicios médicos requeridos y ordenados por el médico tratante⁵³. En ese sentido, la Corte ha señalado expresamente que “ cuando una persona requiera de un tratamiento

médico con urgencia, y no pueda acceder a éste por no tener la capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación⁵⁴ o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes⁵⁵, se deberá inaplicar la normatividad y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger su derecho fundamental a la vida, en conexidad con el derecho a la salud.” 56 (Negrillas y Subraya fuera del texto)

Adicionalmente es importante precisar lo dispuesto en el Artículo 7º del Acuerdo 260 de 200457 de la Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud, (CNSSS), el cual establece que los siguientes servicios médicos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud están exentos del cobro de 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 y, 6. Los servicios que, conforme al artículo 6º del Acuerdo están sujetos al cobro de cuotas moderadoras.⁵⁸

Así mismo, el artículo 17 de la resolución referida, incorpora un catálogo de tratamientos para las enfermedades consideradas como catastróficas o de alto costo y que por tanto se encuentran exonerados del copago, éstas son: “ (a) tratamientos con radioterapias y quimioterapias para el cáncer, (b) diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de médula ósea y de córnea, (c) tratamiento para el SIDA y sus complicaciones, (d) tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central, (e) tratamientos médico quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas, (f) tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor, (g) terapia de unidad de cuidados intensivos y (h) reemplazos articulares.”⁵⁹ (Negrilla fuera del texto)

Posteriormente, la Comisión de Regulación en Salud (CRES) expide el Acuerdo 008 de 200960, el cual establece enfáticamente que el cáncer se encuentra catalogado como una enfermedad de “Alto Costo” incluida en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S).

“ARTÍCULO 61. ACCIONES PARA LA RECUPERACIÓN DE LA SALUD. El POS-S en el esquema de subsidio pleno, incluye las actividades, procedimientos e intervenciones según los niveles de cobertura y grados de complejidad, contenidos y definiciones establecidas en el presente Acuerdo y en el Anexo 2 del mismo.

(...)

1. Atenciones de Alto Costo: Garantiza la atención en salud a todos los afiliados en los siguientes casos: (...)

a. Casos de pacientes con Cáncer: La cobertura comprende la atención integral ambulatoria y hospitalaria necesaria en cualquier nivel de complejidad del paciente con Cáncer, e incluye:

- Todos los estudios necesarios para el diagnóstico inicial, así como los de complementación diagnóstica y de control, para la clasificación y manejo de los pacientes.

- El tratamiento quirúrgico, los derechos de hospitalización.

- La quimioterapia, la radioterapia, incluyendo la Teleterapia con fotones con Acelerador Lineal, el control y tratamiento médico posterior. (negrilla fuera del texto)

- El manejo del dolor e intervenciones de tipo paliativo para el paciente terminal.”

Por tanto, en relación con las enfermedades ruinosas o catastróficas, el legislador ha previsto claras excepciones a la regla del cobro de copagos y cuotas moderadoras, estableciendo que el tratamiento del cáncer, se encuentra incluido en el POS, y está exento de algunos de dichos cobros. De igual forma, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que debido a la gravedad del padecimiento del cáncer, existe una urgencia en la prestación del servicio a la salud, en tal medida procede la excepción al cobro de cuotas moderadoras y de recuperación por considerarse que ante esa reclamación se pueden ver afectados derechos fundamentales a los afiliados y vinculados al sistema⁶¹.

Aunado a lo anterior, la Corte ha señalado enfáticamente que cuando una persona de la tercera edad, con una situación económica precaria, requiere de un servicio médico, debe ser exonerado de los copagos o cuotas compartidas que se les pretendan cobrar por servicios recibidos. En tal sentido la sentencia T-760 de 2008, manifestó lo siguiente:

“La regla de ‘excluir de los pagos moderadores’, fue extendida por el regulador a algunas poblaciones especiales tales como la población infantil abandonada, la indigente, la que se encuentra en condiciones de desplazamiento, la indígena, la desmovilizada, la de personas

de la tercera edad y la población rural migratoria o ROM, asimilable al nivel I del Sisbén (art. 1°, Acuerdo 365 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud). (...)” Subraya la Sala)

En suma, si bien es cierto que la exigencia del cobro de cuotas de recuperación o copagos, está ajustada a la Constitución, a la normatividad vigente y al precedente jurisprudencial, es necesario exonerar del pago de estas sumas de dinero a los usuarios del sistema, si se concluye que se requiere aplicar esta excepción a la regla para salvaguardar el derecho fundamental a la vida, a la salud y al mínimo vital, en atención a las características económicas, la gravedad, costo de la enfermedad y su respectivo tratamiento y la condición de sujeto de especial protección.⁶²

2.5. Caso Concreto

Antes de entrar a determinar si en el presente caso existió vulneración de los derechos fundamentales de la señora Fidela Cabezas Narváez, la Sala encuentra necesario establecer la legitimidad por activa del señor Teófilo Quiñones Cabezas.

En este evento, el señor Teófilo Quiñones Cabezas interpuso acción de tutela como agente oficioso de su progenitora, la señora Fidela Cabezas Narváez, quien tiene 72 años de edad⁶³ y padece de cáncer de mama, enfermedad catalogada como catastrófica y de alto costo, como se desprende del historial clínico anexado⁶⁴. Así las cosas, la señora Cabezas no se encontraba en condiciones físicas y mentales para ejercer la defensa directa de sus intereses.

Por consiguiente, la Sala considera que se reúnen los requisitos señalados en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁶⁵ para reconocer al accionante como agente oficioso de la señora Fidela Cabezas Narváez.

De acuerdo a lo anterior, la Sala en el expediente objeto de revisión, se encuentra acreditado que: (i) la señora Fidela Cabezas Narváez tiene 72 años⁶⁶ y padece de Carcinoma Mamario (Cáncer); (ii) que tal y como consta en la historia clínica, el médico tratante le prescribió la práctica de sesiones de Poliquimioterapia de Alto Riesgo⁶⁷; (iii) que se encuentra afiliada a la EPS-S EMSSANAR de Nariño con sustento en la página web del Fosyga - BDUA.⁶⁸ (iv) y que fue condicionado el tratamiento requerido al pago de cuotas de recuperación.

Para la Sala es evidente la vulneración a los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la tutelante, en ocasión de la limitación del tratamiento de poliquimioterapia ordenado con carácter urgente por el médico tratante, al pago de cuotas de recuperación equivalentes a \$580.000, máxime si se tienen en cuenta las especiales condiciones de la afectada, quien es una persona de la tercera edad afiliada al régimen subsidiado, y que sufre de cáncer de mama; esta enfermedad –se insiste– está catalogada de alto costo y su tratamiento de quimioterapia se encuentra incluido en el POS-S, según el artículo 64 del Acuerdo 008 de 2009, el cual dispone que las personas que, en razón de su enfermedad, tengan que realizarse tratamientos de radioterapia y quimioterapia para el cáncer, no les será exigible la cancelación de los copagos correspondiente a dicho procedimiento.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el procedimiento requerido por la peticionaria se relaciona específicamente con el tratamiento de quimioterapia⁶⁹, resulta obligatoria la exoneración de los copagos ya que su realización se encuentra incluida dentro del tratamiento integral que se le debe suministrar a los pacientes que padecen cáncer.

De otro lado, llama la atención de la Sala el hecho que el juez de instancia decidió negar el amparo solicitado bajo el argumento que la atención en salud no la debía brindar la Secretaria Distrital de Salud y la Secretaria Distrital de Planeación, sino directamente la EPS-EMSSANAR, ente en el que se encuentra afiliada la señora Fidela Cabezas Narváez. Esta postura omite el deber que le asiste al juez constitucional de convocar y ubicar al agente de la violación, en caso de no ser señalado expresamente por el tutelante, lo cual constituye una vulneración más de los derechos invocados a favor de la citada ciudadana.

Más aún, resulta absolutamente reprochable la conducta de la Secretaria Distrital de Bogotá, que en lugar de adoptar acciones eficaces orientadas a atenuar las graves consecuencias que en la salud de la actora tiene la no realización del tratamiento de poliquimioterapia prescrito por el médico tratante, decidió simplemente informar al juez de tutela que quien debía responder era la Secretaria de Salud de Nariño y la EPS-S EMSSANAR, bajo el argumento que “mal haría esta entidad al brindar la atención a una paciente que tiene derecho a los recursos del subsidio y la oferta de la Secretaria de Salud de Nariño”.

Sobre este particular, la Sala debe advertir que la territorialidad del aseguramiento no

constituye una excusa constitucionalmente válida para impedir el acceso a una persona a los servicios de salud que requiere; en otras palabras, la afiliación en una EPS-S diferente a las que opera en el lugar actual de residencia no puede constituir un obstáculo para el acceso a los servicios de salud que ponga en peligro la vida de los colombianos. Una postura de este tipo, además de constituir una afrenta a los principios de universalidad (garantizado a partir de enero de 2010) y continuidad, y de profundizar la desigualdad entre los regímenes de aseguramiento, antepone trámites administrativos y burocráticos al logro efectivo del derecho fundamental.

Es importante destacar que la señora Fidela Cabezas Narváez es sujeto de especial protección por parte del Estado (C. P. art. 13) lo cual les imponía tanto al juez de tutela como a los accionados, desplegar la mayor actividad posible para garantizar de forma efectiva sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas. De esta manera, se debía autorizar u ordenar la práctica del tratamiento prescrito por el médico tratante, buscando precisamente, la atención inmediata del paciente y evitando generarle más trámites y demoras.

En consecuencia, es inadmisibles que existiendo una alternativa para mejorar las condiciones de subsistencia del accionante, los accionados recurran a argumentos que contrarían los mandatos de la Constitución, para imponer barreras al acceso a los servicios de salud que la tutelante requiere con necesidad a través del cobro injustificado de cuotas moderadoras; esto se hace aún mas grave teniendo en cuenta la enfermedad catastrófica que la actora padece y, específicamente, atendiendo la disposición referida anteriormente, que señala que dicho procedimiento destinado para el cáncer se encuentra exento de copagos.

En todo caso, en Sede de Revisión se logró establecer que la demandante en la actualidad se encuentra residiendo en el municipio de Barbacoas -Nariño- con afiliación vigente en régimen subsidiado a la EPS EMSSANAR. Por consiguiente, esta entidad es la llamada a prestar la atención médica requerida por la señora Fidela Cabezas, sin que para ello se presenten obstáculos de tipo económico ni administrativo.

Es necesario advertir que los informes rendidos por las autoridades avocadas mediante Auto de medida provisional del 26 de febrero de 2011, son insuficientes y no evidencian una gestión real para la protección de los derechos fundamentales de la accionante. Esto implica que además de confirmar la medida provisional se insista en las órdenes contenidas en ella.

Por tanto, se revocará la decisión adoptada el 22 de octubre de 2010 por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá, para en su lugar conceder el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, en el sentido de ordenar a la EPS EMSSANAR que disponga de todos los medios necesarios para la efectiva atención médica de la señora Fidela Cabezas Narváez en razón de la enfermedad carcinoma mamario.

Asimismo, teniendo en cuenta que es una mujer de la tercera edad que padece de una enfermedad catastrófica y de alto costo como el cáncer, la cual se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud y que ni ella ni su hijo tienen los medios económicos suficientes para cubrir el tratamiento, se exonerará del pago de cuotas moderadoras. Además, la Sala instará a la Personería del Municipio de Barbacoas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Superintendencia de Salud, para que investiguen la conducta desplegada por las autoridades que dilataron e impidieron la garantía del derecho a la salud de la accionante. Para este efecto se ordenará expedir copia de la presente providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional procederá a amparar los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital de la señora Fidela Cabezas Narváez, por encontrarse en situación de vulnerabilidad al ser sujeto a una protección especial de rango constitucional.

VI. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de fecha 22 de octubre de 2010 proferida por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá, mediante la cual se denegó el amparo invocado dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Teófilo Abelardo Quiñones Cabezas, como agente oficioso de Fidela Cabezas Narváez. En su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental a la salud y CONFIRMAR las medidas provisionales consignadas en el Auto del 26 de febrero de 2011.

Segundo.- ORDENAR a la EPS-S Emssanar Nariño, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, programe y fije fecha para la práctica de la “Poliqumioterapia de Alto Costo”, y disponga de todos los medios necesarios para la efectiva atención integral de la señora Fidela Cabezas Narváez en razón de la enfermedad

carcinoma mamario, sin que razones de tipo administrativo y económico como el cobro de copagos, que no pueden efectuarse en este caso, se conviertan en obstáculo para el cumplimiento del tratamiento médico requerido.

Tercero. INSTAR a la Personería Municipal de Barbacoas, a la Procuraduría General y a la Superintendencia de Salud, para que investiguen la conducta desplegada por las entidades que dilataron e impidieron la garantía del derecho a la salud de la accionante y verifiquen el cumplimiento de esta providencia. Para este efecto, expídase copia de la presente providencia con destino a dichas entidades.

Cuarto. LIBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Expediente Folio 2, cuaderno 2.

2 Expediente Folio 1, cuaderno 2.

3 Expediente Folio 37, cuaderno 2.

4 Expediente Folios 3y 4, cuaderno 2.

5 Expediente Folio 5, cuaderno 2.

6 Expediente Folio 6, cuaderno 2.

7 Expediente Folio 7, cuaderno 2.

8 Expediente Folio 8, cuaderno 2.

9 Expediente Folios 30 y 31, cuaderno 2.

10 Expediente Folio 38, cuaderno 2.

11 El número telefónico de la señora Alba Niño se encuentra reseñado den el expediente de tutela.

13. Ibídem.

14 Acorde con el artículo 10 del Decreto 291 de 1991 que establece: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. 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 defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”

15 Sentencia T- 970 de 2008

16 sentencias: T- 970 de 2008, T-623 de 2005, T-693 de 2004 y T-659 de 2004.

17 Ver Auto 257 de 2006 y Auto 190 de 2005.

18 Ver Sentencia T-091 de 1993 y los Autos 289 de 2001, 287 de 2001, 295 de 2001, 007 de 2003, 115 de 2005 y 147 de 2005.

19 Ver Auto 287 de 2001 y Auto 257 de 2006

20 Ver Sentencia T-091 de 1993 y los Autos 289 de 2001, 287 de 2001, 295 de 2001, 007 de

2003, 115 de 2005 y 147 de 2005.

21 Artículo 13 del Decreto 2591 de 1991:” La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. ...”.

22 Ver Auto 257 de 2006.

23 Autos 289 de 2001 y 257 de 2006.

24 Ver Auto 257 de 2006.

25 Ver Auto 257 de 2006 y 289 de 2001.

26 Ver Auto 257 de 2006.

27 Ver sentencias C-577 de 1995, C-1204 de 2000 entre otras.

28 Ver Sentencias T-1182 de 2008, T-261 de 2007

29 Artículo 2 C.P: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

30 Ver Sentencia T-405 de 2008.

31 Adoptada y proclamada por la Asamblea General mediante resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

32 Ver Sentencia 274de 2009.

33 Ver Sentencias T-016 de 2007, T-760 de 2008. T- 360 de 2010 entre otras.

34 Ver Sentencias T-760 de 2008, T-189 de 2010 entre otras.

35 Sentencia T-760 de 2008.

36 Sentencias T-922 de 2009, T-760 de 2008, T-189 de 2010.

37 Ver Sentencia 261 de 2007.

38 Ver sentencia 601 de 2008.

39 Ver T-261 de 2007 entre otras.

40 Sentencias T-745 de 2009, T-1081 de 2001, T-892 de 2005, T-989 de 2005.

41 Sentencia T-261 de 2007.

42 Ver Sentencia T-261 de 2007.

43 Ver Sentencias T- 1270 de 2008, T- 563 de 2010.

44 “Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud”

45 Ver Sentencia T-1227 de 2008.

46 Artículos 9° y 10°, Acuerdo 260 de 2004.

47 Ver Sentencia T-1227 de 2008 entre otras.

48 Ver Sentencia T -411 de 2003.

49 Sentencias C-265 de 1994, y T-639 de 1997.

50 Ver Sentencias T-1227 de 2008, T- 743 de 2004, T-908 de 2004 entre otras.

51 Ver, entre otras, la sentencia T-743 de 2004.

52 Ver sentencia T-330 de 2006, sentencia T-743 de 2004, sentencia T-908 de 2004, sentencia T-1227 de 2008, entre otras.

53 Ver sentencia T-581 de 2007.

54 Ver Sentencias T-442 de 2004, T-819 de 2003, T-411 de 2003, todas referidas al tema de exoneración del pago de cuotas de recuperación.

54 Al respecto, ver las siguientes sentencias, entre otras: T-142 de 2004, T-797 de 2003, T-133 de 2003, T-1153 de 2003, T-340 de 2003, T-062 de 2003, T-699 de 2002 , T-501 de 2002, , T-297 de 2001, T-1663 de 2000, T-1130 de 2000, T-582 de 2000, T-579 de 2000, T-236 de 2000, T-228 de 2000, T-901 de 1999, T-876 de 1999.

56 Ver sentencias T-563 de 2010, T- 581 de 2007.

57 “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

58 Ver sentencias T-563 de 2010, T- 581 de 2007.

59 Ver sentencia T-563 de 2010.

59 Ver Sentencia T-1227 de 2008, Sentencia T-754 de 2005

60 “Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”.

61 Ver Sentencia C-542 de 1998.

62 Ver Sentencia T- 151 de 2006, T-753 de 2009, Sentencia T-1227 de 2008, Sentencia T-725de 2010, entre otras.

63 Expediente Folio 8, cuaderno 2.

64 Expediente Folio 2, cuaderno 2.

65 Acorde con el artículo 10 del Decreto 291 de 1991 que establece: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada

en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. 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 defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”

66 Expediente Folio 8, cuaderno 2.

67 Folio 2 del cuaderno principal.

68 Expediente Folios 30 y 31, cuaderno 2.

69 Artículo 61. Acuerdo 008 de 2009

70 Ley 1122 de 2007 y orden número 29 de la sentencia T-760 de 2008.