

Sentencia T-712/07

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Hija en representación de madre enferma

DERECHO A LA SALUD-Condiciones para que proceda por tutela

Aunque en principio, la salud no es un derecho amparable de manera autónoma por vía de tutela, puede ser objeto de protección por parte del juez de tutela ante la presencia de las siguientes circunstancias: i) cuando se encuentre estrechamente ligado con un derecho constitucional de carácter fundamental, como la vida o la integridad personal; ii) cuando se trata de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores; y iii) ante la transmutación del derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales.

DERECHOS PRESTACIONALES-Transmutación hacia un derecho subjetivo

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Requisitos para acceder a tratamientos y medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo frente a personas de la tercera edad

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto no existen pruebas sobre la incapacidad económica de la accionante para cubrir el valor del medicamento para el glaucoma

Referencia: expediente T-1633635

Peticionario: Jaqueline Botero Galeano.

Demandado: SUSALUD E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., Siete (7) de Septiembre de dos mil siete (2007).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo

Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Medellín, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por Jaqueline Botero Galeano, en calidad de agente oficiosa de su madre, Celina Galeano de Botero contra SUSALUD E.P.S.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Jaqueline Botero Galeano, actuando en calidad de agente oficioso de su madre, Celina Galeano de Botero, interpuso acción de tutela por estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y los de protección especial en personas de la tercera edad.

2. Hechos relevantes

Manifiesta la tutelante que actúa en calidad de agente oficioso de su señora madre, debido a que por su avanzada edad, 73 años, y la gravedad de su enfermedad visual, se le dificulta la comparecencia al despacho y la interposición de la acción por sí misma.

Señala que su madre, Celina Galeano de Botero, es cotizante del Sistema General de Seguridad Social en Salud, régimen contributivo, a través de SUSALUD E.P.S. Que el 28 de marzo del presente año, se le diagnosticó GLAUCOMA AVANZADO Y MAL CONTROLADO, razón por la que el médico tratante le ordenó los medicamentos XALATAN y COMBIGAN GOTAS, en las dosis descritas en la respectiva fórmula.

Refiere además, que al solicitar las drogas, la E.P.S negó la autorización, aduciendo que no se encontraban incluidas dentro del P.O.S.

Concluye la petente que estos medicamentos recetados, resultan costosos frente a los ingresos de su progenitora, pues vive de una pequeña pensión que apenas alcanza para

atender sus necesidades.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones

Considera la tutelante que con la negativa de suministrar los medicamentos, SUSALUD E.P.S viola los derechos fundamentales de su madre a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y de los de especial protección en personas de la tercera edad, pues, a su edad no cuenta con los medios económicos para costear el tratamiento formulado por su médico tratante.

Como pretensiones de la demanda, la accionante solicita al juez de tutela que se conceda el amparo de los derechos fundamentales invocados y que se ordene a SUSALUD E.P.S que suministre los medicamentos recetados en la fórmula de fecha 28 de marzo de 2007, así como las drogas que el médico posteriormente prescriba.

Igualmente solicita, el tratamiento integral por la patología mencionada y se faculte a la E.P.S a que repita contra el FOSYGA.

4. Admisión y Oposición a la demanda de tutela

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Medellín, despacho que admitió la tutela a través de Auto del 30 de marzo de 2007 y ordenó notificar al accionado, indicándole el término perentorio para dar contestación a la misma.

Mediante escrito recibido el 11 de abril del presente año, el ente accionado manifestó que efectivamente la señora Galeano de Botero figura como cotizante de SUSALUD y que se le habían ordenado los medicamentos denominados LATANOPROST Y BRIMONIDINA TARTRATO, pero que éstos no se encontraban dentro del POS.

En ese sentido, afirmó que la tutelante tenía otra alternativa diferente de la acción de tutela para acceder al suministro de las drogas, como era la de acudir ante el Comité Técnico Científico para que estudiara su solicitud, de tal forma que si cumplía con los presupuestos legales, le reconocieran la entrega de las medicinas prescritas.

Por lo tanto, considera que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales deprecados y solicita se niegue por improcedente la tutela. Así mismo, sin perjuicio de lo

anterior y en caso de no acoger su pretensión principal, pide subsidiariamente que se le reconozca el derecho de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA- por la totalidad de los valores que deba asumir la E.P.S.

5. Pruebas que obran en el expediente

* Copia de la cédula de ciudadanía de las señoras Jacqueline Botero Galeano y Celina Galeano de Botero. (Folios 4 y 5).

* Copia del carné de afiliación a la E.P.S SUSALUD, de la señora Celina Galeano de Botero. (Folio. 5).

* Copia de un comprobante de pago de fecha 1 de febrero de 2007, correspondiente a la pensión recibida por la señora Galeano de Botero. (Folio 6).

* Copia de la receta médica de prescripción de los medicamentos solicitados por vía de tutela (Folio 7).

* Copia de la orden de ayudas diagnosticas de SUSALUD, en la cual se indica la enfermedad a tratar. (Folio 8).

* Copia de la negación de servicios por parte de la E.P.S SUSALUD. (Folio 9).

* Documento en el que constan las condiciones de afiliación de la accionante. (Folio 16).

* Copia del formulario de afiliación de la señora Galeano de Botero (Folio 17).

* Certificado de existencia y representación legal de la E.P.S (Folios 18 al 24).

I. DECISION JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante Sentencia del 20 de abril de 2007, el Juzgado 25 Penal Municipal de Medellín, negó el amparo de los derechos invocados por considerar que el caso planteado no cumplía con los parámetros sentados por la Corte Constitucional para la inaplicación de las normas contentivas de exclusiones de medicamentos, en primer lugar porque el médico tratante no justificó la necesidad del medicamento aún cuando se encontraba por fuera del POS, para determinar si existía otra medicina que sustituyera la ordenada.

En segundo lugar, observó que la accionante no agotó el otro mecanismo que tenía ante el Comité Científico de la entidad, organismo que bien podría realizar una excepción frente a las condiciones apremiantes de la paciente y suministrar las drogas.

Esta providencia no fue objeto de impugnación por las partes.

1. Actuación en Sede de Revisión.

Mediante Auto de fecha 26 de julio del presente año, esta Sala solicitó a la accionante que en el término de tres días contados a partir de la notificación del mismo, informara entre otras cosas, cuáles eran los ingresos y egresos de su madre, cuantas personas se encontraban a su cargo y cuál era el estado actual del glaucoma sufrido por su madre.

De igual forma y en el mismo Auto, se ofició a la médico tratante para que informara si los medicamentos prescritos podían reemplazarse por otros y por cuánto tiempo debían ser suministrados.

Frente al requerimiento de esta Corte, la actora guardó silencio.

De otro lado, la médico tratante, en respuesta al oficio No. OPT-A-222/2007 del 27 de julio del cursante año, informó que la señora Galeano de Botero venía en tratamiento con XALATAN y GLAUCONTENSIL hasta el pasado 28 de marzo, fecha en la que se le cambió el medicamento a COMBIGAN, pero por mala tolerancia de este último se le retiró el medicamento. Que actualmente se encontraba operada del ojo izquierdo y tenía pendiente la cirugía del ojo derecho, sin tener conocimiento de la terapia que recibiría luego de la cirugía.¹

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

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

2. Problema Jurídico.

De acuerdo a la situación fáctica que dio lugar a presente acción de tutela y a lo decidido por el juez de primera instancia, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer, si los derechos a la vida digna, a la salud, a la seguridad social y los de protección especial a personas de la tercera edad, invocados por la señora Jaqueline Botero Galeano como agente oficioso de su señora madre, Celina Galeano de Botero, fueron vulnerados por parte de SUSALUD E.P.S., al negar el suministro de los medicamentos prescritos por su médico tratante, argumentando que los mismos se encuentran fuera del Plan Obligatorio de Salud.

3. Legitimación por activa. Agencia oficiosa.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela puede ser instaurada por la persona que estima vulnerados o amenazados sus derechos

fundamentales, directamente o a través de representante o apoderado.

En igual forma, la disposición citada consagra la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. En efecto, el precitado artículo reza:

“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 representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia acción. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud...”

De lo anterior, debe entenderse que, en principio, la titularidad para promover la acción de tutela, radica en las personas que consideren que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados, pudiéndola ejercer en forma directa o a través de sus representantes legalmente establecidos; y, sólo será en aquellas situaciones en que el titular no se encuentre en condiciones de instaurarla, que un tercero queda legitimado para intentarla en su nombre, lo que hará en calidad de agente oficioso, sujetándose entonces a las formas y condiciones señalados en la ley para esta figura procesal.

En Sentencia T-294 de 20042 esta Corte Constitucional, reiteró los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, en los siguientes términos:

“La Corte ha señalado que dos de los elementos de la agencia oficiosa en materia de tutela son: (i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio.”

Descendiendo al caso que nos ocupa, la legitimación de la accionante en el presente caso se encuentra plenamente probada, en razón de que la titular de los derechos afectados padece de una enfermedad que afecta gravemente su visión, malestar que de acuerdo con el diagnóstico de su médico tratante se encuentra en estado avanzado, lo que en realidad la imposibilita para acudir directamente ante la jurisdicción, tal y como lo manifestó su familiar

en el escrito de tutela.

Así las cosas, las anteriores circunstancias revelan que en el presente caso se cumple con las previsiones indicadas para que sea admisible el agenciamiento de derechos fundamentales ajenos, tal como lo dispone el Decreto 2591 de 1991.

3. Derecho a la Salud

Esta Corporación, atendiendo lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la doble naturaleza de la que goza la seguridad social en salud: Es un servicio público y, a su vez, es un derecho irrenunciable de todas las personas³. Como servicio público, es competencia del Estado la dirección, coordinación y control de su prestación, en aras de lograr la protección de la persona humana y de contribuir a su desarrollo y bienestar. Desde la perspectiva del derecho, la Corte ha destacado su naturaleza asistencial y prestacional, cuya garantía debe materializarse de manera progresiva.

Dada su naturaleza de derecho prestacional y asistencial, la seguridad social en salud requiere, para su goce efectivo, de desarrollo legal y de la provisión de la estructura y los recursos adecuados para tal propósito. Así las cosas, el carácter progresivo y programático de este derecho impone al Estado el deber de procurar su materialización, en seguimiento de los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia, integralidad, unidad y participación, entre otros, para lo cual debe desplegar una actividad de garantía, conforme a los principios fundantes del Estado Social de Derecho.

No obstante lo anterior y en repetidas oportunidades, esta Corte ha sostenido que aunque en principio, la salud no es un derecho amparable de manera autónoma por vía de tutela, puede ser objeto de protección por parte del juez de tutela ante la presencia de las siguientes circunstancias: i) cuando se encuentre estrechamente ligado con un derecho constitucional de carácter fundamental, como la vida o la integridad personal; ii) cuando se trata de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47); y iii) ante la transmutación del derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales⁴.

En relación con la conexidad de este derecho prestacional a la salud, con otro de naturaleza fundamental, esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

“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”⁵.

De otro lado, cuando nos encontramos frente a personas sujeto de especial protección como son los menores, los adultos y los discapacitados, este derecho a la salud adquiere per se una naturaleza fundamental; al respecto, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

“En tercer lugar, la Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia⁶, las personas con discapacidad⁷ y los adultos mayores⁸, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo”⁹.

Ahora bien, tratándose de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos, esta Corporación ha sostenido que, dado el carácter programático y de desarrollo progresivo de aquéllos, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales, por cuanto, mientras no se concreten en planes de ejecución del Estado, más que derechos son principios orientadores de la función pública¹⁰. Sin embargo, en la medida en que estos derechos de concreción progresiva y programática sean objeto de un desarrollo legal o reglamentario que cree las condiciones que le permitan a las personas exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada, se produce la transmutación en un derecho subjetivo, que goza de la naturaleza fundamental de manera autónoma y es susceptible de amparo a través de la acción de tutela, sin que se tenga que establecer su

conexidad con otros derechos fundamentales¹¹.

Sobre este punto, ha señalado esta Corte:

“Estos derechos subjetivos, que se desprenden de las normas que configuran el sistema de seguridad social, eliminan la indeterminación de los derechos programáticos y materializan situaciones concretas exigibles al Estado. Tal exigencia puede hacerse por vía de tutela, por cuanto el derecho a la salud, en su dimensión de derecho subjetivo, es de naturaleza fundamental, en virtud de su estrecha relación con el principio de dignidad humana, vínculo que responde al criterio fijado por la Corte Constitucional como parámetro funcional de definición de derechos fundamentales.”¹²

En este orden de ideas y sobre la base de que el derecho a la salud es, en principio, un derecho prestacional, la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998, la Resolución 5261 de 1994 y demás normas concordantes, se han ocupado de regular tanto los tratamientos, procedimientos, medicamentos y demás servicios médicos que deben prestar las E.P.S. en el Plan Obligatorio -POS- a las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud dentro del Régimen Contributivo, como también las limitaciones y exclusiones a tales servicios.

Ahora, en repetidas ocasiones esta Corte ha señalado que la prestación de los servicios médicos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, es un derecho fundamental de carácter autónomo y, en tal medida, es susceptible de protección constitucional por vía de la acción de tutela en forma directa, lo que implica que no se requiere establecer su conexidad con otros derechos fundamentales. Sobre el particular dijo la Corte en la Sentencia T-859 de 2003:

“Al adoptarse internamente un sistema de salud -no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, 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. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003.

Así las cosas, 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 -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos¹³.¹⁴

Sin embargo, cuando una persona requiera medicamentos o tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, es decir, aquellos 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”¹⁵, en principio, deberá cubrirlos con sus propios medios en virtud de la limitación de los recursos del sistema y del criterio jurisprudencial que la Corte Constitucional ha fijado en materia de derechos sociales, según el cual, es el individuo el primer llamado a proveerse lo necesario para suplir sus necesidades básicas y que, sólo frente a la imposibilidad de los agentes de concretar este mandato social, derivado de la obligatoriedad del trabajo, emana el deber del Estado de desplegar su actividad para procurarle a las personas ese mínimo en la satisfacción de sus necesidades. Lo anterior, en aras de salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.

Por consiguiente, sólo en aquellos casos en que los individuos carezcan de recursos económicos suficientes para cubrir los servicios médicos excluidos del POS, procede la intervención del Estado para garantizar la efectiva concreción del derecho a la salud, proporcionando dichos servicios, con cargo a recursos públicos.

Siguiendo con este análisis, la jurisprudencia constitucional, en virtud de la supremacía de la Carta Política y conforme al ámbito de protección de los derechos fundamentales, por vía de tutela, ha venido inaplicando las limitaciones y exclusiones de ciertos tratamientos, procedimientos clínicos o medicamentos, en aras de garantizar ciertos derechos como la

salud, la vida digna y la integridad personal, entre otros.

De esa manera, esta Corporación ha establecido las condiciones¹⁶ de procedencia del amparo constitucional en materia de medicamentos NO POS, las cuales se señalan a continuación:

1. Que la falta del servicio, medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o reglamentaria, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado¹⁷, 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.

2. Que se trate de un medicamento o tratamiento 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.

3. 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, medicina prepagada, etc.).

4. 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.

5. Derecho fundamental a la Salud en adultos mayores

La Corte Constitucional ha precisado que tratándose de personas de la tercera edad el derecho a la salud es de naturaleza fundamental autónomo.¹⁸ Lo anterior, en virtud de las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional, las cuales imponen al Estado la obligación de brindarles una protección especial, según lo establecen los artículos 13 y 46 de la Constitución Política.

En consecuencia, la protección constitucional de los derechos de estas personas es de carácter reforzado, razón por la cual resulta necesario que se desarrollen las garantías necesarias para que prevalezca el interés de ellas, cuando las actuaciones de las autoridades

y de los particulares involucran de alguna manera sus derechos.

Este grado de consideración por los adultos mayores ha sido evaluado por esta Corporación, que en sentencia T-892 de 200519 explicó: “los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad deben primar sobre cualquiera de rango legal, máxime cuando se pone de manifiesto su situación de debilidad”. En la misma decisión la Corte estimó que se violan los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad cuando no se les presta el tratamiento médico que requieren o éste no es suministrado de manera oportuna.

6. Caso concreto

La accionante Jaqueline Botero Galeano, sostiene que la EPS SUSALUD le está vulnerando los derechos a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y los de especial protección en personas de la tercera edad a su señora madre CELINA GALEANO DE BOTERO, por cuanto no le autorizó el suministro de los medicamentos XALATAN y COMBIGAN, por no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Afirma también, que su madre padece de GLAUCOMA AVANZADO Y MAL TRATADO, razón por la cual no actúa en nombre propio. Igualmente, que no está en capacidad económica para cubrir los costos de los medicamentos prescritos, que ascienden a una suma aproximada de \$150.000.00., discriminados de la siguiente forma:

* XALATAN \$96.000.00

* GOMBIGAN \$59.600.0020

Para comprobar lo afirmado por la demandante en su escrito de tutela, en el sentido que los medicamentos prescritos no se encuentran incluidos en el POS, y entender, en principio, la negativa de la EPS a suministrarlos, se revisó el Acuerdo 228 de 2002, que contempla los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Una vez hecho el correspondiente estudio, observa esta Corte que efectivamente, las gotas XALATAN y COMBIGAN, no se encuentran previstas en los listados de medicamentos esenciales para el tratamiento del glaucoma.

1. Que la falta del medicamento excluido por la reglamentación legal o reglamentaria, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado.

En este caso, no queda duda que no seguir el tratamiento prescrito por la médico tratante generaría un deterioro aún mayor en la visión de la señora Galeano de Botero, afectándose de esta forma sus derechos fundamentales a la integridad personal y a gozar de una vida digna.

2. Que se trate de un medicamento o tratamiento 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.

De las pretensiones de la demanda se desprende que los medicamentos requeridos por la actora para el tratamiento de la enfermedad de GLAUCOMA AVANZADO que padece en los dos ojos, son las gotas oftálmicas XALATAN Y COMBIGAN, con las cuales se busca controlar la presión intraocular. Sobre este tratamiento caben las siguientes precisiones.

De acuerdo con el informe de la médico tratante allegado al proceso en sede de Revisión, esta Sala pudo establecer que en una primera etapa de la enfermedad, a la actora se le prescribieron las gotas XALATAN y GLAUCONTENSIL. El suministro de dichos medicamentos se mantuvo vigente hasta el día 28 de marzo de 2007, fecha en la cual la fórmula médica fue parcialmente modificada, en el sentido de mantener el XALATAN y sustituir el GALUCONTENSIL por las gotas COMBIGAN. Debido a que la actora no toleró este último medicamento, desde el 30 de marzo del presente año, le fue retirado definitivamente, sin que ello haya sido destacado en la demanda de tutela por haber tenido ocurrencia con posterioridad a su presentación.

Adicionalmente, en el mismo informe la médico tratante advierte que la accionante fue operada del ojo izquierdo y que está pendiente la cirugía del ojo derecho, sin que a la fecha se tenga conocimiento del tratamiento que deba seguir posterior a la segunda intervención.

Como consecuencia de lo anterior, es necesario resaltar que en la actualidad, la enfermedad de la demandante persiste en relación con el ojo derecho y que la misma está siendo

atendida únicamente con las gotas XALATAN, mientras se lleva a cabo la cirugía en dicho ojo.

Respecto del referido medicamento, la médico tratante no contempló la posibilidad de que el mismo pudiera ser sustituido por otro, incluido en el POS, motivo por el cual debe inferirse que el mismo resulta necesario para contrarrestar los efectos de la enfermedad, razón por la cual su no suministro amenazaría y vulneraría los derechos fundamentales de la accionante.

3. 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.

Sobre este punto, está claramente demostrado que la médica tratante que formula las respectivas drogas, pertenece a la E.P.S. a la cual está afiliada la tutelante, razón por la cual no hay que hacer un análisis más profundo al respecto.

4. 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.

En cuanto a la capacidad económica de la afectada, la actora señala en el escrito de tutela que sus ingresos provienen de una pensión cuya mesada asciende a la suma de \$812.558.00 y que con ella satisface sus necesidades, razón por la cual no le es posible asumir el costo de

los medicamentos recetados (Fl. 6 cuaderno principal).

Respecto del tratamiento requerido por la tutelante, cabe recordar que el mismo quedó reducido exclusivamente al uso de las gotas XALATAN, debido a que el otro medicamento – COMBIGAN – le fuera retirado por haber presentado resistencia al mismo. Además, según se anotó, la accionante fue operada del glaucoma en su ojo izquierdo y está pendiente de la segunda intervención en su ojo derecho, hecho que reduce el uso del medicamento.

En este sentido, la pretensión se reduce al medicamento XALATAN, cuyo costo en el mercado asciende aproximadamente a la suma de \$96.000.00. Conforme con ello, entra esta Sala a determinar si la tutelante se encuentra o no, en capacidad de adquirir esta droga.

Con la finalidad de tener un mayor conocimiento sobre las circunstancias que determinan

realmente la condición económica de la accionante, por Auto del 26 de julio, esta Sala solicitó a la tutelante que informara si tenía personas a su cargo y a cuánto ascendían sus gastos mensuales, frente a lo cual la señora Jacqueline Botero Galeano guardó silencio.

Haciendo un análisis del acervo probatorio obrante en el expediente de tutela, no hay elementos de juicio que permitan inferir que la señora CELINA GALEANO DE BOTERO no cuenta con medios económicos suficientes para cubrir el valor de las gotas recetadas por la médico tratante, mientras se le realiza la cirugía en su ojo derecho.

Se observa en el escrito de tutela, que la titular del derecho depende de su pensión, la cual asciende a la suma \$812.558.00 y que es con ese dinero con el que cubre sus necesidades personales, sin que hubieren mayores detalles sobre los gastos que debe asumir y mucho menos si tiene personas a su cargo. Todo esto, aunado al hecho de que la tutelante guardó silencio frente al requerimiento que le hizo esta Corte en Auto del 26 de julio pasado, permite concluir que la señora Galeano está en capacidad de adquirir las gotas XALATAN por el tiempo que hace falta para la operación de su ojo derecho, pues con posterioridad a la misma no está definido el tratamiento a seguir, sin que ello conlleve a un deterioro en su capacidad económica.

Por esta razón, esta Sala confirmará la decisión del A quo negando la tutela pero, por considerar que la situación fáctica que dio origen a esta demanda no se encuadra dentro de los presupuestos básicos consagrados por la jurisprudencia de esta Corporación para acceder a medicamentos excluidos del POS.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Medellín, el día 20 de abril de 2007, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver folio 13 del expediente.

2 Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda.

3 Sentencias T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

4 Sobre la transmutación del derecho prestacional en derecho subjetivo exigible por vía de tutela, ver entre otras, Sentencias T-869 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

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

6 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.

7 Sentencia T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

8 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

9 Corte Constitucional, Sentencia T-666 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

10 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-207 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

11 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-869 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

12 Al respecto, ver Sentencias T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

13 Ver sentencia SU-819 de 1999.

14 Corte Constitucional, Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

15 Art. 18 de la Resolución 5261 de 1994.

16 Corte Constitucional. Sentencias T-926 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1524 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-344 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-337 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-002 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-471 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-099 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-159 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, T-265 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-282 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

17 Corte Constitucional. Sentencia SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 Sentencias T-1081 de 2001 y T-004 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-540 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-575 de 2005 M.P. Humberto Sierra Porto, T-395 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-085 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-220 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, T-185 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-527 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Sierra y T-557 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, entre otras.

19 M.P. Jaime Araújo Rentería.

20 Valor aproximado de los medicamentos, consultados telefónicamente en diferentes Droguerías de la Ciudad, sin perjuicio del valor comercial para la EPS.