

Sentencia T-778/06

SISBEN-El ser clasificado por la encuesta no da el derecho per se a la persona para que ARS preste los servicios médicos del POSS

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el ser clasificado por la encuesta del Sisben dentro de uno de los niveles que reúnen los requisitos para ser beneficiario del régimen, no da el derecho per se, a la persona sisbenizada, a que una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) le asegure la prestación de los servicios médicos contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS). Para ello se requiere que haya sido asignado un cupo. Sin embargo, la persona clasificada en un nivel del Sisben que da derecho al subsidio, pero aún no tiene un cupo en una ARS específica, no se encuentra excluida del Sistema de Seguridad Social en Salud. Para la jurisprudencia constitucional, las personas que se encuentran 'vinculadas' al Sistema -esto es, que no están afiliadas ni son beneficiarias del régimen subsidiado o del régimen contributivo- se encuentran en una situación transitoria, sin embargo, "no por ello constituyen un tercer régimen". Para la Corte "(...) a partir de la vigencia de [la Ley 100 de 1993], todo colombiano participará del servicio público esencial de salud [a través del] Sistema General de Seguridad Social en Salud, de tal manera, que unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. Esto es, que accederán a los servicios de salud sin que se encuentren afiliados o deban afiliarse a alguno de los dos (2) regímenes establecidos." En otras palabras, para la jurisprudencia es necesario distinguir entre 'estar afiliado a' un régimen del Sistema de Salud (el contributivo o el subsidiado) y 'pertenecer al' Sistema de Salud en cualquiera de las dos calidades (personas que pertenecen al Sistema por ser beneficiarios de alguno de los dos regímenes y personas que pertenecen por estar vinculadas).

DERECHO A LA SALUD-Caso en que la Gobernación debe informar a la demandante sobre reglas aplicables y entidad que debe prestarle el servicio

El derecho a la salud de la accionante, en conexidad con la vida, conlleva la obligación Estatal, en cabeza de la Gobernación del Tolima, de informar a la accionante cuáles son las reglas aplicables a su caso y cuáles son sus derechos, indicarle cuál es la entidad que le debe prestar el servicio, y acompañarla en el trámite del mismo con el fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1357035

Acción de tutela instaurada por María Paulina Flórez Forero contra la Gobernación del Tolima

Magistrado Ponente

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este

tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.¹

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de febrero de 2006, María Paulina Flórez Forero, señora de 66 años de edad, sin pensión y Nivel 1 del SISBEN, interpuso acción de tutela contra la Gobernación del Tolima, por considerar que se violan sus derechos a la salud y a la vida al negársele los tratamientos que requiere para seguir atendiendo el problema de la tiroides que la aqueja, y que ha supuesto ya intervenciones quirúrgicas, a menos que cancele la parte que le corresponde de los respectivos servicios médicos. La señora solicita los dineros necesarios para cubrir el costo de los exámenes, hospitalizaciones, cirugías y eventual remisión a Bogotá. Las autoridades departamentales se abstuvieron de participar en el proceso.

2. El 2 de marzo de 2006, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, resolvió negar la acción de tutela por considerar que no existía indicio alguno de violación o amenaza de los derechos a la salud y a la vida de la accionante en el expediente del proceso. Señaló que “(...) no se tiene soporte probatorio actual de cuál es la penosa enfermedad que en la actualidad aqueja a la actora, pues aunque aportó al expediente su historia clínica (folios 14 a 21) no se logra establecer el concepto médico emitido por el médico tratante que permita entrever la orden de cirugía que necesita de manera urgente la actora.” El 7 de abril de 2006, la Sala Civil-Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, resolvió confirmar la sentencia del Juzgado de primera instancia. La Sala determinó que “(...) no existe soporte probatorio actual, acerca de la penosa enfermedad que padece la actora, ni cual es la cirugía que necesita de manera urgente, por ende, se infiere que no existe vulneración o amenaza al derecho a la salud en conexidad con la vida. Toda vez que el soporte probatorio allegado es insuficiente para determinar su enfermedad y el tratamiento a

seguir (...).”

II. CONSIDERACIONES

1. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, se desconoce el derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad, de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, POSS, cuando (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.² Esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,³ como en el régimen subsidiado,⁴ indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,⁵ a la enfermedad que padece la persona⁶ o al tipo de servicio que ésta requiere.⁷ La orden que el juez de tutela debe impartir para proteger el derecho a la salud, en conexidad con la vida y la integridad personal, cuando constata que éste ha sido desconocido por una entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud, de acuerdo con los criterios anteriores, depende en términos generales, del tipo de servicio médico solicitado por la persona y del régimen de salud en el cual se encuentra inscrita (contributivo o subsidiado).

(i) Cuando el servicio médico requerido es un medicamento, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud tiene la obligación de suministrarlo, tanto en el

régimen contributivo (EPS)⁸ como en el régimen subsidiado (ARS),⁹ asistiéndole a la respectiva entidad el derecho de repetir contra el Estado por el monto que, según las normas legales y reglamentarias, no le corresponda asumir.¹⁰ (ii) Cuando el servicio médico es un tratamiento (pruebas de diagnóstico, intervenciones quirúrgicas, terapias, etc.) la orden específica que se imparta depende del régimen al cual esté vinculado la persona.

(ii-1) En el régimen contributivo, la decisión que se debe adoptar en el caso de los tratamientos excluidos del plan obligatorio es igual a la que se debe tomar en el caso de los medicamentos excluidos; la entidad (EPS) tiene el deber de garantizar la efectiva prestación del servicio requerido, asistiéndole a ésta el derecho de recobro.¹¹

(ii-2) En el régimen subsidiado la solución cambia, dependiendo de cuál sea la situación específica. La jurisprudencia ha indicado que en los casos en los cuales se demanda la atención en salud a una entidad que alega no tener la obligación de suministrar tratamientos excluidos del POSS, “(...) surgen dos opciones de protección constitucional que deben ser aplicadas por el juez de tutela de acuerdo al caso concreto.¹² La primera supone que la ARS garantice directamente la prestación del servicio, solución excepcional que se da en razón a que se trata de un menor o de un sujeto de especial protección constitucional;¹³ la segunda de las opciones, la regla general, supone un deber de acompañamiento e información, pues en principio la prestación corresponde al Estado.”¹⁴ Esta solución, consiste en reconocer que cuando a una persona afiliada al régimen subsidiado se le niega un servicio por no tener que garantizarlo directamente, la ARS, junto con las autoridades administrativas del sector salud, tienen los deberes de informar e indicar a las personas cómo acceder, efectivamente, al tratamiento requerido, y el deber de acompañarlo en el trámite para reclamar dicho servicio médico.¹⁵ La jurisprudencia ha indicado que cuando se trata de una situación especialmente urgente, la persona tiene derecho a ser atendida de manera prioritaria y a que se le practique el tratamiento a la mayor brevedad posible.¹⁶ La Corte ha ordenado que las actuaciones de las ARS y las entidades territoriales “(...) deberán adelantarse sin dilaciones ni omisiones injustificadas, siempre con la plena observancia y acatamiento de los requisitos normativos y procedimientos establecidos, y teniendo como finalidad última, la prestación

del servicio médico solicitado, a la mayor brevedad posible.”¹⁷ Por tanto, las obligaciones de las entidades territoriales en materia de servicios de salud no contemplados por los planes obligatorios, que dependen del nivel de complejidad del tratamiento que se requiera,¹⁸ no se agotan en garantizar que existan instituciones prestadoras del servicio a las cuales los ciudadanos pueden acudir.¹⁹ Deben garantizar, a través de las instituciones prestadoras de salud (IPS) con las que tengan convenio, el acceso efectivo al servicio de salud requerido y velar por su adecuada prestación.

2. En cuanto a la pertenencia al régimen subsidiado del Sistema de Salud, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el ser clasificado por la encuesta del Sisben dentro de uno de los niveles que reúnen los requisitos para ser beneficiario del régimen, no da el derecho per se, a la persona sisbenizada, a que una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) le asegure la prestación de los servicios médicos contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS). Para ello se requiere que haya sido asignado un cupo.²⁰ Sin embargo, la persona clasificada en un nivel del Sisben que da derecho al subsidio, pero aún no tiene un cupo en una ARS específica, no se encuentra excluida del Sistema de Seguridad Social en Salud.²¹ Para la jurisprudencia constitucional, las personas que se encuentran ‘vinculadas’ al Sistema -esto es, que no están afiliadas ni son beneficiarias del régimen subsidiado o del régimen contributivo- se encuentran en una situación transitoria, sin embargo, “no por ello constituyen un tercer régimen”. Para la Corte “(...) a partir de la vigencia de [la Ley 100 de 1993], todo colombiano participará del servicio público esencial de salud [a través del] Sistema General de Seguridad Social en Salud, de tal manera, que unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. Esto es, que accederán a los servicios de salud sin que se encuentren afiliados o deban afiliarse a alguno de los dos (2) regímenes establecidos.”²² En otras palabras, para la jurisprudencia es necesario distinguir entre ‘estar afiliado a’ un régimen del Sistema de Salud (el contributivo o el subsidiado) y ‘pertenecer al’ Sistema de Salud en cualquiera de las dos calidades (personas que pertenecen al Sistema por ser beneficiarios de alguno de los dos regímenes y personas que pertenecen por estar vinculadas).²³ Esta jurisprudencia ha sido reiterada en varias ocasiones por la Corte.²⁴ Específicamente, la jurisprudencia ha reconocido en estos casos el derecho a acceder a una prueba diagnóstica, entre otros servicios médicos.²⁵ La Corte Constitucional ha señalado que

“las personas afiliadas al régimen subsidiado en salud tienen el derecho a que las entidades encargadas de garantizarles el acceso a los servicios de salud, aseguren la práctica de aquellos exámenes diagnósticos que sean necesarios para confirmar que el paciente padece una patología que está cubierta por el sistema o que comprometa su vida o su integridad.”²⁶ El derecho de toda persona a que se le practique una prueba diagnóstica para identificar enfermedades graves (que afecten la vida o la integridad personal) y definir el servicio médico requerido ha sido protegido en varias sentencias de esta Corporación.²⁷ Así pues, la jurisprudencia ha sostenido que si bien la prestación de los servicios de salud a las personas vinculadas al sistema corresponde al Estado y a las IPS contratadas por éste para tal efecto, la responsabilidad específica de garantizar su prestación corresponde a las entidades territoriales. Para la Corte “(...) la atención de aquellas personas que no se encuentran incluidas dentro del régimen subsidiado es una responsabilidad compartida entre el Estado, por una parte, y las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o empresas sociales del Estado o IPS privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, por otra. No obstante, es claro que la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud recae básicamente en cabeza del Estado, pues las IPS y demás entidades que comparten tal responsabilidad sólo lo hacen en tanto aquel haya contratado sus servicios para ello (salvo las excepciones legales, como atención de urgencias).”²⁸

3. En el presente caso, no se comprobó que exista un servicio de salud específico que la accionante requiera, y al cual no haya podido acceder. Sin embargo, sí se encuentra demostrado que la accionante sufre padecimientos de salud que requieren atención médica, pues ponen en riesgo su vida —un problema de tiroides que ha supuesto intervenciones quirúrgicas—, que se trata de una mujer de 66 años de edad, en condiciones económicas muy precarias (nivel 1 del SISBEN, sin pensión) y que no ha recibido por parte del Estado la información necesaria para saber cómo enfrentar la dificultad de asumir los costos de los servicios de salud que requiere para tratar sus dolencias, sin que deje de acceder a dichos servicios. La Gobernación del Tolima no ha atendido la solicitud de la accionante, ni siquiera participó en el proceso de acción de tutela para brindar esta información. Tampoco ha cumplido pues, los deberes de acompañamiento y de seguimiento, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido. La incertidumbre de la señora Florez Forero respecto a cuál es exactamente su condición actual de salud y a cómo puede hacer valer sus derechos

—ausencia de información que los jueces de instancia alegan como justificación para negar la acción de tutela—, es producto del incumplimiento de las obligaciones que debe honrar el Estado, a través de los entes territoriales.

4. En este caso, el derecho a la salud de la accionante, en conexidad con la vida, conlleva la obligación Estatal, en cabeza de la Gobernación del Tolima, de informar a la accionante cuáles son las reglas aplicables a su caso y cuáles son sus derechos, indicarle cuál es la entidad que le debe prestar el servicio, y acompañarla en el trámite del mismo con el fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos. En consecuencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional resolverá exigir a la Gobernación del Tolima que cumpla con los deberes que le corresponden.²⁹ Por ello se le ordenará (1) suministrar a María Paulina Florez Forero, la información que requiere para saber cómo funciona el sistema de salud y cuáles son sus derechos, (ii) indicarle específicamente cuál es la institución prestadora de servicios de salud que tiene la obligación de prestarle los servicios de salud que sean necesarios, incluso si carece de los recursos económicos que le permitan asumir la cuota que le corresponde en razón a su nivel en el SISBEN, y (3) acompañarla durante dicho proceso. Para el cumplimiento de lo aquí dispuesto, la Gobernación deberá buscar a la ciudadana y no esperar que sea ella quien se presente ante la Administración. Esto no impide, por supuesto, que la señora Florez Forero se presente ante la Gobernación para recibir esta ayuda. Órdenes similares ha impartido la Corte Constitucional contra otras entidades territoriales en casos similares, incluso en procesos en los que la entidad territorial correspondiente no hizo parte del proceso.³⁰

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 Política,

RESUELVE:

Primero.- Revocar la sentencia del 7 de abril de 2006 de la Sala Civil-Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en su lugar, tutelar el derecho a la salud, en conexidad con la vida de María Paulina Florez Forero.

Segundo.- Ordenar, por medio de Secretaría General, a la Gobernación del Tolima para que si aún no lo ha hecho, en 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia (1) suministre María Paulina Florez Forero, la información que requiere para saber cómo funciona el sistema de salud y cuáles son sus derechos, (ii) indicarle específicamente cuál es la institución prestadora de servicios de salud que tiene la obligación de prestarle los servicios de salud que sean necesarios, incluso si carece de los recursos económicos que le permitan asumir la cuota que le corresponde en razón a su nivel en el SISBEN, y (3) acompañarla durante dicho proceso, con el fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos. La Gobernación de Tolima deberá ubicar de manera diligente a María Paulina Florez Forero para cumplir con lo ordenado en esta sentencia.

Tercero.- Para garantizar la efectividad de los derechos involucrados en el presente caso, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, notificará esta sentencia dentro del término de dos días después de haber recibido la comunicación de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Le remitirá copia del fallo a la accionante y a la Gobernación del Tolima.

Cuarto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

2 Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la practicara del servicio requerido (examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.” Esta decisión, defendida por la jurisprudencia constitucional desde su inicio [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-548 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón)], sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), T-631, T-628 y T-691 de 1998 (MP Antonio Barrera Carbonell) y SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis)].

3 Ver entre otras las sentencias T-080 de 2001 (MP Fabio Morón Díaz); T-591 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-058 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-750, T-828 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-882 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-901 (MP Clara Inés

Vargas Hernández) y T-984 de 2004 (MP Humberto Antonio Sierra Porto); T-016 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-024 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

4 Ver, entre otras, las sentencias T-829 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-841 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-833 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-868 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño); T-096 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

5 Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que “cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POSS, ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del FOSYGA.” (Corte Constitucional, sentencia T-972 de 2001; MP Manuel José Cepeda Espinosa) Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia T-280 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett); en el mismo sentido ver la sentencia T-069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

6 Tal es el caso, por ejemplo, de personas con VIH o SIDA. Como lo ha señalado la propia Corporación, ha “(...) sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos constitucionales de los enfermos de VIH. Debido al carácter de su enfermedad, la Corte ha señalado que el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio.” Corte Constitucional, sentencia T-074 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra) [en este caso se siguieron, entre otras, las siguientes sentencias: T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); T-502 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonell); T-271 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-079 de 1996 (MP Hernando Herrera Vergara); SU-256 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa); T-417 de 1997 (MP Alfredo Beltrán Sierra); T-328 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz); T-171 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra); T-523 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); T-436 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil); T-925 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis); T-326 de 2004, MP Alfredo Beltrán Sierra.]

7 Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha fijado condiciones específicas para que se

pueda ordenar la remisión de un paciente al exterior, para que reciba un servicio médico que requiere; esta condiciones fueron fijadas en las sentencias T-395 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero) y reiteradas, entre otras, en las sentencias SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis) y T-597 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil).

8 Así lo ha decidido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-1181 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra); T-992 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-599 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-883 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño); T-494 (MP Alfredo Beltrán Sierra) y T-977 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería); T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). De igual forma, la reglamentación del Sistema de Seguridad Social en Salud (Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social) establece que, tanto en las EPS como en las ARS, existirá un Comité Técnico Científico (artículo 1° de la Resolución), que tendrá, entre otras funciones, autorizar el suministro de “los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales” (artículo 4° de la Resolución).

9 Por ejemplo, en la sentencia T-1043 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) se resolvió reiterar “(...) lo decidido por la Sala Sexta de Revisión en la sentencia T-1020 de 2000, en el sentido de reconocer que cuando a una persona afiliada al régimen subsidiado de salud requiere que se le suministre un medicamento, la entidad encargada de prestarle el servicio de salud deberá entregarlo, así no se encuentre dentro de los medicamentos contemplados dentro del P.O.S.S., cuando el médico tratante así lo ha ordenado y éste es necesario para proteger su vida.” En este caso, la Corte también tuvo en cuenta que el entonces Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social) reiteró esta obligación de las ARS mediante la Resolución 3384 de 2000, la cual establece: “Artículo 4°— Responsabilidad de las ARS en el régimen subsidiado frente a los medicamentos NO-POSS incluidos en las normas técnicas y guías de atención. Para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas, las ARS deberán garantizar el acceso a medicamentos no incluidos en el manual de medicamentos adoptado a través del Acuerdo 83, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 110 del CNSSS.” (acento fuera del texto original)

10 En estos casos la jurisprudencia ha reconocido el derecho que le asiste a la respectiva entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, para repetir contra el Estado, el monto de servicio médico que no le corresponde asumir, a través del Ministerio de la

Protección Social, del Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA. [Ley 100 de 1993, artículo 218.— Creación y operación del fondo. Créase el fondo de solidaridad y garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el estatuto general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política. || (...)]. Recientemente, además de reconocer el derecho que le asiste a la entidad, la jurisprudencia ha exigido que el administrador del FOSYGA, a los 15 días de presentada la solicitud de pago por parte de la entidad respectiva, pague lo adeudado o indique cuándo lo hará —al respecto ver, por ejemplo, las sentencias T-945 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto)—; indicando que, en todo caso, el pago debe hacerse antes de transcurridos 6 meses, contados a partir del momento en que se presente la solicitud — al respecto ver, por ejemplo, las sentencias T-1210 de 2003 y T-882 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Así pues, en los casos en que se imparta esta orden, se resolverá ‘reconocer que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio (EPS o ARS) puede repetir contra el FOSYGA el monto de lo que gaste en virtud de la orden impartida y no le corresponda asumir de acuerdo con las normas legales y reglamentarias; el FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará, la cual no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud de pago’.

11 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-897 de 2002 (MP Álvaro Tafur Galvis; en este caso se ordenó a la EPS realizar al accionante el examen de mapeo con ablación), T-506 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández; en este caso se ordenó a la EPS a autorizar el suministro e implantación de los audífonos formulados por el médico tratante) y T-678 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño; en este caso se ordenó a la EPS “autorizar a la accionante la práctica del procedimiento denominada queratoplastia lamelar con láser [pachy link]”)

12 La sentencia T-632 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño), se refirió a las posibilidades de protección de los derechos fundamentales de las personas que requieren medicamentos o tratamientos excluidos del POSS en los siguientes términos: “...según la jurisprudencia de esta Corporación, frente a los eventos en los cuales las ARS no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas o a suministrar medicamentos al no estar incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado POSS, la protección de los derechos fundamentales invocados

por los accionantes puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la ARS para que realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, [v.gr. T-480 de 2002; MP Jaime Córdoba Triviño] o ii) mediante la orden a la ARS de coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con fondos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. [v.gr. T-452 de 2001; MP Manuel José Cepeda Espinosa]” (Las sentencias citadas son los fallos que presenta la sentencia T-632 de 2003 como ejemplos de las dos hipótesis reseñadas).

13 Esta solución también tiene lugar cuando el servicio médico no se encuentra excluido del POSS. La sentencia T-984 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), por ejemplo, reiteró la sentencia T-053 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), sin embargo en el caso concreto se ordenó a Comfama ARS autorizar y practicar el examen de diagnóstico denominado ‘radiografía de tórax PA lateral’ a la accionante, según lo ordenado por su médico tratante, por cuanto se constató que este servicio médico sí estaba contemplado en el Plan Obligatorio de Salud (Subsidiado). El juez de instancia había fallado sobre el supuesto contrario, porque la ARS había suministrado información falsa al respecto.

14 Corte Constitucional, sentencia T-752 de 1998 (MP Alfredo Beltrán Sierra), en este caso la Corte resolvió ordenar a la ARS que con el Instituto de Bienestar Familiar de Nariño y las Secretarías de Salud Departamental de Nariño y municipal de Pasto, coordinara todo lo relacionado con la gestión que deben adelantar para atender a la accionante. Ordenes similares, reiterando esta sentencia, se han impartido, por ejemplo, en las sentencias T-1227 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) y T-855 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

15 En la sentencia T-053 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional decidió que “una persona que requiera indispensablemente atención médica y el acceso a ella esté garantizado por una entidad territorial, tiene el derecho a: (i) recibir de ésta información sobre el servicio de salud, los beneficios con que cuenta y lo que debe hacer para recibir la atención que requiera; (ii) a que ésta le indique específicamente la institución

encargada de prestarle el servicio y (iii) a que le acompañe en el proceso que culmine con la atención, de tal forma que se le garantice el goce efectivo de sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y a acceder a los servicios de salud.”. Esta decisión ha sido reiterada, entre otras en las sentencias T-341 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y T-984 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño). De acuerdo a las normas reglamentarias del Sistema corresponde al Estado cumplir el deber de garantizar el acceso a los servicios no incluidos en el POSS por intermedio de las entidades territoriales. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dispuso al respecto: ‘Artículo 42.— Mecanismos de coordinación para prestación de servicios no POSS. Con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de salud en lo concerniente a los servicios no cubiertos por el régimen subsidiado, las ARS en coordinación con las entidades territoriales, desarrollarán mecanismos que procuren la eficiente prestación de dichos servicios y para ello se podrán celebrar convenios. En todo caso la responsabilidad por la prestación de estos servicios de manera oportuna, estará a cargo de la entidad territorial respectiva, para lo cual contará con la información adecuada y oportuna que deberá suministrar la administradora de régimen subsidiado, así como el correspondiente seguimiento de la atención del afiliado.’ Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS (por medio del cual se definen la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones).

16 Así lo decidió la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-524 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

17 En la sentencia T-524 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional resolvió “ordenar a Comcaja ARS, Boyacá, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de [la] sentencia, informe claramente al demandante quién puede operarlo, cuándo y en qué condiciones. Adicionalmente, ordenar a Comcaja ARS, de Boyacá, que disponga de todo lo pertinente junto con la entidad médica que finalmente vaya a practicar el examen requerido por la accionante. Estas actuaciones deberán adelantarse sin dilaciones ni omisiones injustificadas, siempre con la plena observancia y acatamiento de los requisitos normativos y procedimientos establecidos, y teniendo como finalidad última la prestación del servicio médico solicitado, a la mayor brevedad posible.”

18 Las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud así lo contemplan (Ley 100

de 1993; Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud —hoy de la Protección Social—), tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en varias sentencias, entre ellas T-1096 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-764 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería), T-111 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). De acuerdo con el quinto inciso del artículo 174 de la Ley 100 de 1993 “[l]a oferta pública de servicios de salud, organizada por niveles de complejidad y por niveles territoriales, contribuye a la realización de los propósitos del sistema general de seguridad social en salud, a su organización y a su adecuado funcionamiento.” Esta posición fue reiterada por el legislador en la Ley 715 de 2001 al ordenar: “Artículo 54.— Organización y consolidación de redes. El servicio de salud a nivel territorial deberá prestarse mediante la integración de redes que permitan la articulación de las unidades prestadoras de servicios de salud, la utilización adecuada de la oferta en salud y la racionalización del costo de las atenciones en beneficio de la población, así como la optimización de la infraestructura que la soporta. || La red de servicios de salud se organizará por grados de complejidad relacionados entre sí mediante un sistema de referencia y contrarreferencia que provea las normas técnicas y administrativas con el fin de prestar al usuario servicios de salud acordes con sus necesidades, atendiendo los requerimientos de eficiencia y oportunidad, de acuerdo con la reglamentación que para tales efectos expida el Ministerio de Salud.

19 En la sentencia T-729 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil), en un caso en el que se ordenó a una entidad prestadora del servicio de salud que informara al actor de las posibilidades que para la atención de su salud se derivan del régimen contemplado en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, también se ordenó al Instituto Departamental de Salud de Nariño que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la sentencia, informara al señor EFREN DE JESÚS ZAMBRANO DE LA CRUZ qué entidades públicas o privadas de la ciudad de Pasto, que tengan contrato con el Estado estaban en capacidad de practicar el examen de TAC CRANEAL SIMPLE Y CONTRASTADO. De forma similar en la sentencia T-524/01 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) se ordenó a la Secretaría de Salud Pública de Tunja que informara al señor Florentino Monroy Guerrero, cuáles son las entidades públicas o privadas de la ciudad de Tunja que tienen contrato con el Estado y que estén en capacidad de practicarle el examen médico requerido.

20 La Corte ha dispuesto que: “(...) en tanto mecanismo de focalización del gasto social, el SISBEN no constituye un derecho prestacional per se. Sin embargo, el acceso a determinadas

prestaciones ha sido supeditado a que los eventuales beneficiarios hayan sido encuestados por el SISBEN y clasificados en alguno de sus niveles, motivo por el cual este mecanismo de focalización forma parte inescindible de los procedimientos por medio de los cuales el Estado distribuye bienes escasos. En esta medida, aquellas falencias que impidan o menoscaben el acceso de la ciudadanía al SISBEN, constituyen una vulneración del principio de igualdad en el proceso de asignación de bienes escasos". (Sentencia T-463 de 1999; MP Eduardo Cifuentes Muñoz). Esta jurisprudencia se ha reiterado en varias ocasiones, como por ejemplo la sentencia T-330 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil).

21 Para la jurisprudencia constitucional (sentencia T-274 de 2002; MP Rodrigo Escobar Gil), el juez constitucional no puede ordenar a la Administración que, en 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo afilie una persona al régimen subsidiado, pues ello implicaría coadministrar el trámite de afiliación al régimen subsidiado, lo cual contraría el principio de separación de poderes. No obstante, ello no impide al juez de tutela ordenar a la Administración que adelante las actuaciones correspondientes para afiliar al régimen subsidiado una persona que la propia Administración considera que tiene derecho a ser beneficiario de éste, en razón al nivel en que fue clasificado por la encuesta del Sisben. Así, en la sentencia T-1226 de 2003 (MP Manuel José Cepeda), la Corte ordenó "(...) a la Secretaría de Salud del Municipio de Barrancabermeja para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de[] fallo, una vez verifique la condición de salud del beneficiario, dé inicio a las diligencias pertinentes para la asignación de una A.R.S. al [accionante], teniendo en cuenta que se trata de una persona clasificada en el nivel I del SISBEN y que dada su circunstancia de debilidad manifiesta por su condición mental tiene derecho a una protección especial."

22 Corte Constitucional, sentencia C-130 de 2002 (MP Jaime Araujo Rentería). En este caso, a propósito del análisis de una demanda en contra de varias normas de la Ley 100 de 1993 (algunas expresiones de los artículos 157, 162, 182, 201, 205, 215, 219, 220 y 221), la Corte constitucional decidió que "[l]a diferencia existente entre los regímenes contributivo y subsidiado para efectos de la prestación del servicio de salud se encuentra plenamente justificada, es proporcional y razonable y, por ende, no quebranta el principio de igualdad."

24 Por ejemplo, en la sentencia T-1151 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis), la Corte señaló que “(...) la Secretaría de Salud de Medellín, (...) sí es la responsable en la prestación del servicio de salud de la población sisbenizada, y es a ella a quien le corresponde, en este caso, prestar el servicio de salud solicitado por el accionante, por ser un vinculado al Sistema General de Salud”. [En este caso se ordenó a la entidad territorial correspondiente la práctica del servicio médico solicitado (examen diagnóstico de carga viral) a una persona que solamente estaba ‘sisbenizada’.] Al respecto ver también, entre otras, las sentencias T-1304 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1224 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil).

25 En la sentencia T-1151 (MP Álvaro Tafur Galvis) la Corte ordenó “(...) a la Secretaría de Salud de Medellín que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del (...) fallo, [realizara] las gestiones pertinentes para [practicar al accionante], el examen [diagnóstico] de carga viral, ya sea directamente o a través de alguna entidad con la que tenga suscrito contrato para tal efecto (...).” Adicionalmente, señaló que a la Secretaría de Salud de Medellín le asiste el derecho de reclamar al FOSYGA los gastos asumidos en la realización de la prueba descrita, sólo en el evento de no disponer de recursos a los cuales pueda imputar legalmente dicha erogación.” [En este caso, la Corte reiteró la jurisprudencia sentada en la sentencia T-849 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra)] Similar solución adoptó la Corte en la sentencia T-1304 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) [En este caso, el accionante había sido sisbenizado en un nivel en el cual tenía derecho a recibir los servicios médicos contemplados en el régimen subsidiado, pero, posteriormente, había sido reclasificado en un nivel que no le daba derecho al subsidio, quedando adscrito al Sistema de Salud en calidad de ‘vinculado’.]

26 En tales términos reiteró su jurisprudencia la Corte en la sentencia T-549 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) [En este caso el médico tratante de la accionante consideró que es necesario practicar un examen diagnóstico (resonancia nuclear magnética simple con énfasis en los lóbulos temporales) para determinar el tratamiento de una afección grave de su salud (esclerosis mesial del hipocampo) contemplada dentro de los servicios del POSS, lo cual incide gravemente en la vida digna y en la integridad de la tutelante.] La sentencia T-549 de 2004 reiteró, especialmente, la sentencia T-984 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

27 Sobre el derecho al diagnóstico como parte del derecho a la salud ver, entre otras, las

siguientes sentencias: T-260 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-185 (MP Alfredo Beltrán Sierra) de 2004; T-1111 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-1015 (MP Eduardo Montealegre Lynett) de 2003; T-845 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-627 (MP Álvaro Tafur Galvis) de 2002; T-289 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-366 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

28 Corte Constitucional, sentencia T-053 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

29 En la sentencia T-1266 de 2001 (Alfredo Beltrán Sierra) la Corte ordenó “(...) al Director Seccional de Salud de Antioquia, o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de [la] sentencia, le informe a la demandante cuándo se le realizará la endoscopia digestiva que requiere; si la Dirección Seccional, asume directamente todo lo relativo a la intervención o cuál institución hospitalaria pública lo hará, o si la intervención la realizará una de aquellas instituciones hospitalarias con las cuales la Dirección Seccional tiene suscrito el correspondiente contrato. En fin, a la demandante, se le suministrará toda la información que requiere y se le proporcionarán los medios para que efectivamente se lleve a cabo el examen medico objeto de esta tutela.”

30 Es preciso señalar que esta decisión de impartir órdenes relacionadas con el cumplimiento de los deberes legales propios de una entidad que no fue parte del proceso, la cual ha sido adoptada en el pasado por la jurisprudencia constitucional, no implica un desconocimiento del derecho a la defensa, pues como se indicó, “a dichas autoridades no se les ha declarado responsables de la violación o la amenaza directa de los derechos”. En la sentencia T-397 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional dirigió órdenes a autoridades que no fueron partes del proceso de tutela de la referencia, pues consideró que es parte de su competencia “(...) adoptar todas las medidas necesarias para restablecer los derechos constitucionales vulnerados o amenazados en situaciones concretas, especialmente teniendo en cuenta que a dichas autoridades no se les ha declarado responsables de la violación o amenaza directa de los derechos protegidos, por lo cual no es necesario garantizar su derecho de defensa en calidad estricta de “partes procesales” para efectos de impartirles una orden de imperativo cumplimiento. Ello encuentra un sustento adicional en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991, en virtud del cual quien haga uso de la acción de tutela para proteger derechos fundamentales no está obligado a indicar de manera puntual y exacta, en su demanda, las autoridades contra quienes se dirige su petición de amparo - lo cual ratifica

las facultades amplias del juez constitucional para disponer cuáles autoridades deben prestar su concurso para la preservación de derechos fundamentales en casos concretos, siempre que tengan competencia para prestarlo en las circunstancias del caso.” Esta jurisprudencia fue reiterada, en el contexto de la defensa de los derechos a la seguridad social, en la sentencia T-1095 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).