

Sentencia T-863/07

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos/AGENCIA OFICIOSA-Legitimidad e interés

ENTIDADES TERRITORIALES-Prestación del servicio de salud del régimen subsidiado

ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedencia para proteger derecho a la salud

ACCION DE TUTELA-Inaplicación del artículo 31 del Decreto 806 de 1998

Referencia: expediente T-1683182

Accionante: Aldemar Baena.

Accionados: Instituto Seccional de Salud del Quindío y la ARS Cafesalud.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre 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 de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Armenia y la Sala de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío, en relación con la acción de amparo constitucional instaurada por el ciudadano Aldemar Baena contra el Instituto Seccional de Salud del Quindío y la ARS Cafesalud.

I. ANTECEDENTES.

Los hechos que motivaron la interposición de la presente tutela se sintetizan en los términos que a continuación se exponen:

1. El señor Aldemar Baena, actuando en calidad de agente oficioso de su esposa, la señora Deyanira Castaño Vallejo, manifiesta que aquella es un persona de la tercera edad, con serios quebrantos de salud por la enfermedad de parkinson que padece, la cual le fue diagnosticada en junio de 2006.

2. La señora Castaño Vallejo se encuentra afiliada en el régimen subsidiado de salud y clasificada en el nivel II.

3. El 15 de enero de 2007 el médico tratante, ordenó a la señora Castaño el medicamento denominado Toxina Botulínica (Botox) para el tratamiento de la enfermedad que padece (Parkinson) pero las entidades accionadas han negado dicho medicamento en forma injustificada.

2. Fundamentos de la acción.

El demandante afirma que la determinación del Instituto Seccional de Salud del Quindío y de la ARS Cafesalud de no suministrarle el medicamento ordenado por el médico tratante a la señora Deyanira Castaño Vallejo vulnera sus derechos a la salud en conexidad con los derechos fundamentales a la vida, y a la dignidad humana, pues a pesar de encontrarse enferma no ha sido posible iniciar el tratamiento prescrito debido a la actitud negligente de las entidades accionadas.

3. Pretensiones del demandante.

El accionante solicita al juez de tutela que le sean amparados a la señora Deyanira Castaño Vallejo los derechos fundamentales invocados, de tal manera que le sea suministrado el medicamento denominado Toxina Botulínica (Botox) ordenada por el médico tratante.

4. Oposición a la demanda de tutela.

Dentro del trámite de la primera instancia, se decidió correr traslado al Instituto Seccional de Salud del Quindío y a la ARS Cafesalud y vincular al Ministerio de la Protección Social, quienes se pronunciaron respecto de la demanda de tutela en los siguientes términos:

4.1. La Directora del Instituto Seccional de Salud del Quindío, se pronunció dentro del proceso de la referencia, solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda, con

fundamento en las siguientes razones:

-Afirma que el medicamento solicitado no se encuentra dentro del POS. Sin embargo, advierte, que la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas en el Plan Obligatorio de Salud puede vulnerar derechos fundamentales, razón por la cual, la Corte Constitucional ha inaplicado la normatividad que excluye el tratamiento, medicamento o examen diagnóstico requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de dichos derechos.

-Sostiene que en caso de necesitarse un tratamiento, medicamento o examen diagnóstico excluido del POS, la EPS se encuentra obligada a prestar el servicio, teniendo la facultad para repetir contra el FOSYGA en aras de preservar el equilibrio financiero del sistema.

-Bajo este contexto concluye que, la ARS Cafesalud debe suministrar el medicamento denominado toxina botulínica a la señora Deyanira Castaño Vallejo y hacer el respectivo recobro al FOSYGA.

4.2. La Directora Regional de la ARS Cafesalud, actuando en representación de la entidad accionada, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

- La señora Deyanira Castaño Vallejo, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado a través de CAFESALUD ARS, en calidad de beneficiaria desde el 14 de octubre de 2003.

-A la señora Castaño Vallejo se le diagnosticó Parkinson y le fue ordenado el suministro de una ampolla de Toxina Botulínica (Botox).

-De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 72 de 1997, la patología que presenta la paciente solamente se encuentra amparada por el Plan Obligatorio de Salud el Régimen Subsidiado, en el primer nivel de atención (medicina general), por lo tanto la consulta especializada y las órdenes que de ella se deriven deben ser atendidas con los recursos de la oferta a través de la Dirección Territorial de Salud del Quindío.

-Por lo anterior, la responsabilidad de este tipo de atenciones debe ser trasladada a la Dirección Territorial de Salud del Quindío, según lo estipulado en el Decreto 806 de 1988 con

cargo a los recursos del subsidio a la oferta y no a la ARS.

4.3. Por su parte, la Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, frente al asunto que se examina solicitó:

Que se excluya a la Nación, Ministerio de la Protección Social, Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- porque la entidad responsable para el suministro de los medicamentos no incluidos en el POS-S, es la entidad territorial respectiva, con los recursos del Sistema General de Participaciones para la población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidios a la demanda de conformidad con las competencias establecidas en la Ley 10 de 1990 y la Ley 715 de 2001 y a partir del concepto del Comité Técnico Científico tal y como lo establece la Resolución 2948 de 2003.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

1. Primera Instancia.

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Armenia, mediante sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil siete (2007), resolvió conceder el amparo solicitado, al considerar que en este caso se cumplen con los criterios señalados por la Corte Constitucional para inaplicar por vía de acción de tutela las normas de exclusión establecidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado POS-S.

En relación con las dos alternativas con que cuenta el juez de tutela para proteger efectivamente los derechos fundamentales de aquél que solicita el amparo, es decir, o bien ordenar a la ARS que realice la intervención o suministre los medicamentos, autorizándola para que repita contra el FOSYGA o que coordine con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que se demanda, el a quo eligió en este caso la primera opción dadas las condiciones en las que se encuentra la señora Castaño Vallejo debido a la enfermedad que padece.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a la Directora de la ARS Cafesalud que, en el término de las 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo suministre a la señora Deyanira Castaño Vallejo el medicamento Toxina Botulínica en la forma, cantidad y por el

tiempo indicado por el médico tratante y el tratamiento integral e indivisible frente la patología denominada Parkinson que padece la paciente. Finalmente autoriza a la ARS a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-.

2. Impugnación.

El 14 de mayo de 2007, la ARS Cafesalud impugnó la sentencia del Juez Segundo del Circuito Administrativo de Armenia con fundamento en los siguientes argumentos:

-En este caso, no se cumple con dos de los presupuestos fijados por la Corte Constitucional para inaplicar las normas de exclusión establecidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, concretamente aquellas que tiene que ver con la imposibilidad de sustituir el medicamento o procedimiento por otro incluido en el POS-S y la acreditación de la falta de capacidad económica del paciente para asumir el costo del medicamento que requiere.

-El juez de tutela no puede imponer a la entidad la carga de asumir un tratamiento integral conformado por prestaciones futuras e inciertas frente a las cuales no existe la posibilidad de examinar si se cumplen o no con los requisitos previstos por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.

-Es a la Dirección Territorial del Quindío a quien le corresponde el suministro del medicamento formulado a la accionante, pues está excluido del POS-S.

La Sala de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío, mediante Sentencia del 7 de junio de 2007, decidió revocar el fallo del a quo porque: "... no hubo acreditación o manifestación alguna de la absoluta imposibilidad de la señora Castaño Vallejo de promover su propia defensa, pues si bien no desconoce esta Corporación el significativo deterioro en la salud que produce el mal de Parkinson que aquella padece, esta circunstancia no desminuye sus capacidades mentales y no impide, prima facie, que pueda desplazarse con la ayuda de otra persona. Aunado a lo anterior y según constancia secretarial visible a folio 5 de cuaderno de segunda instancia, a la consulta telefónica efectuada por este Tribunal, personalmente la señora Deyanira manifestó que pese a sus quebrantos de salud se encuentra en condiciones de acudir a este Despacho judicial si fuere necesario".

4. Material probatorio relevante en este caso.

Dentro del expediente contentivo de la presente acción de tutela, se encuentran como pruebas relevantes, las siguientes:

a. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Deyanira Castaño Vallejo.

a. Fotocopia del carné de afiliación del señora Deyanira Castaño Vallejo a la entidad ARS Cafesalud

a. Copia de la Solicitud y Justificación Médica para Medicamento No POS suscrita por el Neurólogo Oscar Carvajal Mejía en el caso de la señora Deyanira Castaño Vallejo.

a. Informe de la visita domiciliaria efectuada a la señora Deyanira Castaño Vallejo por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Quindío donde se afirma en relación con la vivienda donde habitan los señores Baena y Castaño, la composición del núcleo familiar y la capacidad económica lo siguiente:

“[la vivienda] se encuentra ubicada en la parte Sur de la ciudad, clase baja y se estableció por medio de los recibos de servicios públicos que el inmueble corresponde a un estrato 1 bajo-bajo, el núcleo familiar está compuesto por la accionante (SIC) DEYANIRA CASTAÑO de 64 años (SIC)1, ama de casa y su esposo ALDEMAR BAENA de 63 años, vendedor ambulante.

La obligación del hogar es adquirida por el señor ALDEMAR BAENA, el percibe ingresos aproximadamente de \$200.000 mensuales, producto de la venta de dulces en una chaza.”

(...)

“Es de anotar que la vivienda es de dos plantas, en la primera vive la accionante (SIC) con su esposo, y en la segunda vive su hija JULIETH BAENA, y es quien paga todo lo relacionado con los servicios públicos, lo que gana el señor BAENA, es prácticamente para la alimentación”.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. Competencia.

A través de esta Sala, la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos en el 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 con la situación fáctica planteada y los fallos de instancia, corresponde a la Sala determinar preliminarmente si existe legitimación en la causa por activa para interponer acción de tutela por parte del señor Aldemar Baena a nombre de la señora Deyanira Castaño Vallejo. Sólo en el caso en el que exista dicha legitimación se estudiará el fondo del asunto, es decir, se establecerá si los derechos fundamentales de un afiliado al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, que necesita un medicamento especializado para su recuperación, resultan vulnerados cuando la Administradora del Régimen Subsidiado -ARS- a la que se encuentra vinculado, se niega a suministrarlos aduciendo que está excluidos del POS-S.

3. Legitimación en la causa por activa en las acciones de tutela.

De conformidad con el artículo 86 Superior “Toda Persona” puede recurrir a la acción de tutela “para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. (Negrilla fuera de texto)

De igual forma, el Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” consagra en los artículos 1º, 10, 46 y

49 que la solicitud de amparo constitucional puede ser presentada por cualquier persona que encuentre vulnerados sus derechos fundamentales, bien sea (i) por sí misma; (ii) a través de representante; (iii) apoderado; o (iv) por medio de la agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no esté en condiciones de promover su propia defensa. Así mismo, pueden interponer acción de tutela los defensores del pueblo y los personeros municipales.

En efecto, el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991 dispone que “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en las casos que señale este Decreto²”. (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 10 de la mencionada disposición jurídica consagra que la “acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera 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 defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”. (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, el artículo 46 del citado decreto sostiene que el Defensor del Pueblo está legitimado, “sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión”. Y el 49 del mencionado decreto dispone que en cada municipio “el Personero en su calidad de Defensor en la respectiva entidad territorial podrá, por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente”.

Para lo que interesa a la presenta causa, en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 se consagró que “También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra,

deberá manifestarse en la solicitud”. (Resaltado fuera del texto original).

Sobre el particular, la Corte en sentencia T-172 de 20073, precisó que la agencia oficiosa en materia de tutela debe reunir dos requisitos mínimos de procedibilidad: “i) la manifestación expresa por parte del agente en relación de estar actuando a nombre del agenciado; y ii) la aportación de prueba, sumaria siquiera, de que el agenciado se encuentra en incapacidad de interponer por sí mismo la acción⁴”.

Respecto del primer requisito, se indicó que se excluye la consagración de “fórmulas sacramentales y que basta con que se infiera del contenido del líbello petitorio que se obra en la calidad de agente para que se entienda surtido dicho requisito⁵”, dado el carácter informal de la acción de tutela.

Frente al segundo presupuesto, se manifestó en dicha providencia que “la prueba de la incapacidad del titular del derecho debe existir y tener siquiera carácter sumario. La incapacidad a la que se hace referencia cuando de agencia oficiosa se trata, desborda la concepción tradicional de la misma (referida a minoría de edad o alienación mental) y se extiende a la incapacidad física del legítimo titular del derecho para iniciar por sí mismo la demanda”.

Recientemente, este Tribunal en sentencia T-301 de 20076, en relación con la figura de la agencia oficiosa, señaló lo siguiente:

“Es decir, a fin de garantizar la protección y eficacia de los derechos fundamentales del agenciado, la ley y la jurisprudencia admiten la interposición de la acción de tutela a través de un tercero indeterminado⁷ que actúe en a su favor, sin la mediación de poderes.

4.7 En este sentido, la Corte ha reiterado que la presentación de la solicitud de amparo a través de agente oficioso, tiene lugar cuando: (i) el agente oficioso manifiesta actuar en tal sentido; y, (ii) de los hechos y circunstancias que fundamentan la acción, se infiere que el titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden su interposición directa.⁸

4.8 Adicionalmente, la Corte ha precisado que, en todo caso, el cumplimiento de las condiciones normativas y jurisprudenciales para el ejercicio legítimo de la agencia oficiosa en

materia de tutela, deben ser valoradas por el juez constitucional a la luz de las circunstancias particulares del caso puesto a su consideración.⁹”

De lo anteriormente expuesto se concluye que, en materia de acción de tutela, la posibilidad de agenciar derechos ajenos, a través de la agencia oficiosa, (de conformidad con los requisitos contemplados por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, ya citado), “debe ser examinada según las características propias y los derechos fundamentales involucrados en cada caso concreto”¹⁰.

Para la Sala, el juez de segunda instancia no garantizó la efectividad de los derechos a la salud en conexidad con los derechos fundamentales a la vida, y a la dignidad humana de la señora Castaño Vallejo por encima de formalidades externas, al denegar las pretensiones de la demanda, bajo el argumento según el cual en el presente caso no existió acreditación de la absoluta imposibilidad de la paciente de promover su propia defensa con fundamento en la manifestación de aquella en el sentido que pese a sus quebrantos de salud se encontraba en condiciones de acudir a dicho despacho judicial si fuere necesario, porque no desplegó ninguna actividad tendiente a reafirmar la relación de los hechos que dieron lugar a la petición de amparo y ratificar si era su voluntad continuar con el proceso iniciado.

En el caso sub examine, para la Sala la legitimación del señor Aldemar Baena se encuentra plenamente acreditada, por una parte, porque el estado de salud de la señora Deyanira Castaño Vallejo, a partir de la lesión articular cervical que padece según su médico tratante¹¹, sí le impide actuar en defensa de sus derechos fundamentales.

Lo anterior, no obstante que la señora Castaño Vallejo con el propósito que no se siguieran perpetrando los actos violatorios de sus derechos fundamentales hubiera manifestado al juez de segunda instancia que “pese a sus quebrantos de salud se encuentra en condiciones de acudir a este Despacho judicial si fuere necesario”(Subrayado fuera del texto original), ello si se tiene en cuenta además, que la paciente según su neurólogo tratante no ha respondido al tratamiento sistémico que se le ha brindado y por la otra, porque el agente oficioso explícitamente manifiesta la condición en la que actúa sin que demuestre que persigue su propio beneficio o interés.

Recuérdese que este Tribunal en forma enfática ha sostenido que a los jueces de tutela, les asiste la obligación de “llevar a cabo una defensa cabal, adecuada y oportuna de los valores,

principios y derechos constitucionales, la cual no sería posible si la agencia oficiosa, en materia de tutela, se rigiera por reglas inflexibles que no respondieran a las particularidades de cada situación concreta”¹².

4. De los servicios de salud que no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S.

Según lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 parágrafo 1°, mientras se logra la unificación de los servicios del POS-S del régimen subsidiado, con aquellos del POS del régimen contributivo, los servicios hospitalarios de mayor complejidad deben ser prestados por los hospitales públicos del sector oficial y por los hospitales privados con los cuales se haya suscrito contrato de prestación de servicios.

En armonía con la disposición anteriormente mencionada, el Decreto 806 de 1998, “por el que se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional” consagró en el artículo 31, que los usuarios cuya capacidad de pago sea insuficiente para asumir los costos para la prestación de los servicios no cubiertos por el POS-S, podrán acudir a las instituciones públicas o a aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de prestarles atención de conformidad con la capacidad de oferta.

Igualmente, el artículo 49 de la ley 715 de 2001 estableció, que con el fin de garantizar la cobertura del servicio de salud a la población pobre, en lo no cubierto por los subsidios a la demandada, (es decir todos aquellos servicios y procedimientos que se encuentren por fuera del POS-S), el sistema se nutre de recursos adicionales, a través de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones a los que se le deben restar los recursos liquidados para garantizar la financiación a la población pobre mediante subsidios a la demanda y los recursos dirigidos a financiar acciones de salud pública definidas como prioritarias por el Ministerio de Salud¹³.

Ahora bien, según la normatividad mencionada, la financiación del tratamiento, procedimiento o medicamento correrá por cuenta del Municipio, de los Distritos o de los Departamentos dependiendo del grado de complejidad (baja, media o alta) de aquellos.

Esta garantía de prestación del servicio para la población pobre, responde a los propósitos establecidos en Ley 715 de 2001 de alcanzar una cobertura total en salud de dicha población con cargo a los recursos del subsidio a la oferta de la entidad territorial correspondiente.

En conclusión, todos aquellos servicios y procedimientos que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (es decir, lo no cubierto por los subsidios a la demanda), deberán ser cubiertos por los entes territoriales correspondientes, de conformidad con el nivel de complejidad de los mismos, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.

5. Inaplicación de las normas de exclusión establecidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POS-S. Reglas jurisprudenciales.

5.1. Si bien la jurisprudencia ha establecido que la acción de tutela es procedente para solicitar la protección del derecho a la salud en aquellos eventos en que se encuentra en conexidad con otro u otros derechos fundamentales, tales como la vida o a la integridad personal, dicha protección exige la verificación y el cumplimiento de un conjunto de presupuestos señalados en la jurisprudencia constitucional para permitir la viabilidad de la acción de tutela ante la negativa de una entidad encargada de la prestación del servicio de salud de brindar la atención médica requerida¹⁴, derivada de las exclusiones que frente a sus servicios se prevén en el POS-S.

Así, para que proceda la protección tutelar del derecho a la salud es necesario que previamente se establezca:

“1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS-S -Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado.

2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, ‘siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente’¹⁵.

3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario.”¹⁶

Bajo este contexto, en aquellos eventos en que la falta del procedimiento médico o de los medicamentos que necesita el paciente pueda llegar a generar un detrimento en la salud del mismo, al punto que le impida asegurar la efectividad de sus derechos de carácter fundamental -como lo son la vida, la integridad personal o a la dignidad humana- a la entidad que presta el servicio público de salud le asiste la obligación de hacer efectiva su realización con el fin de evitar el quebrantamiento de las citadas garantías constitucionales.

Para ello, es indispensable que la persona que solicita la práctica de un tratamiento médico o el suministro de un medicamento que no se encuentra dentro de la cobertura del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S, realmente no pueda sufragar el costo de tales procedimientos y que además no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud. No obstante, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido una presunción en el sentido de que, en aquellos eventos en que el afectado es una persona que se encuentra inscrita en el régimen subsidiado de salud y que ha sido clasificada por la encuesta SISBEN, se puede inferir que ella carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los tratamientos, procedimientos, cirugías o medicamentos que le hayan sido prescritos por el médico tratante de la administradora del régimen subsidiado a la que se encuentre afiliado¹⁷. Sin embargo, dicha presunción puede ser desvirtuada, siempre que se demuestre que el usuario del sistema cuenta con la capacidad económica para sufragar el servicio médico que solicita.

Finalmente, y en relación con el último de los requisitos señalados, la Corte Constitucional ha establecido que es necesario que los tratamientos, medicamentos, intervenciones o procedimientos, hayan sido prescritos u ordenados por un médico adscrito a la entidad encargada de la prestación de los servicios de salud, de lo contrario, ésta no tendría ninguna obligación de proporcionar el servicio médico requerido¹⁸.

5.2. Ahora bien, una vez acreditado el cumplimiento de los mencionados presupuestos, la jurisprudencia ha señalado que el juez de tutela tiene dos alternativas posibles para proteger efectivamente los derechos fundamentales de aquél que solicita el amparo, de conformidad con las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud:

La posibilidad de repetir contra la Secretaría de Salud Departamental o Distrital, -según el caso- encuentra fundamento en lo establecido en los artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001, los cuales se refieren a las competencias de los departamentos y distritos en materia de salud. En efecto, las normas señaladas consagran como una de las funciones de estas entidades territoriales, la de gestionar la prestación de los servicios de salud en lo no cubierto con subsidios a la demanda mediante instituciones prestadoras del servicio de salud públicas o privadas, y la de financiar directamente con recursos propios la prestación de dichos servicios a la población más pobre. Finalmente, resulta importante anotar que, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 214 de la Ley 100 de 1993, los recursos que destinen las direcciones seccionales, distritales y locales de salud al régimen de subsidios en salud se manejan como una cuenta especial aparte del resto de recursos dentro del respectivo fondo seccional, distrital y local.

ii) Por otra parte, el juez puede ordenar a la administradora del régimen subsidiado que coordine 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, en vez de ordenar la gestión directa por parte de la A.R.S.

Con base en los criterios expuestos, entra la Corte a pronunciarse sobre el amparo solicitado en el caso concreto.

6. Caso concreto.

El señor Aldemar Baena, actuando en calidad de agente oficioso de su esposa, la señora Deyanira Castaño Vallejo instauró la presente acción por considerar vulnerado su derecho a la salud en conexidad con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana, como consecuencia de la negativa de la ARS Cafesalud y del Instituto Seccional de Salud del Quindío de suministrarle el medicamento Toxina Botulínica (Botox) el cual forman parte del tratamiento de la enfermedad que padece (Parkinson).

La ARS Cafesalud manifiesta que le corresponde al Instituto Seccional de Salud del Quindío el suministro del medicamento que requiere la señora Castaño Vallejo de conformidad con el Decreto 806 de 1998.

Por su parte, el Instituto Seccional de Salud del Quindío señala que la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas en el Plan Obligatorio de Salud puede vulnerar derechos fundamentales, razón por la cual, en determinados casos es necesario inaplicar la normatividad que excluye el tratamiento, medicamento o examen diagnóstico requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de dichos derechos.

Bajo este contexto concluye que, la ARS Cafesalud debe suministrar a la señora Deyanira Castaño Vallejo el medicamento denominado toxina botulínica y hacer el respectivo recobro al FOSYGA.

Finalmente, el Ministerio de la Protección Social solicita que se le excluya como sujeto pasivo de la presente acción de tutela porque el suministro del medicamento que requiere la señora Deyanira Castaño es responsabilidad de las entidades territoriales con cargo a los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones para la población no cubierta con los subsidios a la demanda.

Tal y como se estableció en el aparte de consideraciones generales de la presente providencia, la solución del problema jurídico aquí planteado exige la verificación del cumplimiento de las reglas de procedibilidad de la acción de tutela en estos casos. Así las cosas y teniendo en cuenta los criterios que la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades para inaplicar por vía de acción de tutela las exclusiones consagradas en la normatividad vigente, esta Sala concluye que en el presente caso se reúnen los referidos criterios, tal como se pasa a establecer.

- En primer lugar, es claro que el no suministro de los medicamentos solicitados por la señora Castaño Vallejo comporta una vulneración de sus derechos a la salud en conexidad con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal, situación que resulta manifiesta si se tiene en cuenta la penosa enfermedad que ella padece (Parkinson).

- Segundo, en el expediente no obra ninguna prueba o manifestación por parte de la entidad accionada que acredite que los medicamentos solicitados pueden ser sustituidos por otros que sí se encuentren cubiertos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S. En el escrito de impugnación si bien la accionada hace referencia que no se cumple con este requisito no sugiere otro medicamento para el tratamiento de la enfermedad que padece la paciente. De ahí que sea posible establecer que tales alternativas no le fueron sugeridas a la señora Castaño por su médico tratante.

- Con relación a la falta de capacidad económica de la paciente tal y como se expuso con anterioridad, la jurisprudencia constitucional ha establecido una presunción en el caso de las personas que pertenecen al régimen subsidiado y que han sido clasificados por la encuesta SISBEN, por lo que, en estos eventos, las condiciones descritas permiten presumir que la señora Deyanira Castaño Vallejo no cuenta con los recursos suficientes para sufragar por sí misma el costo de los medicamentos que solicita.

En el expediente contentivo de la presente acción se encuentra copia del carné de afiliación que acredita que la señora Castaño fue clasificada en el estrato socioeconómico No. 2; ello permite presumir que no cuenta con recursos económicos para cubrir el valor de los medicamentos que le han sido formulados por el médico tratante de la ARS a la que se encuentra afiliada, presunción que en el caso en estudio no fue desvirtuada ni controvertida por la entidad accionada, pues aquella sólo se limitó a afirmar en el escrito de impugnación que no se cumplía en este caso con este presupuesto sin allegar al proceso ningún elemento de juicio que demostrara lo contrario.

-Finalmente, y en cuanto a la exigencia de que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la entidad demandada, encuentra la Sala que éste requisito sí se cumple porque la entidad demandada no adujo ningún argumento en ese sentido.

De lo expuesto, resulta evidente que en el presente caso se encuentra debidamente acreditado el cumplimiento de las condiciones exigidas por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida y a la salud de la señora Deyanira Castaño Vallejo.

Ahora bien, resta por examinar a quién le corresponde el suministro del medicamento requerido por la señora Castaño. Para ello, es necesario hacer referencia a las obligaciones

que se han impuesto a las entidades territoriales en relación con los servicios prescritos por el médico tratante de una ARS cuando no se encuentran incluidos en el POS-S.

Al respecto, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante Acuerdo 244 del 2003, dispuso lo siguiente:

“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”.

En virtud de lo anterior y de conformidad con lo explicado en el numeral 5 del capítulo IV de la parte considerativa de esta providencia, es a las entidades territoriales a las que les corresponde cubrir los servicios que no se encuentren incluidos en el POS-S.

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación en casos en los cuales una persona afiliada al régimen subsidiado en salud requiera de servicios excluidos del POS-S ha inaplicado las normas que determinan la responsabilidad directa de las entidades territoriales, para que sea directamente la ARS la que entre a cubrirlos, con derecho a repetir contra dichas entidades 19, bajo el supuesto de protección de los derechos fundamentales a sujetos que, de conformidad con la Constitución Política, son sujetos de especial protección constitucional²⁰.

Ahora bien, aplicando estos antecedentes jurisprudenciales al caso concreto, la Sala observa que la accionante es una persona de 71 años, que padece de la enfermedad de Parkinson y, adicionalmente, no cuenta con capacidad económica suficiente. Estas circunstancias hacen evidente la grave situación por la que atraviesa la señora Castaño Vallejo y, en consecuencia, la Sala estima que se le debe dar una protección especial a su derecho

fundamental a la salud en conexidad con la vida.

Por lo anterior, la Sala considera que debe ser inaplicada la norma que ordena a las entidades territoriales cubrir los servicios que se encuentren excluidos en el POS-S (artículo 31 del Decreto 806 de 1998)²¹, y en consecuencia, ordenará que sea directamente la ARS la que entregue el medicamento y adelante los procedimientos que sean necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece la accionante, pudiendo repetir, en todo caso, contra el Departamento del Quindío por los costos en que incurra.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 7 de junio de 2007, proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío que a su vez revocó la sentencia del 8 de mayo de 2007 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Armenia. En su lugar, tutelar los derechos a la salud en conexidad con el derecho a la vida de la señora Deyanira Castaño Vallejo.

SEGUNDO.- INAPLICAR el artículo 31 del Decreto 806 de 1998.

TERCERO.- ORDENAR a la ARS Cafesalud que dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, suministre el medicamento Toxina Botulínica (Botox) a la señora Deyanira Castaño Vallejo y adelante los procedimientos que sean necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece la paciente.

CUARTO.- AUTORIZAR a la ARS Cafesalud, para que repita por el costo del medicamento ordenado, contra el Instituto Seccional de Salud del Quindío.

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

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 Aparte subrayados declarado EXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-018 de 1993, MP. Alejandro Martínez Martínez.

3 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

4 Ver Sentencias T-342/04, T-294/04, T-061/04, T-531/02, T-1224/00, entre otras.

5 Ver T-232 de 2004. MP. Álvaro Tafur Gálvis.

6 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

7 Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que el ejercicio de la agencia oficiosa, no implica la existencia de un vínculo formal, de filiación o parentesco entre el agenciado y su agente. En la sentencia T-542 de 2006, la Corte afirmó: “En efecto, es del caso destacar que el parentesco no constituye per sé un fundamento suficiente para justificar la agencia de derechos ajenos. De manera específica, en casos en los que una madre pretende representar a su hijo mayor de edad sin sustentar claramente el impedimento de éste para interponer la tutela, la Corte ha negado la protección de los derechos invocados.” En el

mismo sentido, se puede consultar la sentencia T-041 de 1996.

8 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-623 de 2005, T-693 de 2004, T-659 de 2004, T-294 de 2004, T-452 de 2001 y SU-706 de 1996.

9 Cfr. Sentencias T-573 de 2001 y T-452 de 2001.

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

11 Dicha manifestación se encuentra en la copia de la Solicitud y Justificación Médica para Medicamentos no POS.

12 Ibid.

13 Véase, Sentencia T-506 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

14 Sobre el tema pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias T-1138 de 2005 y T-001 de 2006, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

15 Véase, Sentencia T-406 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

16 Véase, Sentencia T-1213 de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

17 Véanse, entre otras, las Sentencias T-956 de 2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; T-410 de 2002 y T-287 de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

18 Al respecto, ver entre otras las Sentencias T-256 de 2002 y T-350 de 2002 y T-1125 de 2002.

19 Al respecto se pueden examinar la sentencia T-452 de 2001; citada en la T-1022 de 2005

20 Al respecto se puede consultar la Sentencia T-557 de 2006.

21 Decreto 806 de 1998

“ARTICULO 31. PRESTACION DE SERVICIOS NO CUBIERTOS POR EL POS SUBSIDIADO. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes”.