

AGENCIA OFICIOSA-Persona que se encuentra enferma por haber sido sometida a cirugía

Lo que está en juego es la posibilidad de asegurar a todos los ciudadanos, aún a aquellos que se encuentran impedidos física o jurídicamente para actuar por sí mismos, que puedan ejercer una acción judicial en la que se tome una determinación concreta acerca de la posible violación de sus derechos fundamentales y, de ser procedente, obtener un pronto remedio jurídico. Sólo en la medida en que los mecanismos de protección de los derechos fundamentales se puedan garantizar a todas las personas, haciendo flexibles las formalidades procesales aplicables, y permitiendo que quienes no pueden defender sus derechos presencialmente ante las autoridades, tengan todavía la posibilidad de ser oídas en sede de tutela, se concibe la supremacía de la Constitución como norma que estimula la convivencia social (artículo 4 C.P.) y se comprende cabalmente el principio de responsabilidad jurídica aplicable a los particulares y a la autoridad (artículo 6 C.P.).

AGENCIA OFICIOSA-Requisitos/JUEZ DE TUTELA-Atribuciones en materia de pruebas

Para la procedencia de la agencia oficiosa es indispensable (i.) no sólo que el agente afirme actuar como tal, sino que además (ii.) demuestre que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, “bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieren haber afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia”. Sin embargo, la exigencia de estos requisitos no puede interpretarse formalmente, es decir, su cumplimiento no está supeditado a la existencia, dentro de la petición de tutela, de frases sacramentales o declaraciones expresas que den cuenta de la agencia oficiosa, pues bien puede ocurrir -como en el caso que es objeto de estudio en esta oportunidad por parte de la Corte- que las circunstancias que impiden que una persona actúe a nombre propio, justificando la intervención oficiosa de otro, sean hechos que se desprenden naturalmente de la narración hecha por el petente, cuya veracidad y alcance deben ser valorados por el juez, pudiendo, incluso, desplegar sus atribuciones en materia probatoria para establecer la certeza de las afirmaciones hechas.

AGENCIA OFICIOSA TACITA-Procedencia en tutela

El juez de tutela, en ejercicio de sus funciones como garante y guardián de los derechos fundamentales y la Constitución, puede declarar procedente la agencia oficiosa en aquellos eventos en los que partiendo de los hechos y circunstancias que definen cada caso, constata que (1.) el actor en el proceso de amparo actúa a nombre de otra persona y (2.) de la exposición de los hechos resulta evidente que el agenciado se encuentra imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta. Ciertamente, la agencia oficiosa tácita -en los términos señalados-, será procedente en la medida en que el representado no se vea perjudicado o corra riesgo alguno por el ejercicio del acto de representación, y siempre que exista un respaldo fáctico del cual se pueda deducir -no simplemente presumir-, que se está realizando un acto a favor de otro.

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Deber de informar a los afiliados cuando solicitan servicios no incluidos en el POS

Debe reiterarse que principios elementales de igualdad sustancial y de tratamiento especial a las personas en situación de debilidad manifiesta, imponen a la ARS el deber de informar, al afiliado que solicita la prestación de un servicio no incluido en el POS del régimen subsidiado, acerca de las posibilidades de acudir a otras instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado, en procura de los servicios requeridos.

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Solicitud de medicamentos

Referencia: expediente T-406536

Acción de tutela instaurada por ISRAEL LARA contra la Caja de Compensación Familiar, COMFAMILIAR – Seccional Huila –

Tema:

– Agencia Oficiosa Tácita

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., mayo cuatro (4) de dos mil uno (2001).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Manuel

José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Neiva dentro de la acción de tutela instaurada por ISRAEL LARA contra la Caja de Compensación Familiar, COMFAMILIAR -Seccional Huila-.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos

Israel Lara presentó acción de tutela contra la Caja de Compensación Familiar COMFAMILIAR – Seccional del Huila -, en representación de su compañera permanente, Matilde Morea Balcera, por la presunta violación del derecho fundamental a la salud, originada en la negativa, dada por la entidad accionada, al suministro de una droga vital para la señora Morea Balcera, sometida a una delicada cirugía en los ovarios. Los hechos que sirven de fundamento del amparo solicitado se pueden resumir de la siguiente manera:

1.1. La señora Matilde Morea Balcera fue intervenida el 18 de septiembre de 2000 en el Hospital General de Neiva “por cuenta del SISBEN-COMFAMILIAR Huila”<sup>1</sup>, como consecuencia del endometrioma ovárico que le fuera diagnosticado por un médico especialista.

1.2. El profesional tratante prescribió a la paciente en convalecencia, una serie de medicamentos que serían suministrados por COMFAMILIAR<sup>2</sup>. Dicha entidad, se negó a hacer la entrega aduciendo que la droga formulada corresponde a una patología no cubierta por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S) y, “por tanto, no era competencia de la ARS CONFAMILIAR el despacho de una fórmula generada... por el Hospital Universitario de Neiva”<sup>3</sup>. Como fundamento de su respuesta, el ente accionado señala que las disposiciones contenidas en los Acuerdos 072 y 074, proferidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, indican las patologías básicas respecto de las cuales es posible el reconocimiento de medicamentos y tratamientos terapéuticos dentro del sistema de salud subsidiado; dentro de dicho listado no aparece la afección de la compañera del peticionario.

1.3. Finalmente, el actor manifiesta que acude a la acción de tutela en nombre de su

compañera, “pues se encuentra gravemente enferma en la casa”<sup>4</sup>.

### 1. Solicitud

Pretende el peticionario que, como consecuencia de la protección del derecho a la salud en favor de la señora Matilde Morea Balcera, “se ordene a esa empresa - COMFAMILIAR - entregar los medicamentos referenciados y todos los que necesite mi esposa para recuperar su salud”<sup>5</sup>.

### 3. Sentencia objeto de revisión

Mediante providencia del 3 de octubre de dos mil, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Neiva, negó el amparo solicitado por el peticionario. Este es el argumento en el que se fundamenta el fallo de tutela:

3.1. “En el caso sub-judice, resulta improcedente la acción de tutela porque el ACCIONANTE NO ESTÁ HABILITADO PARA PROMOVERLA EN NOMBRE DE SU ESPOSA MATILDE MOREA BALCERA, PORQUE NO SE HA DADO CUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 10°. DEL DECRETO 2591 DE 1991, YA QUE NO SE HA ACREDITADO LA REPRESENTACIÓN DE AQUÉL NI HA MANIFESTADO ACTUAR COMO AGENTE OFICIOSO EN RAZÓN DE NO ESTAR SU ESPOSA EN CONDICIONES DE PROMOVERLA”<sup>6</sup> – énfasis original -.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Problema jurídico

1.1. En el presente caso, corresponde a la Sala de Decisión de la Corte Constitucional establecer si los derechos fundamentales de un afiliado al régimen subsidiado de seguridad social en salud, que necesita medicamentos especializados para su recuperación, resultan vulnerados cuando la Administradora del Régimen Subsidiado -ARS- a la que se encuentra vinculado, se niega a suministrarlos aduciendo que están excluidos del plan de beneficios de tal régimen<sup>7</sup>.

1.2. Ahora bien: en consideración al contenido del pronunciamiento hecho por el señor Juez

Séptimo Civil Municipal de la ciudad de Neiva, es necesario hacer algunos señalamientos preliminares respecto del significado que tiene dentro del proceso de tutela el ejercicio de la agencia oficiosa y la necesidad de practicar pruebas con el propósito de fundamentar la decisión que toma el funcionario judicial.

2. Asuntos preliminares: del ejercicio de la agencia oficiosa en sede de tutela y la obligación del juez de amparo de practicar pruebas dentro del proceso

2.1. Llama la atención de la Sala la manera como el Juez Séptimo Civil Municipal de Neiva resuelve – en primera y única instancia – el amparo presentado por el señor Israel Lara. En el fallo se decide “negar la tutela propuesta” señalando que “no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991”, pues el peticionario no acreditó la calidad de agente oficioso de la señora Matilde Morea Balcera<sup>8</sup>. Lo que resulta sorprendente del caso, es que si se revisa con cuidado la solicitud hecha por el actor, se puede comprobar que dicho documento contiene la información mínima suficiente para establecer que la razón por la cual la tutela era presentada por una persona diferente al titular de los derechos presuntamente vulnerados, consistía precisamente en la imposibilidad de ésta para acudir personalmente ante la autoridad judicial y exigir la protección correspondiente.

En efecto, en la aludida solicitud el petente señala que: “en la actualidad, mi compañera ha sido intervenida de una cirugía vaginal, el lunes 18 del presente mes [septiembre de 2000], y le dieron la salida ayer a las cinco de la tarde..., y en la actualidad la tengo en la casa en recuperación... gravemente enferma por falta de estos medicamentos [los formulados por el médico tratante]”<sup>9</sup>.

2.2. La representación procesal en materia de tutela puede darse, bien a través de apoderado, o en virtud del ejercicio de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados no esté en condiciones de promover su propia defensa. El texto del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, encargado de regular la materia, dispone:

“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de su representante. Los poderes se presumirán auténticos.

“También se puede 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.

“También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

El fundamento de una disposición como ésta no se agota, simplemente, en el ejercicio de una competencia reglamentaria -excepcional- que le permitió al Presidente de la República regular el derecho de tutela<sup>10</sup>. Lo que está en juego es la posibilidad de asegurar a todos los ciudadanos, aún a aquellos que se encuentran impedidos física o jurídicamente para actuar por sí mismos, que puedan ejercer una acción judicial en la que se tome una determinación concreta acerca de la posible violación de sus derechos fundamentales y, de ser procedente, obtener un pronto remedio jurídico. Sólo en la medida en que los mecanismos de protección de los derechos fundamentales se puedan garantizar a todas las personas, haciendo flexibles las formalidades procesales aplicables, y permitiendo que quienes no pueden defender sus derechos presencialmente ante las autoridades, tengan todavía la posibilidad de ser oídas en sede de tutela, se concibe la supremacía de la Constitución como norma que estimula la convivencia social (artículo 4 C.P.) y se comprende cabalmente el principio de responsabilidad jurídica aplicable a los particulares y a la autoridad (artículo 6 C.P.). En palabras ya expresadas por este Tribunal, se tendría que:

“Se trata una vez más -a través del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991- de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del derecho sustancial, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Carta.

“En tal sentido, la agencia oficiosa -que tiene expresión también en los procesos ordinarios pero que adquiere mayor valor e importancia en la medida en que contribuye a la concreción de los derechos fundamentales- se concibe como un instituto de Derecho Procesal que busca el acceso a la administración de justicia para quien se halla imposibilitado de hacerlo personalmente por cualquier motivo.

“Es, por ello, una forma de lograr que opere el aparato judicial del Estado, aun sin la actividad de quien tiene un interés directo”<sup>11</sup>.

2.3. La agencia oficiosa es una figura por medio de la cual un tercero representa los derechos del titular, en razón de la imposibilidad de éste para llevar a cabo tal defensa por su propia cuenta. En este sentido, el agente oficioso carece, en principio, de un interés propio en la acción que interpone, toda vez que la vulneración de derechos que se somete al conocimiento del juez sólo está relacionada con intereses individuales del titular de los mencionados derechos.

En materia de acción de tutela, la posibilidad de agenciar derechos ajenos, a través de la agencia oficiosa, (de conformidad con los requisitos contemplados por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, ya citado), “debe ser examinada según las características propias y los derechos fundamentales involucrados en cada caso concreto”<sup>12</sup>. Esta afirmación se funda en la obligación de los jueces de tutela de “llevar a cabo una defensa cabal, adecuada y oportuna de los valores, principios y derechos constitucionales, la cual no sería posible si la agencia oficiosa, en materia de tutela, se rigiera por reglas inflexibles que no respondieran a las particularidades de cada situación concreta”<sup>13</sup>.

La Corte Constitucional ha señalado que en el caso de la agencia oficiosa “se trata de una relación de hecho que puede reclamar efectos jurídicos válidos y desplegar eficacia representativa si se cumplen los requisitos previstos en la ley”<sup>14</sup> y también que, en el ámbito de la acción de tutela, la aludida figura procesal se encuentra desprovista de requisitos tales como la caución y la ratificación posterior de los interesados principales, que en otro tipo de diligencias judiciales se exigen, ya que, tratándose del mecanismo de protección previsto en el artículo 86 superior, el carácter informal de esta modalidad de intervención judicial “se fundamenta en la trascendencia social que reviste cualquier violación de los derechos fundamentales, cuyo respeto es condición esencial de la convivencia pacífica. En este orden de ideas se le debe dar curso favorable a la agencia oficiosa si el titular de los derechos ajenos no está en condiciones de promover su propia defensa y si esta circunstancia se manifiesta en la solicitud”<sup>15</sup>.

2.4. Ahora, desde una perspectiva puramente instrumental, para la procedencia de la agencia oficiosa es indispensable (i.) no sólo que el agente afirme actuar como tal<sup>16</sup>, sino

que además (ii.) demuestre que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa<sup>17</sup>, “bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieren haber afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia”<sup>18</sup>. Sin embargo, la exigencia de estos requisitos no puede interpretarse formalmente, es decir, su cumplimiento no está supeditado a la existencia, dentro de la petición de tutela, de frases sacramentales o declaraciones expresas que den cuenta de la agencia oficiosa, pues bien puede ocurrir -como en el caso que es objeto de estudio en esta oportunidad por parte de la Corte- que las circunstancias que impiden que una persona actúe a nombre propio, justificando la intervención oficiosa de otro, sean hechos que se desprenden naturalmente de la narración hecha por el petente, cuya veracidad y alcance deben ser valorados por el juez, pudiendo, incluso, desplegar sus atribuciones en materia probatoria para establecer la certeza de las afirmaciones hechas. Este es un asunto sobre el que ya se ha pronunciado la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“A juicio de la Corte, corresponde al juez de tutela, ponderando las circunstancias del caso, definir si, en efecto, la persona de cuyos derechos fundamentales se trata podría haber presentado por sí misma la demanda, evento en el cual carecería de sustento jurídico la agencia oficiosa y se configuraría la ilegitimidad en la causa por el aspecto activo.

La norma legal es suficientemente comprehensiva y guarda relación con hechos de cualquier naturaleza o con situaciones que imposibilitan la comparecencia directa del interesado. No puede elaborarse de antemano una lista de circunstancias justificantes de la forma en que se ha llegado a los estrados. Empero, en el marco normativo encajan todas las eventualidades que limitan a quien se considera afectado para acudir ante el juez, siendo claro que debe tratarse de circunstancias que lleven razonada y fundadamente al agente oficioso a obrar sin poder expreso, como debería ocurrir normalmente.

Desde luego, una enfermedad que incapacita al individuo, en razón de su gravedad, haciendo que en la práctica le sea imposible actuar por su propia cuenta, vale como motivo para admitir al agente oficioso”<sup>19</sup>.

No se explica, entonces, cómo el juez que conoció en primera y única instancia del presente proceso, pasó por alto las afirmaciones hechas por el peticionario sobre el estado en el que

se encontraba su compañera y las razones por las cuales no pudo comparecer personalmente ante la administración de justicia. La circunstancia que en el texto de la demanda no aparezca literalmente la referencia a la calidad de agente oficioso bajo la que actúa el peticionario, no es razón suficiente para desestimar sus pretensiones, pues de no bastar con el relato de los hechos contenidos en la demanda -suficientemente reveladores de la delicada situación de la representada-, el juez contaba con las atribuciones suficientes para probar la veracidad de las afirmaciones hechas. Sin embargo, antes de ejercer dichas facultades, el funcionario prefirió negar la acción por improcedente.

2.5. Así, el juez de tutela, en ejercicio de sus funciones como garante y guardián de los derechos fundamentales y la Constitución, puede declarar procedente la agencia oficiosa en aquellos eventos en los que partiendo de los hechos y circunstancias que definen cada caso, constata que (1.) el actor en el proceso de amparo actúa a nombre de otra persona y (2.) de la exposición de los hechos resulta evidente que el agenciado se encuentra imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta. Ciertamente, la agencia oficiosa tácita -en los términos señalados-, será procedente en la medida en que el representado no se vea perjudicado o corra riesgo alguno por el ejercicio del acto de representación, y siempre que exista un respaldo fáctico del cual se pueda deducir -no simplemente presumir-, que se está realizando un acto a favor de otro<sup>20</sup>.

2.6. Buena parte de la eficacia de la administración de justicia frente a la protección de los derechos fundamentales se pone en juego al definir el papel que cumple el juez de tutela. Su labor no puede reducirse a la constatación pasiva de requisitos formales de las demandas que ponen a su consideración los particulares<sup>21</sup>; la naturaleza de los principios que están en juego, que se concretan en la efectiva y pronta protección de derechos inherentes a la persona, exige al juez que, en la medida de los recursos y poderes que le reconocen la Constitución y la ley, se establezcan con precisión los hechos y afirmaciones en los que se fundamenta una demanda. Sobre el particular, vale reiterar la doctrina constitucional sobre la materia:

“Con mayor razón la obtención de los medios probatorios pertinentes se hace indispensable

si estamos hablando de la acción de tutela, cuyo objetivo único es el restablecimiento de los derechos fundamentales de quien los alega vulnerados o amenazados. No puede el juez de instancia, en aras del trámite sumario de esta acción, abstenerse, por ejemplo, de recaudar testimonios, solicitar informes, es decir, negarse a realizar todo lo necesario para demostrar, no sólo la acción o la omisión anotadas en la petición, sino que de ellas se deriva la vulneración alegada. Sin embargo, el artículo 18 del Decreto 2591 de 1991 deja abierta la posibilidad al juez constitucional de fallar sin necesidad de acudir a ninguna averiguación previa “siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho”<sup>22</sup>.

En este orden de ideas, el carácter privilegiado de los derechos fundamentales en el orden constitucional y la naturaleza informal de la acción de tutela exigen una actuación particular del juez que conoce de una acción de tutela, “pues debe desligar criterios eminentemente formalistas y otorgar prevalencia al derecho sustancial que involucra la situación fáctica concreta (C.P. art. 228)”<sup>23</sup>. Así, la interpretación de los derechos fundamentales le reclama al juez una mayor participación en la búsqueda de la máxima efectividad de la Constitución (artículo. 4 C.P.), a través de los medios probatorios que estime convenientes, so pena de correr el riesgo de “dejar desprotegidos derechos fundamentales que merecen protección o de obrar, por el contrario, con tal precipitud que ampare situaciones que no requieren la intervención judicial o respecto de las cuales ella no cabe”<sup>24</sup>.

Esto no significa, sin embargo, “que la justicia constitucional deba ser oficiosa ni que el éxito de las pretensiones de la tutela correspondan única y exclusivamente al juez, puesto que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación”<sup>25</sup>; de lo que se trata, entonces, es de lograr un sano equilibrio – establecido por los hechos mismos de cada caso –, entre la exposición que hace el peticionario, y que constituye el marco de referencia para encauzar la labor del juez, y la necesidad de comprobación por parte del funcionario judicial, de las razones que sustentan una demanda de tutela<sup>26</sup>. Por esta vía, se pretende que el contenido del artículo 86 Superior traspase las fronteras de un vano formalismo para convertirse en una herramienta oportuna y eficaz que constituye poder en cabeza de los ciudadanos.

2.7. En el presente caso, el juez competente se limitó a hacer una valoración formal de la

demanda de tutela sin reparar en el contenido de la misma, ni procurar, ante la incertidumbre, decretar las pruebas necesarias para verificar de manera expedita la veracidad de los hechos afirmados por el actor.

### 3. De las obligaciones de las Administradoras del Régimen Subsidiado en materia de salud. Reiteración de jurisprudencia

3.1. El asunto de fondo que plantea el presente caso guarda relación con la presunta violación de derechos fundamentales del usuario de una ARS a quien se le niega el suministro de ciertos medicamentos argumentando que éstos no se encuentran cobijados por las disposiciones que definen el sistema de cobertura de los servicios de dicho régimen.

Sobre el particular, existe ya una clara línea de antecedentes sobre la aplicación de las normas que regulan la prestación del servicio de salud en el régimen subsidiado<sup>27</sup>. La Corte ha establecido, en este tipo de casos, que “la ARS de que se trate se encuentra sometida a las disposiciones contenidas en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, que define el ámbito de prestación de los servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud subsidiado:.

‘Artículo 31.- Prestación de servicios no cubiertos por el POS subsidiado. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes’”<sup>28</sup>.

¿Qué sucede, entonces, cuando el afiliado a una ARS presenta una patología o necesita de un medicamento no cubierto por el POS subsidiado? Habida cuenta de que el sistema de seguridad social en salud creado a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 aspira a “crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitan garantizar a todas las personas sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, bajo el imperio del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del interés general”<sup>29</sup>, el Estado ha tenido que implementar las condiciones para hacer efectivo el acceso de todos a la atención básica en salud, estableciendo diferentes niveles de atención que de manera progresiva van ampliando su cobertura. El régimen subsidiado de salud -prestado por las ARS- es el primer eslabón en la

cadena de servicios, y a él se le encomienda la atención de las enfermedades y patologías básicas de sus usuarios<sup>30</sup>.

En principio, dado el alcance de la cobertura del sistema y en consideración a los recursos con los que cuenta cada ARS, su campo de acción es limitado y no alcanza a prestar todos los servicios de salud demandados por sus usuarios. Pero de la constatación de este hecho que va de la mano de la apreciación de la real capacidad para brindar los servicios que los ciudadanos requieren, no se sigue que los afiliados al sistema de salud subsidiado queden desprotegidos, ni que las ARS puedan limitarse a rechazar lo pedido por el afiliado cuando está de por medio un tratamiento o medicamento excluido del POS-S.

3.2. En casos como el que ocupa la atención de la Corte, la jurisprudencia constitucional (en este caso se acude a la ya referida sentencia T-549 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz<sup>31</sup>) ha estimado que, principios elementales de igualdad sustancial y de tratamiento especial a las personas en situación de debilidad manifiesta (C.P., artículo 13)<sup>32</sup>, imponen a la ARS el deber de informar, al afiliado que solicita la prestación de un servicio no incluido en el POS del régimen subsidiado, acerca de las posibilidades de acudir a otras instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado, en procura de los servicios requeridos. Adicionalmente, la Sala considera que la entidad, además de la información antes señalada, debe sugerir al afiliado que se dirija a las autoridades municipales o distritales de salud con el fin de que éstas le informen qué instituciones públicas o privadas que hayan suscrito contrato con el Estado se encuentran en capacidad de dispensarle el servicio de salud que requiere<sup>33</sup>.

3.3. En el presente caso, no existe prueba alguna de la información dada por la Caja de Compensación Familiar del Huila a la señora Matilde Morea Balcea sobre los medios alternativos con los que cuenta para poder obtener los medicamentos que solicita. Dicha omisión, configura una violación del derecho a la salud y la seguridad social -en conexión con la integridad física-, porque el silencio en el que incurre la entidad demandada se traduce en una falta de atención para un ciudadano cuya integridad se ve comprometida al no recibir los medicamentos de los que depende su recuperación<sup>34</sup>.

La señora Morea Balcera fue operada como resultado del endometrioma ovárico que le fue diagnosticado, habiéndole sido prescrito un medicamento fundamental en el período post-

quirúrgico; no obstante se trataba de una patología que se encontraba por fuera del listado de enfermedades cubiertas por el sistema subsidiado de salud y de haber sido intervenida quirúrgicamente de la ARS, CONFAMILIAR debió haber brindado la información necesaria respecto de las alternativas de servicio con las que cuenta la afiliada y coordinar, en el menor tiempo posible y sin dilaciones, las acciones encaminadas a facilitar la obtención de los medicamentos o el suministro de los servicios requeridos. CONFAMILIAR deberá, entonces, coordinar todo lo relacionado con el suministro de los medicamentos de la señora Matilde Morea Balcera, con la entidad que finalmente pueda proveerlos, lo que deberá hacerse en el menor tiempo posible y sin dilaciones de ninguna clase.

### III. DECISION

1. El juez de tutela, en ejercicio de sus funciones como garante y guardián de los derechos fundamentales y la Constitución, puede declarar procedente la agencia oficiosa en aquellos eventos en los que partiendo de los hechos y circunstancias que definen cada caso, constata que (1.) el actor en el proceso de amparo actúa a nombre de otra persona y (2.) existe una manifestación implícita de que el agenciado se encuentra imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta. Ciertamente, la agencia oficiosa tácita - en los términos señalados -, será procedente en la medida en que el representado no se vea perjudicado o corra riesgo alguno por el ejercicio del acto de representación, y siempre que exista un respaldo fáctico del cual se pueda deducir - no simplemente presumir -, que se está realizando un acto a favor de otro.

2. Por otra parte, debe reiterarse que principios elementales de igualdad sustancial y de tratamiento especial a las personas en situación de debilidad manifiesta (C.P., artículo 13), imponen a la ARS el deber de informar, al afiliado que solicita la prestación de un servicio no incluido en el POS del régimen subsidiado, acerca de las posibilidades de acudir a otras instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado, en procura de los servicios requeridos. En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia del Juzgado Séptimo Civil Municipal de Neiva, proferida el 3

de octubre de dos mil, y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la salud e igualdad de la señora MATILDE MOREA BALCERA.

Segundo.- ordenar al Gerente Regional de CONFAMILIAR, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta sentencia, informe a la señora MOREA BALCERA o a su representante en el presente proceso, las posibilidades que para la atención de su salud, en cuanto a servicios y medicamentos, se derivan del régimen contemplado en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998.

Tercero.- ORDENAR a la Secretaría de Salud Pública Municipal de Neiva que en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta sentencia, informe a los interesados qué entidades públicas o privadas de la ciudad de Neiva, que tengan contrato con el Estado, están en capacidad de atender las necesidades en salud, incluidas las referentes a medicamentos, que presenta la señora Matilde Morea Balcera.

Cuarto.- ORDENAR a COMFAMILIAR que coordine con la entidad estatal que finalmente deba suministrar los medicamentos demandados – excluidos del POS-S-, lo referente a la entrega de los mismos. Lo anterior deberá hacerse sin dilaciones ni omisiones injustificadas, siempre que se cumplan los requisitos normativos vigentes y se observe el procedimiento establecido.

Quinto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación señalada por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA V. SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Cfr folio 1 del expediente.

2 Ibid.

3 Cfr. folio 15 del expediente.

4 Ibid.

5 Ibid.

6 Cfr. folio 11 del expediente.

7 La ARS sustenta su respuesta en la aplicación de las normas y criterios contenidos en los Acuerdos N° 72,74, 83, 106 y 110 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

8 Cfr. folios 11 y 12 del expediente.

9 Cfr. folio 1 del expediente.

11 Corte Constitucional Sentencia T-044 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. La Sala Quinta de Selección no accedió a la tutela presentada por un particular que decía actuar como agente oficioso de una señora que pese a su edad (92 años), y no obstante su natural debilidad física, no tenía ningún interés en adelantar la acción de tutela presentada en su nombre. La Corte dijo que: “ningún motivo existe para sostener que está imposibilitada para actuar en su propio nombre y en defensa de sus derechos fundamentales”, y reprochó la actitud del presunto agente oficioso que pretendía actuar a nombre de alguien que no motivación alguna para adelantar el proceso judicial, y que en todo caso, podía hacerlo por sí misma. Este sentencia ha sido constante referente en la jurisprudencia de la Corte en materia de agencia oficiosa, pues repara sobre uno de los elementos esenciales para la procedencia de esta figura, a saber, la necesidad de demostrar que el titular del derecho

amenazado o vulnerado se encuentra en incapacidad de promover su propia defensa.

12 Corte Constitucional Sentencia T-555 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia la Corte Constitucional protege el derecho al debido proceso y la garantía de no reformatio in pejus de un condenado (ya internado en un centro de reclusión) cuya sentencia es agravada por el juez penal de segunda instancia, no obstante haber sido apelante único. Además, reconoce y acepta, en consideración de las circunstancias del caso, la agencia oficiosa dentro del proceso de tutela de una estudiante de derecho que cursa el consultorio jurídico.

13 Ibid.

14 Corte Constitucional Sentencia T-422 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La Corte Constitucional denegó la protección del derecho de petición que invocaba el peticionario, pues no probó los requisitos mínimos a los que se alude para que le fuera reconocida su condición de agente oficioso. En este caso se trataba de un particular que, no obstante no ser propietario de predio alguno, ni habitante del sector, actuaba en beneficio de una comunidad perjudicada por la construcción inminente de oficinas en un sector residencial. La misma tesis aquí reseñada, fue reiterada en la sentencia T-530 de 1994 M.P. Fabio Morón Díaz

15 Ibid.

16 Este sería un requisito reiterado en la Sentencia T-1012 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

17 Este concepto se reiteraría en la Sentencia T-503 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

18 Corte Constitucional Sentencia SU-707 de 1996 M.P. Hernando Herrera Vergara. En esta oportunidad la Corte Constitucional (Sala Sexta de Revisión), no compartió el criterio de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que se negó a conceder el amparo presentado por los hijos de un enfermo terminal de cáncer, alegando la falta de prueba de la agencia oficiosa. En el expediente existían pronunciamientos de varios médicos especialistas que daban cuenta del delicado estado de salud del agenciado. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia T-976 de 2000

(M.P. Alejandro Martínez Caballero). En esta ocasión la Corte Constitucional aceptó como circunstancia suficiente para probar la imposibilidad en la que se encontraba una persona para interponer la acción de tutela, la declaración hecha por ella en la que ratificaba que se encontraba en estado de embarazo con serias complicaciones y necesitaba de la práctica de una hemodiálisis al menos cada dos días.

19 Corte Constitucional Sentencia T-350 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. La Sala Quinta de Selección aceptó la tutela interpuesta por el hermano de una persona que, debido a su precario estado de salud, no podía comparecer ante las autoridades judiciales para defender sus derechos fundamentales personalmente.

20 Ese fue un elemento esencial dentro del fallo contenido en la Sentencia T-044 de 1996 (Cfr. nota número 11), pues en aquella oportunidad se comprobó que la persona o nombre de quien decía actuar el agente oficioso, no obstante ser un adulto mayor, podía agenciar sus propios intereses y, en todo caso, no tenía interés alguno en iniciar una acción de tutela.

21 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-237 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz. La Sala Cuarta de Revisión revocó el fallo del Tribunal Superior de Bogotá que negaba el amparo al derecho a la vida solicitado por una familia que veía como su vivienda se corría el riesgo de derrumbarse ante la realización de unas obras por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Particularmente censuró la no práctica de pruebas que contribuyeran a sustentar la decisión que toma el funcionario judicial. Se afirma concretamente: “El juez constitucional no puede limitarse a adoptar una decisión, solo para entender formalmente cumplida su labor, ni escudarse en el trámite sumario de esta acción para abstenerse, por ejemplo, de solicitar informes, o de ordenar una inspección judicial.”

22 Corte Constitucional Sentencia T-555 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz. En esta oportunidad la Sala Cuarta de Decisión estimó que era indispensable que el juez de tutela, con el propósito de lograr la protección de derechos fundamentales que se le encomienda, adelantara una actividad probatoria mínima con el propósito de establecer si el peticionario - recluso de la Cárcel Bellavista de Medellín- necesitaba o no de una silla de ruedas para asegurar condiciones de dignidad mínimas dentro del centro carcelario. Aunque por sustracción de materia el amparo se denegó, la Corte hizo particular énfasis en la necesidad de adelantar un proceso probatorio pleno dentro del trámite de tutela.

23 Sentencia T-498 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional reprocha en este fallo la decisión tomada por el Juez 15 Civil del Circuito, quien ante la petición presentada por un padre con el propósito de obtener la práctica de una biopsia prescrita a su hija menor, denegó el amparo de los derechos fundamentales, toda vez que el escrito de tutela no allegó las pruebas que sustentan la petición.

24 Sentencia C-174 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta oportunidad la Sala Quinta de Revisión de Tutelas desestima el procedimiento adoptado por el juez de instancia quien niega el amparo a un grupo de trabajadores del municipio de Planera Rica, afectados por la falta de pago de varias de sus mesadas salariales. En dicho pronunciamiento se condena, no sólo el no haber practicado las pruebas conducentes para tomar una decisión fundada, sino el hecho de que, a falta de acervo probatorio, se haya decidido en contra de lo dicho por los accionantes, cuya buena fe debía presumirse. La tutela es concedida y se ordena al ente tutelado el pronto pago de lo debido.

25 Ibid.

26 Es oportuno recordar el contenido del inciso 2 del artículo 21 del Decreto 2591 de 1991 con el propósito de ilustrar las atribuciones que en materia probatoria se le reconocen al juez de tutela:

Artículo 21: “Información Adicional:

(...)

En cualquier caso, el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela”.

27 Sobre las diversas modalidades a través de las cuales la legislación nacional ha desarrollado la prestación del derecho a la seguridad social en materia de salud, puede consultarse la sentencia SU-819 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

28 Este argumento en el que se acude al lo establecido en un Decreto para señalar la manera como se deben integrar distintos regímenes de salud para proteger los derechos de los ciudadanos, ha sido utilizado de manera recurrente en la jurisprudencia sobre la materia.

La cita que ahora se hace proviene de la Sentencia T-549 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, cuya doctrina en esta materia es la que se reitera (En aquella ocasión se revocó el fallo de instancia que negó la tutela al derecho a la salud dirigida contra una ARS que se negaba a efectuar un examen ordenado al peticionario -TAC-, por ser un procedimiento no cubierto por el Plan Obligatorio de Salud-S).

29 Corte Constitucional Sentencia SU-819 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis. La controversia planteada en esta oportunidad versaba sobre la presunta vulneración al derecho a la salud, y por conexidad al derecho fundamental a la vida, del menor Alejandro Moreno Parra, al no autorizarse por la EPS accionada ni por el Ministerio de Salud, la asunción de los costos ni la remisión al exterior del paciente, para que se le realice el transplante de médula ósea que requiere. Este caso sirvió para unificar la jurisprudencia sobre varios aspectos del sistema de seguridad social en materia de salud, reiterando los principios esenciales en los que se sustenta, que es menester repetir en esta oportunidad.

30 Los asuntos relacionados con la definición de las patologías y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, están desarrollados en las resoluciones 072, 074, 083, 106, y 110 -numeración consecutiva sin año- del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

31 Esta sentencia reitera a su vez los conceptos expresados en las sentencias T-752 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y 231 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

32 Esta es el argumento al que reiteradamente ha acudido la Corte para brindar la protección demandada por ciudadanos situados en situaciones análogas al peticionario. Sobre el particular, bien pueden consultarse las sentencias T-752 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra); T-261 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-549 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-911 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-517 de 2000 (Alvaro Tafur Galvis); T-908 y T-910 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

33 Esta posibilidad de involucrar expresamente a las autoridades municipales y departamentales con el objeto de asegurar la adecuada prestación del servicio de salud en el régimen subsidiado ya ha sido contemplada por la Corte, particularmente por la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional (Cfr. Sentencia T-911 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

34 Cfr. Ibid.