

Sentencia T-575/05

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Compañera permanente en representación de compañero/AGENCIA OFICIOSA-Procedencia

La Sala que en el presente asunto se configuran los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para determinar la legitimidad en la causa por activa, pues (i) la demandante expresó que actuaba como agente oficioso de su compañero permanente y, (ii) de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, está demostrado que el agenciado esta en imposibilidad de promover directamente la acción constitucional.

DERECHO A LA SALUD-Conexidad con otros derechos fundamentales

DERECHO A LA SALUD-Fundamental frente a sujetos de especial protección

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo en relación con su contenido esencial

La Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo. En efecto la Corte ha considerado que, en sí mismo, (sin la regulación que establezca prestaciones y obligados) el derecho a la salud no puede ser considerado fundamental por que no es un derecho subjetivo. Sin embargo, “ (a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”. Por consiguiente, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud, definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General No 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. De conformidad con el cual el derecho a la salud se estima fundamental; comprende el derecho al disfrute del mas alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente y la efectividad del derecho se sujeta a la realización de procedimientos.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD-Suministro de complemento nutricional

Referencia: expediente T-1044917

Acción de tutela instaurada por Margarita Patricia Villamil contra Saludcoop EPS

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil cinco (2005).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado 66 Penal Municipal de Bogotá.

I. ANTECEDENTES.

La señora Margarita Patricia Villamil, actuando como agente oficioso de su compañero permanente, el señor Gualberto Guauta Benavides, interpuso acción de tutela contra Saludcoop EPS, ya que consideró que la decisión de la mencionada entidad de negarse a suministrar el suplemento nutricional -ensure-, a su cónyuge, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la igualdad y a la integridad física.

1. HECHOS

1. La señora Margarita Patricia Villamil informó que su esposo, el señor Gualberto Guauta Benavides esta afiliado a Saludcoop EPS como su beneficiario desde el 1 de noviembre de 2001.

2. Manifestó que el día 16 de septiembre de 2004, le diagnosticaron cáncer en la lengua a su cónyuge, por lo cual SALUDCOOP EPS, lo remitió al oncólogo.

3. Narró que el día 23 de noviembre de 2004 le realizaron el procedimiento quirúrgico denominado glosectomía total radical (extracción de la lengua) y el médico tratante adscrito a la EPS demandada, le ordenó -ensure-, suplemento nutricional por medio de sonda durante tres meses, teniendo en cuenta las siguientes recomendaciones:

Producto

Cantidad

Horario

Desayuno

Ensure

250 cc

8:00 a.m.

Nueves

Ensure

250 cc

10:00 a..m.

Almuerzo

Distribuida

en dos

tomas:

Ensure

250 cc

12:00 p.m.

Ensure

250 cc

1:00 p.m.

Onces

Ensure

250 cc

3:00 p.m.

Ensure

250 cc

6:00 p.m.

1. Informó que la EPS demandada le negó el suministro del suplemento nutricional -ensure-, por estar excluido del POS

2. Arguyó que el suplemento nutricional tiene un valor aproximado de \$60.000 mil pesos la unidad, y que en el mes debe suministrarle entre 10 y 12 unidades, lo cual costará entre \$600.000 y \$720.000 pesos.

3. Afirmó que no tiene capacidad de pago para comprar el medicamento, pues devenga un salario mínimo y tiene a cargo a su esposo y dos hijos menores de edad.

1. Pruebas aportadas al proceso.

1. Copia de la justificación médica para la solicitud de medicamentos no POS y medicamentos para enfermedad catastrófica.

2. Copia de las recomendaciones para el manejo de la nutrición enteral de Gualberto Guauta, suscrito por la nutricionista Paola Borbón Moreno adscrita a Saludcoop EPS.

3. Copia del carné de beneficiario del señor Gualberto Guauta y de la cotizante, señora Margarita Patricia Villamil.

1. Intervención de la entidad demandada.

La Gerente Regional Cundinamarca, de la EPS demandada, manifestó que la conducta desplegada por la entidad no vulnera ni amenaza ningún derecho fundamental del demandante, pues se ha ajustado a la legislación de la materia y se le han brindado los tratamientos, los medicamentos y demás prestaciones que le ofrece la cobertura del POS, lo que continuará haciendo siempre que el usuario permanezca afiliado, y cumpla con las obligaciones y pagos contemplados en el artículo 160 de la Ley 100 de 1993.

Aduce que esta Corporación en diferentes pronunciamientos ha hecho claridad sobre la pertinencia de la protección de la salud por medio de la acción de tutela, pues se ha entendido que éste adquiere el rango de fundamental por estar en riesgo el derecho a la vida u otro derecho fundamental, de esta manera es susceptible la protección a través de la acción tutela y que, de no existir conexidad con otros derechos fundamentales, adquiere el carácter prestacional y puede ser exigible mediante de otros medios judiciales.

Argumentó que el demandante, tiene como mecanismo alternativo, solicitar la conformación del

Comité Técnico Científico dentro de la EPS, para que este evalúe con base en la historia clínica la pertinencia de los medicamentos no contemplados en el POS, formulados por el médico tratante quién adicionalmente debe justificar la necesidad de suministrarlos.

Así mismo, expresó que “En el caso sub examine, el agotamiento de esta instancia no se llevó a cabo por parte del usuario, por lo que resulta improcedente que se esté demandando el amparo a la supuesta violación de un derecho de carácter fundamental cuyo sujeto activo sería SALUDCOOP EPS, cuando esta entidad no ha procedido a negar los servicios solicitados por el usuario”. (Cuaderno 1, Fl 24-28)

1. Sentencia objeto de revisión.

El Juzgado 66 Penal Municipal, mediante sentencia del 23 de diciembre de 2004 decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados por el demandante, al considerar que previo a la solicitud de amparo, debió acudir al Comité Técnico Científico de la EPS demandada, para que analizara el caso de su compañero permanente y obtener el suplemento nutricional que le fue ordenado.

Revisión por la Corte

Remitido el fallo a esta Corporación, mediante auto del veintiocho (28) de febrero de 2005, la Sala de Selección Número Dos dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones concordantes.

2. Problema jurídico objeto de revisión.

Debe determinar la Sala de Revisión si una Entidad Promotora de Salud viola los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física de un afiliado, al negarse a

suministrar el suplemento nutricional -ensure-, recetado por el médico tratante, en razón a que no está contemplado en el Plan Obligatorio de Salud.

3. Temas jurídicos a tratar.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala hará referencia a la jurisprudencia de la Corte en torno a la legitimidad por activa en los procesos de tutela, a los criterios bajo los cuales el derecho a la salud ha sido considerado como derecho fundamental y a la obligación de las EPS a suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del POS.

3.1. Legitimidad por activa en los procesos de tutela.

En principio, la tutela es una acción cuyo derecho de postulación está radicado en la víctima cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o, excepcionalmente, del particular en los casos que señale la ley.

Según el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada quien actuará por sí misma o por medio de representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos. Señala también que podrán ejercer la acción el Defensor del Pueblo y los Personeros Municipales. El inciso segundo de esta disposición establece la disponibilidad de agencia oficiosa en tutela, cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ ha determinado que para intervenir como agente oficioso en la acción de tutela se requieren dos condiciones. En primer lugar, la manifestación expresa que se actúa como agente oficioso de otra persona y, en segundo lugar, que el agenciado esté en imposibilidad de promover directamente la acción constitucional,² para lo cual se señala como condición la ratificación posterior por el interesado.³

Sobre el particular ha expresado esta Corporación⁴:

“ De acuerdo con lo dispuesto en esta norma (artículo 10 del Decreto 2591 de 1991) y con la jurisprudencia de esta Corporación, en el agenciamiento de derechos ajenos, debe estar debidamente demostrado que realmente el interesado no está en condiciones de asumir la

defensa de sus propios derechos. Esta exigencia no es resultado de un capricho del legislador, ni corresponde a una mera formalidad, encaminada a obstaculizar el acceso a la administración de justicia, especialmente cuando se trata de la defensa de un derecho fundamental. No. Esta exigencia es desarrollo estricto de la Constitución sobre el respeto a la autonomía personal (art. 16). Una de las manifestaciones de esta autonomía se refleja en que las personas, por sí mismas, decidan si hacen uso o no, y en qué momento, de las herramientas que la Constitución y la ley ponen a su alcance, para la protección de sus derechos en general, trátense de los fundamentales o de los simplemente legales”.

Configurados los requisitos mencionados anteriormente se perfecciona la legitimación en la causa por activa y el juez estará en la obligación de pronunciarse de fondo sobre los hechos y las pretensiones relacionados en el escrito de tutela. En caso contrario, ante la ausencia de legitimación de la parte demandante, no se podrá estudiar el fondo de la cuestión planteada.

3.2. Criterios bajo los cuales el derecho a la salud ha sido considerado como derecho fundamental.

La acción de tutela es un mecanismo constitucional subsidiario que procede ante la inexistencia o ineficacia⁵ de otros mecanismos judiciales ordinarios que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En relación con el derecho a la salud, la Corte ha señalado que éste derecho prima facie, no es un derecho fundamental habida consideración del carácter asistencial o prestacional del mismo. De igual manera, esta Corporación ha contemplado diversos escenarios donde es factible la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela:

3.2.1. El derecho a la salud como derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales.

La doctrina constitucional considera que los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en la Constitución Política, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima relación con otros derechos fundamentales, de manera que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso del derecho a la salud, que

no siendo derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida⁶.

3.2.2. El derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección.

La Constitución Política establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional. Frente a ellos, la protección del derecho a la salud es reforzada debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Así por ejemplo, en el caso de la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, la jurisprudencia constitucional ha establecido que su derecho a la salud tiene el carácter de derecho fundamental autónomo⁷.

3.2.3. El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido esencial.

La Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo⁸. En efecto la Corte ha considerado que, en sí mismo, (sin la regulación que establezca prestaciones y obligados) el derecho a la salud no puede ser considerado fundamental por que no es un derecho subjetivo⁹. Sin embargo, “ (a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo¹⁰”.

Por consiguiente, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud, definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General No 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. De conformidad con el cual el derecho a la salud se estima fundamental; comprende el derecho al disfrute del mas alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente y la efectividad del derecho se sujeta a la realización de procedimientos.

3.3. Obligación de las EPS a suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del POS.

La Corte Constitucional, en virtud de la supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes formales del derecho, ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de este modo, “que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales¹¹...”.

Ahora bien, antes de inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, se debe verificar si se presentan las condiciones determinadas por la jurisprudencia constitucional, a saber¹²:

- Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal del interesado o a la vida digna¹³, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.
- Que se trate de un medicamento, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
- Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).
- Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

Cumplidas estas condiciones, la EPS. se encuentra obligada a prestar el servicio, y con el fin de preservar el equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA¹⁴.

1. Frente a la constatación del cumplimiento de los requisitos para la configuración de la

agencia oficiosa, esta Sala encuentra que la señora Margarita Patricia Villamil instauró la presente acción de tutela para solicitar la protección de los derechos fundamentales de su compañero permanente, para lo cual manifestó que al señor Guauta Benavides le diagnosticaron cáncer de lengua y le practicaron una cirugía denominada glosectomía total radical (extracción de la lengua), y por tal motivo no podía presentar la demanda de tutela.

La Sala concluye, que en el presente asunto se configuran los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para determinar la legitimidad en la causa por activa, pues (i) la demandante expresó que actuaba como agente oficiosa de su compañero permanente y, (ii) de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, está demostrado que el agenciado esta en imposibilidad de promover directamente la acción constitucional.

En consecuencia, configurados los requisitos se perfecciona la legitimación en la causa por activa, por lo tanto procederá la Sala a pronunciarse sobre los hechos y pretensiones relacionados en la demanda de tutela.

2. Debido a las circunstancias específicas del caso el derecho a la salud puede ser amparado por vía de tutela, toda vez que su amenaza o vulneración, también pone en riesgo los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana.

3. Por otra parte, para el juez de instancia, debe la demandante acudir al Comité Técnico Científico de la entidad demandada, y esperar que este determine la entrega del medicamento. Es pertinente aclarar que a nivel jurisprudencial, el concepto de este Comité no es un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por un usuario sea otorgado.

Al respecto la sentencia T-344 de 2002 señaló:

“El Comité Técnico Científico, pese a su nombre, no es en estricto sentido un órgano de carácter técnico. No se trata, por ejemplo, de un grupo de médicos que tienen como función someter a revisión científica las autorizaciones de medicamentos o tratamientos excluidos del POS. La exigencia de que tan sólo uno de los miembros del Comité sea médico, muestra que no se trata de un tribunal profesional interno de la EPS. en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano administrativo que debe asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas

preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud”.

Entonces, la función principal del Comité Técnico Científico es meramente administrativa y debe garantizar la atención en salud y no puede concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, pues en la mayoría de los casos, la cantidad de trámites que imponen las empresas promotoras de salud, sin consideración a la gravedad o la necesidad de los tratamientos médicos solicitados, hacen que el paciente se agrave o fallezca en espera de un resultado.

Teniendo en cuenta que el Comité cumple funciones administrativas, no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas, razón por la cual, la Sala no comparte el criterio expuesto por el juez de instancia.

4. Debe esta Sala antes de inaplicar las normas que regulan las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, verificar si se presentan las condiciones determinadas por la jurisprudencia constitucional, así:

1. La falta del medicamento (suplemento alimenticio-ensure) excluido del Plan Obligatorio de Salud, amenaza los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la salud del señor Guauta Benavides.

2. Es un medicamento que no puede ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, pues así lo manifiesta el médico tratante en la justificación para la solicitud de medicamentos no POS y medicamentos para enfermedad catastrófica. (Cuaderno principal, Fl. 7).

3. En los hechos narrados por la demandante afirmó que no tiene capacidad económica para sufragar los gastos del medicamento, pues recibe mensualmente un salario mínimo y tiene a su cargo tres (3) personas. Afirmaciones que gozan de presunción de veracidad y en ningún momento fueron desvirtuadas o controvertidas siquiera por la entidad demandada. (Cuaderno principal, Fl. 18-19).

4. El medicamento fue prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS demandada.

(Cuaderno principal, Fl. 7).

De conformidad con lo anterior, se configuran los requisitos jurisprudenciales y en consecuencia la EPS demandada debe suministrar el medicamento y tendrá derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA.

1. Con fundamento en los hechos de la demanda y teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación que se reitera en esta oportunidad, debe procederse a revocar el fallo que se revisa y en su lugar conceder el amparo solicitado a los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social del señor Gualberto Guauta Benavides, vulnerados por SALUDCOOP EPS, al negarse a suministrarle el suplemento nutricional -ensure-.

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR, por las razones consignadas en esta providencia, el fallo proferido por el Juzgado Sesenta y Seis Penal Municipal, de fecha 23 de diciembre de 2004, despacho que conoció en primera instancia la acción de tutela de la referencia, a través del cual consideró no tutelar los derechos fundamentales invocados.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS. SALUDCOOP, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, suministre el suplemento alimenticio -ensure- al señor GUALBERTO GUAUTA BENAVIDES, en la forma prescrita por el médico tratante.

TERCERO. Señalar que a la EPS SALUDCOOP- le asiste el derecho de reclamar al FOSYGA los gastos asumidos por el suministro del suplemento alimenticio.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver entre otras la sentencia T-531 de 2002.

2 Sentencia T-1012 de 1999.

4 Ver sentencia T-503 de 1998.

5 Ver sentencia T-859 de 2003.

6 Sentencia T-491 de 1992.

7 Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

8 Sentencia T-697 de 2004.

9 Ibidem.

10 Sentencia T-859 de 2003.

11 Sentencia T-119 de 2000 y T-036 de 2004.

12 Ver entre otras, SU-480 de 1997, T-283 de 1998 y T-409 de 2000.

13 Sentencia SU-111 de 1997.

14 Ver sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001, entre otras