

Sentencia T-645/04

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Legalidad e interés

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Madre en representación de hijo mayor de edad/AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Necesidad de probar imposibilidad de accionar

LEGITIMACION POR ACTIVA-Madre en representación de hija mayor de edad

La jurisprudencia de esta Corporación señala que la relación filial no legitima el actuar del padre o de la madre para interponer la acción de tutela a favor de un hijo mayor de edad, salvo que se demuestre que el interesado se encuentra imposibilitado para promover la tutela en defensa de sus intereses. Es esta última hipótesis la que se advierte en el presente caso, conforme a lo expuesto y confrontando la jurisprudencia citada con el caso en estudio. Puede concluirse que en el caso objeto de revisión, la actora sí está legitimada para reclamar los derechos de su hija mayor de edad, pues se encuentra acreditado que las condiciones de salud en que se encuentra le impidieron promover personalmente la acción de tutela, debido a que no solo padece insuficiencia renal crónica, sino que presenta igualmente diabetes aguda y retinopatía diabética, enfermedad ésta última por la que perdió la visión. Además de lo anterior, la demandante afirma que su estado de salud se ha venido deteriorando al punto de no poderse sostener en pie, afirmación que no fue controvertida por la entidad demandada, quien al contar con la historia clínica de la hija de la demandante estaba en capacidad de hacerlo.

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos excluidos del POS

PRESUNCION DE INCAPACIDAD ECONOMICA EN SALUD-Por dedicarse a ventas informales no puede adquirir medicamentos formulados

Con respecto a la capacidad económica de la hija de la demandante, en su declaración indicó que vende en su casa productos cosméticos, por lo que se presume que en la medida en que la demandante se dedica a las ventas de manera informal, no cuenta con una capacidad económica tal que le permita costearse los medicamentos reclamados en la presente acción. De la misma manera debe tenerse en cuenta que la situación económica de la hija de la

demandante no fue controvertida por el demandado, quien en efecto cuenta con esa información, ni por el juez de instancia que omitió solicitar pruebas o evaluar este punto.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-862965

Acción de tutela instaurada por María Rocío Salazar de Cañaveral en representación de Nora Janet Cañaveral Salazar contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., siete (7) de julio de dos mil cuatro (2004)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, 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 el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüi (Antioquia), en el trámite de la acción de tutela instaurada por María Rocío Salazar de Cañaveral, quien actúa en representación de su hija, contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES.

María Rocío Salazar de Cañaveral, actuando en representación de su hija Nora Janet Cañaveral Salazar, instauró acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social, en razón a que el demandado se niega a suministrar unos medicamentos que su hija requiere con urgencia, en razón a la anemia crónica que padece como consecuencia de la insuficiencia renal que le fuera diagnosticada.

Fundamentó su solicitud de amparo en los siguientes hechos:

Nora Janeth Salazar se encuentra afiliada al I.S.S. en calidad de cotizante, afirma que es una persona discapacitada, pues es invidente desde hace nueve años; en el año 1997 le fue diagnosticada insuficiencia renal crónica moderada. Indica que desde agosto de 2002 su médico tratante le prescribió los medicamentos ERITROPOYETINA RECOMBINANTE HUMANA y HIERRO PARENTERAL (VENOFER) como parte indispensable de su tratamiento, pero hasta la fecha de interposición de la tutela (12 de noviembre de 2003), el demandado no había suministrado los citados medicamentos argumentando que éstos se encuentran excluidos del P.O.S. Solicita en consecuencia, se ordene al Instituto de Seguros Sociales que de manera inmediata inicie el suministro de los medicamentos indicados en la cantidad y por el tiempo que ordene el médico tratante.

Posteriormente, en declaración rendida ante el juez de instancia, la señora Salazar de Cañaveral informó a ese despacho judicial que su hija Nora Janet Cañaveral es diabética insulino dependiente, padece insuficiencia renal crónica moderada y retinopatía diabética, motivos por los cuales perdió la visión hace nueve años. Agregó en su declaración, que tuvo que interponer la presente acción de tutela en razón a que su hija se ha venido agravando, al punto de no poder sostenerse en pie.

El Instituto de Seguros Sociales no intervino en el presente proceso.

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Conoció del presente caso el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüi (Antioquia), que en sentencia de 28 de noviembre de 2003 negó la tutela solicitada a favor de Nora Janeth Cañaveral Salazar, consideró que "...Nora Janet Cañaveral es persona capaz de valerse por sí misma en los aspectos esenciales de su vida, y no aparece con inhabilidad mental que obstaculice sus derechos.

"(...).

"Además, repárese como el estado de salud de María Janet no es de una gravedad tal que le impida defender sus derechos por sí misma, como quiera que el médico certifica que la insuficiencia renal es moderada, y las drogas recetadas corrigen la anemia que la afecta y mejoran su calidad de vida (fol. 6). En este contexto hay que entender que la expresión insuficiencia renal crónica terminal que se lee en el mismo escrito, es un lapsus, dado que a

continuación se habla de moderada, lo que guarda correspondencia con la mejora que puede hallar con los medicamentos ordenados”

III. PRUEBAS RELEVANTES QUE CONSTAN EN EL EXPEDIENTE.

En el expediente obran las siguientes pruebas:

* A folio 4, copia del carné de afiliación al I.S.S. y de la cédula de ciudadanía de Nora Janet Cañaverel Salazar.

* A folio 5, fórmula médica mediante la que le fue prescrito el medicamento denominado ERITROPOYETINA RECOMBINANTE HUMANA a la hija de la demandante.

* A folios 6 y 7, copia del formato de solicitud y justificación del médico tratante del Uso de Medicamentos no incluidos en el POS, suscrito por el doctor Enrique Klahr, en el que hace referencia a los medicamentos ERITROPOYETINA RECOMBINANTE HUMANA y también HIERRO PARENTERAL (VENOFER).

IV. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y CASO CONCRETO.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo 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 y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. La Tutela y la Agencia Oficiosa.

Lo primero que debe analizar esta Sala de Revisión, es la legitimidad que posee la señora María Rocío Salazar de Cañaverel, para instaurar la acción de tutela en representación de su

hija mayor de edad, pues obra a folio 4 del expediente copia de la cédula de ciudadanía y del carné de la E.P.S. perteneciente a Nora Janet Cañaveral Salazar.

Conforme lo dispone el artículo 10 del decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, esta acción puede ser ejercida, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma, o a través de su representante. (Subraya la Sala).

Dicha norma contempla de manera excepcional, la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, caso en el cual, habrá de manifestarse esa imposibilidad en la correspondiente solicitud y deberá probarse al menos sumariamente.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha indicado que para la procedencia de la agencia oficiosa es indispensable que el agente afirme actuar como tal y que 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 (Sentencia T-452 de 2001; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

La Corte en Sentencia T-899 de agosto 23 de 2001, manifestó que:

“... la exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.” (Se subraya)

Entiende entonces la Sala, que si la persona puede por sí misma iniciar la acción de tutela debe hacerlo sin esperar a que un tercero lo haga, pues esto refleja la autonomía de su voluntad y el interés que tiene de hacer valer sus propios derechos.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Corporación (v gr. Sentencia T-294 de 2000), señala que la relación filial no legitima el actuar del padre o de la madre para interponer la acción de

tutela a favor de un hijo mayor de edad, salvo que se demuestre que el interesado se encuentra imposibilitado para promover la tutela en defensa de sus intereses.

Es esta última hipótesis la que se advierte en el presente caso, conforme a lo expuesto y confrontando la jurisprudencia citada con el caso de Nora Janet Cañaverl Salazar. Puede concluirse entonces, que en el caso objeto de revisión, la actora sí está legitimada para reclamar los derechos de su hija mayor de edad, pues se encuentra acreditado que las condiciones de salud en que se encuentra Nora Janet Cañaverl Salazar le impidieron promover personalmente la acción de tutela, debido a que no solo padece insuficiencia renal crónica, sino que presenta igualmente diabetes aguda y retinopatía diabética, enfermedad ésta última por la que perdió la visión. Además de lo anterior, la demandante afirma que su estado de salud se ha venido deteriorando al punto de no poderse sostener en pie, afirmación que no fue controvertida por la entidad demandada, quien al contar con la historia clínica de la hija de la demandante estaba en capacidad de hacerlo.

3. Procedencia de la tutela cuando el no suministro de un medicamento excluido del P.O.S. pone en peligro la salud y la vida de una persona. Requisitos jurisprudenciales para la inaplicación de normas que excluyen tratamientos y medicamentos del P.O.S.. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha señalado que el derecho a la salud no ostenta la calidad de fundamental, sin embargo, adquiere tal carácter cuando, según las circunstancias del caso, se encuentra íntimamente ligado a un derecho catalogado como fundamental. Al respecto, la Corporación ha señalado:

“La prestación de los servicios de salud como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C.P. 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la

integridad personal”1.(Subrayas fuera del texto).

En igual sentido, la Corporación ha manifestado:

“Si bien el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas”2.

“Por otra parte, el derecho a la vida debe ser interpretado de conformidad con el artículo 1 de la Constitución Política, según el cual “Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y la prevalencia del interés general” (Subraya la Sala) y, por ende, el derecho a la vida no se limita a la mera subsistencia orgánica del individuo, sino que “expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia”3.(Subrayas fuera de texto).

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a través del P.O.S. estableció los servicios de salud que deben prestar las Empresas Promotoras de Salud a las personas que estén afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud por el Régimen Contributivo4. No obstante, este Plan Obligatorio de Salud consagró una serie de exclusiones y limitaciones, que en general son todas “aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”5.

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 ese modo, “que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas”⁶. Sobre este particular la Corte señaló que:

“Cuando la vida y la salud de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas, a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc., bajo pretextos puramente económicos, aun contemplados en normas legales o reglamentarias, que están supeditadas a la Constitución, cabe inaplicarlas en el caso concreto en cuanto obstaculicen la protección solicitada. En su lugar, el juez debe amparar los derechos a la salud y a la vida teniendo en cuenta la prevalencia de los preceptos superiores, que los hacen inviolables”⁷.

Ahora, antes de inaplicar las normas que regulan las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud para dar aplicación directa a los preceptos constitucionales, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, a saber: 1) la falta del medicamento o tratamiento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando “existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de la droga altera condiciones de existencia digna”⁸ ; 2) el medicamento o tratamiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del Plan Obligatorio de Salud ; 3) el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo del medicamento o del tratamiento respectivo ; 4) el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliado el demandante. En consecuencia, la Corte luego de verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos, ordena a la entidad demandada la ejecución o prestación de los servicios de salud negados, esto es, la entrega del medicamento o la realización de la intervención quirúrgica ordenada por el médico tratante adscrito a la EPS⁹.

Así, la entidad que prestó los servicios de salud excluidos del P.O.S tiene derecho al reembolso de las sumas pagadas en cumplimiento del fallo de tutela, a través del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del Sistema

General de Seguridad Social en Salud, pues “el sistema de seguridad social está a cargo del Estado y éste, cuando la situación lo amerite, procederá a cubrir los gastos extras que se generen en aras de garantizar la satisfacción del derecho sub judice”¹⁰.

4. Caso concreto.

Sea lo primero indicar, que debido a que la autoridad contra la cual se dirigió la acción no contestó los requerimientos que le hizo el juez de instancia con el fin de que diera contestación a los hechos expuestos en la presente tutela, ni justificó tal omisión, se dará aplicación a la presunción de veracidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991.

En el presente caso, de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, se constata que la entidad demandada se niega a suministrar un medicamento denominado ERITROPOYETINA RECOMBINANTE HUMANA y otro llamado HIERRO PARENTERAL (VENOFER), por cuanto no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud P.O.S.

Atendiendo los requisitos arriba anotados y a las pruebas obrantes en el expediente, observa la Sala de Revisión lo siguiente:

1. La falta de los medicamentos prescritos por el internista nefrólogo tratante de Nora Janet Cañaveral para el tratamiento de la patología que padece, pone en inminente riesgo su salud y su calidad de vida. Lo anterior, de acuerdo con el informe médico obrante en el expediente¹¹, de donde se infiere que tales medicamentos mejoran la calidad de vida de la paciente y evitan la necesidad de transfusiones sanguíneas frecuentes con todos los riesgos que ello conlleva.
2. Asimismo, siendo el citado informe un formato de Solicitud y Justificación del Médico Tratante del Uso de Medicamentos no POS, se presume que ya se agotaron otras alternativas de tratamiento, como en efecto lo indica el médico tratante, siendo éstas ineficaces para tratar la enfermedad que padece la paciente, de manera que en estas condiciones se cumple el segundo requisito de los arriba indicados.
3. Con respecto a la capacidad económica de la hija de la demandante, en su declaración la señora Salazar de Cañaveral indicó que vende en su casa productos cosméticos, por lo que

se presume que en la medida en que Nora Janet Cañaveral Salazar se dedica a las ventas de manera informal, no cuenta con una capacidad económica tal que le permita costearse los medicamentos reclamados en la presente acción. De la misma manera debe tenerse en cuenta que la situación económica de la hija de la demandante no fue controvertida por el demandado, quien en efecto cuenta con esa información, ni por el juez de instancia que omitió solicitar pruebas o evaluar este punto.

4. El especialista que trata la patología padecida por Nora Janet Cañaveral Salazar, se encuentra adscrito al Instituto de Seguros Sociales, esto en concordancia con la afirmación de la demandante y la fórmula que aportó como prueba.

En consecuencia, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüi (Antioquia), que negó el amparo solicitado, señalando expresamente que el Instituto de Seguros Sociales, podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüi (Antioquia) del veintiocho (28) de noviembre de 2003, en el proceso de la acción de tutela instaurada por María Rocío Salazar de Cañaveral en representación de su hija, y en su lugar TUTELAR el derecho a la salud en conexidad con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal de Nora Janet Cañaveral Salazar.

Segundo. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que en el término de 48 horas, contadas a partir de la comunicación de la presente sentencia y previa evaluación de su médico tratante, proceda a suministrar los medicamentos ERITROPOYETINA RECOMBINANTE HUMANA y también HIERRO PARENTERAL (VENOFER) en la cantidad y por el tiempo que lo considere necesario su médico tratante a Nora Janet Cañaveral Salazar.

Tercero. AUTORIZAR al Instituto de Seguros Sociales para que repita contra el Fosyga por los dineros gastados en el cumplimiento de este fallo.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Sentencia C-177 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Sentencia T-926 de 1999, reiterada en T-727 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería

4Sobre el tema ver la Sentencia T-1120 de 2000, reiterada en T-724 de 2002 M. P. Alvaro Tafur Galvis.

5Artículo 86 del Decreto 806 de 1998.

6 Ibidem.

7 Sentencia T-150 de 2000

8 Ibidem.

9 Sobre el tema véase las siguientes sentencias: SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-796 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-099 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-860 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-887 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-926 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-975 de 1999, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-119 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández; T-337 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1120 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-042A de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-461 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-566 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 Sentencia T-622 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

11 Folios 6 y 7 del expediente de tutela.

12 Sentencia T-724 de 2002 T-706 de 2003