

Sentencia T-341/05

ACCION DE TUTELA-Demostración de amenaza o vulneración de derechos fundamentales/ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no demostración de amenaza o vulneración de derechos fundamentales

Referencia: expediente T-1028664

Acción de tutela instaurada por Lucila Esther Angarita González en representación de su madre, María Dioselina González Duarte contra el Instituto de Seguros Sociales.

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D. C., seis (6) de abril de dos mil cinco (2005).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JAIME ARAUJO RENTERIA, ALFREDO BELTRAN SIERRA y MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Lucila Esther Angarita González en representación de su madre, la señora María Dioselina González Duarte, contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

Lucila Esther Angarita González, actuando en representación de su madre, la señora María Dioselina González Duarte, interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social, en razón de que el demandado se niega a suministrar unos medicamentos que su madre requiere con urgencia argumentando que éstos se encuentran excluidos del P.O.S.. Indica la demandante que actúa en representación de su madre, debido a que se trata de una persona que cuenta con 67 años de edad y es discapacitada, pues por sus graves afecciones de salud le fue amputada

una de sus piernas.

Fundamentó su demanda en los siguientes hechos:

La señora González Duarte se encuentra afiliada al Instituto de Seguros Sociales en calidad de beneficiaria de su esposo, el señor Carlos Eduardo Angarita Macías, y padece graves problemas cardiacos y diabetes, por lo que le deben ser suministrados los medicamentos denominados amaril, cozaar y neurotin, los cuales, no obstante existir la prescripción, no han sido suministrados por el Instituto de Seguros Sociales, que argumenta que estos medicamentos se encuentran excluidos del P.O.S. Agregó que le fue informado que las drogas ordenadas a la señora González Duarte pueden ser reemplazadas por medicamentos genéricos que sí se encuentran en el P.O.S.; sin embargo, cuando le fueron suministradas las drogas en fórmula genérica tuvo una reacción desfavorable, por lo que la recomendación médica fue el suministro de los medicamentos en la presentación formulada.

Solicita en consecuencia se ordene al Instituto de Seguros Sociales que suministre a la señora María Dioselina González Duarte los medicamentos prescritos por su médico tratante en la presentación indicada en la formulación médica.

II. INTERVENCIÓN DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

La Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales Seccional Santander en contestación a la demanda de tutela, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, manifestó que la negativa de esa entidad a entregar los medicamentos reclamados en la presente acción, se funda en que éstos, en la presentación en la que los solicita la demandante se encuentran excluidos del P.O.S.; no obstante, se encuentran disponibles dentro del P.O.S. unos medicamentos genéricos que pueden reemplazar a los prescritos a la señora González Duarte.

Agregó que “Exigir u obligar a una EPS, en especial al ISS-EPS, prestar servicios de salud con períodos de carencia o NO POS, es utilizar inadecuadamente los recursos de los aportantes y eximir al Estado de su responsabilidad. Es proteger los derechos fundamentales con los recursos de todos los trabajadores (dependientes, independientes, pensionados), sin tener en cuenta que la ley delegó responsabilidad directa al Estado a través de sus E.S.E u hospitales.”.

III. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, en oficio dirigido al Juez Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja informó que: “Los medicamentos denominados AMARIL, COZAAR y NEUROTIN se encuentran excluidos del POS, toda vez que no están descritos en el listado de medicamentos previsto en el Acuerdo 228 de 2002 por el cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud”.

“Es menester recordar que en materia de medicamentos, el suministro de los mismos por parte de la E.P.S. debe ser en los términos ordenados por el médico tratante, teniendo en cuenta que basta con que se conserve el principio activo y concentración del establecido en el listado del Acuerdo 228 de 2002, sin importar la denominación que tenga el mismo en el mercado con tal de que corresponda al ordenado bajo los criterios de calidad, seguridad, eficacia, y comodidad para el paciente.

“Por tanto, si el medicamento ordenado tiene una denominación (comercial) distinta al previsto en el POS, basta con probar que conserva el principio activo y concentración del genérico, para que la E.P.S. esté en la obligación de suministrarle el ordenado por el médico tratante o el genérico, toda vez que lo que importa es dicha coincidencia bajo los criterios de calidad, eficacia y comodidad para el paciente, lo cual implica que la E.P.S., en estas circunstancias no puede argumentar bajo ningún motivo su exclusión del POS.

“Si el medicamento se encuentra excluido del POS, (no corresponde al principio activo y concentración) como sucede en el caso sub - examine, el accionante podrá acudir al Comité Técnico Científico de la respectiva E.P.S. para la aprobación del medicamento que se encuentra fuera del POS, en aras de proteger el derecho a la vida y la salud (artículo 8 del Acuerdo 228 de 2002)”.

IV. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja, mediante sentencia de 1o de octubre de 2004, negó la protección solicitada por Lucila Esther Angarita González en representación de su madre, la señora María Dioselina González Duarte, tras considerar que: “ que en este caso no está demostrado que el señor CARLOS EDUARDO ANGARITA MACÍAS,

quien tiene inscrita como beneficiaria a la señora MARIA DIOSELINA GONZALEZ DUARTE, hubiese hecho cotizaciones en salud al INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL en fecha anterior al 7 de julio del año 2004, razón por la cual se tiene que efectivamente no tiene el número de semanas que se exigen en el Artículo 61 del Decreto 806 de 1998, a más que en el presente caso no se invocó, ni se demostró por ningún medio, que estuviera en incapacidad de cancelar una parte proporcional del costo del servicio equivalente al porcentaje faltante para alcanzar el mínimo legal.

Es por ello que considera el Despacho que efectivamente no está obligado el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL a suministrar los medicamentos solicitados por la señora MARIA DIOSELINA GONZALEZ DUARTE, beneficiaria del señor CARLOS EDUARDO ANGARITA MACIAS, quien no ha cotizado el número de semanas exigido para recibir atención en salud, razón por la cual la acción instaurada se debe negar ya que no se trata de una atención urgente que requiera la accionante y que ponga en peligro su vida y su salud, caso en el cual debe ser atendida por la entidad accionada como expresamente lo acepta al dar respuesta al amparo constitucional instaurado.”

Impugnada la anterior decisión, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de noviembre 12 de 2004 confirmó el fallo recurrido, por las mismas consideraciones del a quo, señalando además que en este caso no se evidencia el padecimiento de la madre de la solicitante y la urgencia con que requiere los medicamentos reclamados.

V. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS EN LAS INSTANCIAS

* A folios 3 y 4, copia del carné de afiliación al Instituto de Seguros Sociales de la señora María Dioselina González Duarte y de su cédula de ciudadanía.

* A folio 8, copia de la fórmula del I.S.S. con la que le fueron prescritos los medicamentos AMARIL, COZAAR Y NEUROTIN a la señora González Duarte.

* A folios 35 al 41, copia de algunos formatos de autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en los que aparece el señor Carlos Angarita con ingreso base de cotización de \$358.000.

VI. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para mejor proveer en el asunto de la referencia, el Magistrado Sustanciador ofició a través de la Secretaría General de esta Corporación al señor Hollman Ortíz González, Liquidador de la Empresa Explotaciones Cóndor S.A., para que informara a este Despacho acerca de los siguientes asuntos:

1. Cuál es la situación actual de los pensionados de esa empresa en cuanto a seguridad social en salud y quién les presta los servicios de salud.
2. Si a la señora María Dioselina Gonzalez, beneficiaria del señor Carlos Eduardo Angarita Macías, pensionado de esa entidad, le ha sido suministrado algún medicamento o costeado algún servicio de salud en el último año. De ser afirmativa la respuesta, indicar los medicamentos o servicios que le fueron suministrados y en qué fecha.

Dentro del término señalado, el Liquidador de Explotaciones Cóndor S.A. en Liquidación respondió el cuestionario de esta Corte en los siguientes términos:

Explotaciones Cóndor S.A. en Liquidación, es una entidad pagadora de pensión que se encuentra en liquidación; por lo anterior, desarrolla actualmente un proceso de conmutación pensional y de afiliación de todos los pensionados y sus beneficiarios a las entidades prestadoras de salud para garantizar la protección de sus derechos. Aclaró que los pensionados de esa empresa no poseen el estatus de pensionados de Ecopetrol, pues esa es una empresa distinta que opera con sus propios medios.

Agregó que aunque el art. 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los pensionados de Ecopetrol, esta exención no puede hacerse extensiva a los pensionados de Explotaciones Cóndor, pues ellos se constituyen en afiliados obligatorios del Sistema; por tal motivo esta última empresa está en la obligación legal de afiliar a los pensionados y sus beneficiarios a la EPS que elijan.

Señaló que a pesar de haber cumplido ya con el proceso de afiliación de los beneficiarios de

los pensionados a una EPS, la empresa cubre directamente los costos derivados para los usuarios del servicio de salud por concepto de medicamentos excluidos del POS o por tratamientos médicos o quirúrgicos a los que no puedan acceder los pensionados o sus beneficiarios por estar sujetos a períodos de carencia.

En el caso concreto de la señora María Dioselina González de Angarita, informó que esa entidad ha venido suministrando una serie de medicamentos que le fueron prescritos por su médico tratante y que se encuentran excluidos del POS. Agregó que no aparece en la hoja de vida del pensionado ninguna reclamación tendiente a la prestación de servicios médicos adicionales para la señora María Dioselina González, diferentes a la atención domiciliaria y los medicamentos excluidos del POS que actualmente se suministran con cargo a esa empresa.

Anexó a su oficio una certificación suscrita por la Coordinadora de Servicios Médicos de Explotaciones Cóndor S.A. en Liquidación en la que se lee lo siguiente:

“La señora MARIA DIOSELINA GONZALEZ DE ANGARITA, CON REGISTRO No. J5-8024-81, presenta diagnósticos de Enfermedad cardiovascular, diabetes mellitus con neuropatía diabética, glaucoma y amputación de muslo por enfermedad arterial oclusiva de miembros inferiores.

Fue atendida en consulta médica general con cargo a Explotaciones Cóndor S.A. en liquidación hasta el 16 de junio de 2004 y desde entonces viene siendo atendida con cargo a la EPS ISS.

Se han autorizado los medicamentos NO POS, prescritos por su médico tratante en la EPS, Doctora DENEISE PLATA AMARIS que se relacionan a continuación y que se requieren mensualmente para el manejo de su cuadro clínico:

Amaryl 2 mg tabletas

Naturet cápsulas

Cozaar 50 mg tabletas

Winadeine F tabletas

Cosopt gotas oftálmicas

Se expide en Barrancabermeja, el 2 de febrero de 2005, con base en las copias de 9 fórmulas que reposan en la historia clínica y que fueron autorizadas para despacho con cargo a Explotaciones Cóndor S.A. en liquidación desde el segundo semestre de 2004.”.

VII . CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Breve justificación de esta Sentencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, “las decisiones proferidas por la Corte en sede de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, que unifiquen jurisprudencia constitucional o que aclaren el alcance general de las normas constitucionales, deben ser motivadas; las demás podrán ser brevemente justificadas.

En atención a que en la presente oportunidad habrá de confirmarse el fallo objeto de revisión y no se va a unificar jurisprudencia o a aclarar el alcance de las normas constitucionales, la decisión será brevemente justificada.

3. Desestimación de la acción de tutela cuando no se acredita la vulneración o amenaza del derecho fundamental

La acción de tutela ha sido instituida por el Constituyente como un mecanismo de defensa judicial al cual pueden acudir las personas cuando consideren vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, ya sea por la acción u omisión de una autoridad pública o por particulares, éstos en los precisos términos señalados en la ley. Por consiguiente, la persona que considere se le ha desconocido un derecho fundamental, puede acudir ante los jueces

con el fin de obtener, a través de un procedimiento preferente y sumario, una orden destinada a que el infractor del ordenamiento constitucional actúe o se abstenga de hacerlo y así lograr el restablecimiento de sus derechos.

En esa medida, para que el juez de tutela conceda el amparo de los derechos fundamentales de una persona, se requiere demostrar o acreditar la amenaza o vulneración de estos¹. De manera que si dentro del proceso no se revela ese desconocimiento, se impone la denegación de la tutela.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación sobre la necesidad de acreditar la vulneración o amenaza del derecho fundamental que se pretende proteger². Al respecto ha sostenido la Corte que “para que se amenace uno o varios derechos constitucionales fundamentales, es necesario un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o en el menoscabo material o moral”³. Así las cosas, si quien presenta acción de tutela no demuestra los supuestos fácticos en que funda su pretensión o si dentro del proceso se demuestra que la alegada violación o amenaza no existió, la acción de tutela debe ser denegada.

Debe considerarse entonces en este caso si actualmente existe afectación de los derechos fundamentales de la accionante, quien instaura acción de tutela por considerar afectados sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida. La accionante alega que el ISS no le entrega los medicamentos que requiere para mejorar su estado de salud y las sentencias de instancia niegan el amparo tras considerar que es legítima la actitud del ISS, en tanto los medicamentos se encuentran por fuera del POS y no se probó incapacidad económica para asumir el costo de los mismos.

En el presente caso, conforme al contenido del expediente, no existe vulneración ni amenaza alguna de derechos fundamentales de la peticionaria, por las siguientes razones:

1. Efectivamente, en el expediente está probado que la persona a nombre de quien se entabla la acción de tutela requiere de ciertos medicamentos para paliar los síntomas de la enfermedad que padece. La E.P.S accionada aduce que la señora Dioselina González Duarte no tiene el número suficiente de semanas cotizadas para que se le otorguen los medicamentos que reclama y además las drogas que solicita no se encuentran en el listado del Plan Obligatorio de Salud.

2. Sin embargo, se pudo comprobar que : (i) la señora Dioselina González Duarte es beneficiaria de su esposo, Carlos Eduardo Angarita Macías, pensionado de la empresa Explotaciones Cóndor S.A.; (ii) que si bien dicha empresa se encuentra en liquidación y ha surtido el proceso de afiliación de los beneficiarios de los pensionados a una E.P.S.(como es el caso de la señora Dioselina González, que se afilió al ISS), la empresa aún cubre los costos derivados del servicio de salud por concepto de medicamentos excluidos del POS o de tratamientos y servicios quirúrgicos a los que no puedan acceder los pensionados o beneficiarios por los llamados periodos de carencia; (iii) para el caso concreto de la señora Dioselina González, la empresa Explotaciones Cóndor S.A. señaló que “ .. se han autorizado los medicamentos NO POS, prescritos por su médico tratante en la EPS doctora DENISE PLATA AMARIS, que se relacionan a continuación y que se requieren mensualmente para el manejo de su cuadro clínico. Amaryl 2 mg tabletas. Neurotín 400 mg. tabletas , Naturet capsulas, Cozaar 50 mg. tabletas, Winadeine F tabletas, Cosopot gotas oftálmicas.”

3. A la vista de tal constatación, estima la Sala que la peticionaria hizo una solicitud al Seguro Social de medicamentos que ya estaba recibiendo por cuenta de la empresa Explotaciones Condor S.A., lo que revela por su parte mala fe en dicha petición así como en la instauración de la acción de tutela, de modo que, de conseguir el resultado, privaría de la posibilidad de obtener tales servicios a otros usuarios que verdaderamente los necesitan.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha dicho que el ejercicio de todo derecho y la utilización de los procedimientos constitucionales y legales previstos para su efectividad exige de sus titulares una lealtad mínima hacia el orden jurídico y el cumplimiento de deberes y cargas correlativos, según resulta de lo dispuesto en los artículos 2, 4 -inciso 2- y 95 de la Constitución Política. Ello, por cuanto el principio de la buena fe, predicable de las autoridades públicas en los términos que consagra el artículo 83 de la Constitución, debe ser atendido por los particulares que acuden al Estado en demanda de los servicios a su cargo.

Al respecto ha dicho la Corte en Sentencia T-532 del 21 de noviembre de 1995 M.P. José Gregorio Hernández lo siguiente:

“Cuando el artículo 83 de la Constitución exige que las actuaciones de los particulares y de las autoridades se ciñan a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas, consagra un postulado que obliga a las

entidades y a los servidores públicos a revisar radicalmente la posición que tradicionalmente han venido observando ante el ciudadano, marcada por la prevención y la mala voluntad.

“Tal principio exige de gobernantes y gobernados el compromiso de obrar honesta y desprevencionadamente, en el marco de unas relaciones de mutua confianza, de tal manera que, sometidos todos al orden jurídico y dispuestos a cumplir sus disposiciones con rectitud, no haya motivo alguno de recelo.

“La norma en mención no obliga tan sólo al particular sino que se aplica con igual severidad al servidor público, que ni puede presumir la mala fe de la persona respecto de la cual cumple su función, ni le es permitido, en lo que toca con sus propios deberes, asumir actitudes engañosas o incorrectas.”

El actuar de la accionante, entonces, genera desestimación de la acción de tutela por no existir afectación actual de los derechos invocados. Igualmente se recuerda que la acción de tutela debe ser empleada de manera razonable y justificada, de acuerdo con unos parámetros que la misma normatividad ya señaló en el decreto 2591 de 1991, y con la única intención de lograr la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

En consecuencia, se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que negó la protección solicitada por la señora Lucila Esther Angarita González en representación de la señora María Dioselina González Duarte, pero por las razones expresadas en esta sentencia.

VIII. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de Noviembre de 2004 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, que denegó la tutela en el trámite de la acción instaurada por Lucila Esther Angarita González en representación de su madre, María Dioselina González Duarte, contra el Instituto de Seguros Sociales, pero por las razones expresadas en esta sentencia.

Segundo. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-411 del 12 de agosto de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

2 Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-082 del 16 de marzo de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-796 del 14 de octubre de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-1181 del 7 de septiembre de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-110 del 31 de enero de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano).

3 Sentencia T-082 de 1998, ya citada.