

Sentencia T-405/14

Referencia: expediente T-4.262.687

Acción de tutela interpuesta por Ana Elvira Sánchez en calidad de agente oficiosa de José Raúl Barrero Vargas contra Famisanar E.P.S.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ANDRÉS MUTIS VANEGAS, JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB y, quien la preside, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución, así como 33 y concordantes del Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión del fallo de única instancia proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Ana Elvira Sánchez, actuando en calidad de agente oficiosa de José Raúl Barrero Vargas, interpuso acción de tutela en contra de FAMISANAR E.P.S, por considerar vulnerados los derechos fundamentales de su esposo a la vida digna y a la salud, según los siguientes

1. Hechos:

- 1.1. El señor José Raúl Barrero Vargas se encuentra afiliado a la E.P.S. FAMISANAR, en calidad de beneficiario. Padece una enfermedad llamada "*Trastorno del pánico, tipo Agorafobia*", por lo cual no ha podido salir de su residencia en 12 años.
- 1.2. Según la valoración de un médico adscrito a Home Medical Service S.A.S. que atendió al señor José Raúl Barrero Vargas en su domicilio, este necesita "*atención domiciliaria urgente por psiquiatría, para iniciar el tratamiento que requiere para mejorar su salud*".

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

- 1.3. El señor Raúl Barrero Vargas siente pánico de salir a la calle y por esta razón no ha podido acudir al médico adscrito a su E.P.S para obtener la respectiva valoración psicológica.
- 1.4. Afirma la señora Ana Elvira Sánchez que en varias oportunidades a solicitado a la E.P.S. accionada que envíen un psiquiatra a su domicilio con el fin de tratar a su esposo, sin embargo siempre ha obtenido una respuesta negativa por parte de FAMISANAR.
- 1.5. Igualmente manifiesta que es necesario que la entidad accionada no solo preste la atención siquiátrica domiciliaria al señor José Raúl Barrero Vargas, sino el tratamiento integral necesario para recuperar sus condiciones básicas mentales.
- 1.6. Por la situación anteriormente referida la señora Ana Elvira Sánchez instauró acción de tutela con la pretensión de que se protejan los derechos fundamentales de su esposo a la vida digna y a la salud, y en consecuencia se ordene a FAMISANAR E.P.S. brindar la atención psicológica domiciliaria, al igual que el tratamiento integral requerido.

2. Actuaciones del juez de única instancia.

Mediante auto de 15 de noviembre de 2013, el Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá decidió admitir la acción de tutela y vincular a FAMISANAR E.P.S, Home Medical Service SAS y al Ministerio de Salud y de la Protección Social para que se pronunciaran sobre los hechos de la tutela.

3. Respuesta de las entidades accionadas.

3.1. A través de oficio 4824, el director jurídico del Ministerio de Salud y de la Protección Social manifestó por qué razones debía declararse al FOSYGA ajeno a la controversia suscitada. Declaró que los servicios solicitados a la E.P.S. estaban cubiertos en su totalidad por el acuerdo 029 de 2011, por lo cual consideró innecesario su vinculación al trámite. Así mismo solicitó al juez abstenerse de realizar pronunciamiento alguno en cuanto a la facultad de recobro ante el FOSYGA.

3.2. Por su parte la E.P.S FAMISANAR manifestó que en ningún momento ha negado la atención al señor José Raúl Barrero Vargas. Sin embargo, asevera que el servicio de psiquiatría domiciliaria no se encuentra dentro de los servicios domiciliarios prestados por las IPS contratados por su red de servicios, razón por la cual el accionante solo puede ser atendido presencialmente dentro de sus instalaciones físicas.

3.3. Home Medical Service SAS no allegó respuesta alguna al trámite tutelar.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- 4.1. Fórmula médica fechada el 26 de junio de 2013, por Home Medical Service S.A.S (folios 6 y 7, cuaderno 1).
- 4.2. Historia clínica “plan crónico”, elaborada por Home Medical Service S.A.S (folio 10, cuaderno 1).

5. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Decisión de única instancia

El Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia del 27 de noviembre de 2013, negó la solicitud de protección de los derechos a la vida digna y a la salud, manifestando que el juez constitucional no podía ordenar el referido tratamiento domiciliario en ausencia de una orden expresa librada por funcionarios de la EPS accionada.

Sin perjuicio de lo anterior el juzgado en la parte resolutive del fallo en cuestión: *“exhortó al grupo de médicos tratantes del señor JOSÈ RAÛL BARRERO VARGAS a fin de que con carácter prioritario evalúen y determinen de acuerdo a las patologías determinadas por el paciente si se hace indispensable el servicio de atención domiciliaria y las condiciones específicas de su prestación”*.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico.

Conforme a los antecedentes descritos, en el presente asunto la acción de tutela se presenta con el fin de amparar los derechos de un paciente que sufre de *“Trastorno del pánico, tipo Agorafobia”*, y requiere de atención domiciliaria urgente por psiquiatría; sin embargo la E.P.S FAMISANAR no ha iniciado los procedimientos requeridos, aduciendo: (i) que en ningún momento se le ha negado al señor José Raúl Barrero Vargas los servicios médicos; (ii) que de presentarse personalmente en sus instalaciones será valorado y, (iii) que el servicio de psiquiatría domiciliaria no se encuentra dentro de los servicios prestados por las IPS contratadas en su red de servicios.

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Por su parte el juez de instancia negó la protección de los derechos fundamentales invocados alegando que estos no fueron ordenados por el médico tratante vinculado a la E.P.S.

Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a la Corte dar solución a los siguientes problemas jurídicos:

¿Se desconocen los derechos fundamentales de un accionante cuando una EPS niega la valoración domiciliaria aduciendo que dicha prestación no se encuentra dentro de los servicios contratados por las IPS de su red?

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte abordará los siguientes asuntos: (i) legitimación en la causa cuando la tutela es presentada por un agente oficioso; (ii) el derecho fundamental a la salud; (iii) la validez del concepto emitido por un médico no adscrito a la EPS; (iv) principio de integralidad y accesibilidad respecto de las Empresas Promotoras de Salud, y (v) por último se abordará el caso concreto.

3. Legitimación en la causa cuando la tutela es presentada por un agente oficioso.

El artículo 86 de la Constitución establece la facultad que tiene *“toda persona para interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados”*. En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempló la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando *“el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa”*.

En este orden de ideas, la legitimación en la causa por activa para presentar la tutela se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de los representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv) planteando la existencia de una agencia oficiosa.

En sentencia T-531 de 2002 esta Corte estableció los elementos necesarios para que opere la última figura. Entre estos se destacan:

“(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos”.

En desarrollo de lo anterior, este tribunal recuerda lo señalado en la sentencia T-202 de 2008, en la cual se reiteró que la agencia oficiosa encuentra fundamento en el principio de solidaridad, ante “*la imposibilidad de defensa de la persona a cuyo nombre se actúa*”, agregando:

“El propósito de la misma consiste en evitar que, por la sola falta de legitimación para actuar, en cuanto no se pueda acreditar un interés directo, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante que pesa sobre ellos. Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del Derecho sustancial, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Carta.”

Es, por ello, una forma de lograr que opere el aparato judicial del Estado, aún sin la actividad de quien tiene un interés directo. Se trata de lograr la atención judicial del caso de quien actualmente no puede hacerse oír. Es en su interés que se consagra la posibilidad de que el Estado obre a partir de la solicitud del agente oficioso.”

Igualmente, si el juez de tutela encuentra una situación en la cual no es clara la configuración de la agencia oficiosa, tiene el deber de utilizar sus poderes constitucionales y legales para despejar cualquier incertidumbre. Debe recordarse que él es una pieza esencial en el engranaje del Estado Social de Derecho y, específicamente, en lo que toca a la efectividad de los derechos constitucionales¹.

En suma, la agencia oficiosa es una de las formas de legitimación por activa en la acción de tutela y se presenta cuando una persona actúa a través de otra como resultado de la incapacidad o imposibilidad que tiene la primera para solicitar la protección de los derechos invocados.

4. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social² y determina que la salud es un servicio público, de carácter esencial, a cargo del Estado³. Este tribunal ha desarrollado paulatinamente su naturaleza, alcance, y fundamentabilidad a través de su jurisprudencia, como se explicará sucintamente a continuación.

En un primer momento, se sostuvo la tesis de la improcedencia general de la acción de tutela para la protección de los derechos económicos, sociales y

¹ Sentencia T-301 de 2003.

² Constitución Política de Colombia, artículo 48.

³ Constitución Política de Colombia, artículo 49.

culturales. En este sentido, la sentencia T-406 de 1992 en uno de sus apartes expuso:

“Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una textura abierta, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales”⁴.

Sin embargo, la providencia anteriormente referida si bien estableció la imposibilidad *“prima facie”* de emplear la acción constitucional consagrada en el artículo 86 de la Carta para solicitar asistencias catalogadas como DESC, igualmente habilitó al juez constitucional para pronunciarse sobre el sentido y alcance de este tipo de derechos. Sobre este punto manifestó.

“La aceptación de la tutela para los derechos económicos, sociales y culturales, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental de acuerdo con los requisitos y criterios de distinción; sólo en estos casos, el Juez puede, en ausencia de pronunciamiento del legislador, y con el fin de adecuar una protección inmediata del derecho fundamental, pronunciarse sobre el sentido y alcance de la norma en el caso concreto y, si es necesario, solicitar la intervención de las autoridades competentes para que tenga lugar la prestación del Estado que ponga fin a la violación del derecho”⁵.

Posteriormente este tribunal modificó su jurisprudencia al postular la tesis de la conexidad de derechos. Ese desarrollo permitió amparar en determinados casos mediante la acción de tutela el derecho a la salud, atendiendo su correlación con la vida. En este sentido, la sentencia T-042 de 1996 expuso:

“Cuando se habla del derecho a la salud, no se está haciendo cosa distinta a identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida, y lo mismo ocurre cuando se refiere al derecho a la integridad física. Es decir, se trata de concreciones del derecho a la vida, mas no de bienes jurídicos desligados de la vida humana, porque su conexidad próxima es inminente. (...) así dentro de los derechos prestacionales económicos, de salud y de servicios complementarios que conforman el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, está íntimamente ligado al derecho a la vida⁶”.

⁴ Sentencia T-406 de 1992.

⁵ Ibídem.

⁶ Cfr. Sentencia T-042-96.

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Actualmente, la Corte Constitucional reconoce que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental. Esta posición fue asumida claramente en la sentencia T-016 de 2007 en los siguientes términos:

*“La fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”*

En desarrollo de lo anterior, recientemente la Corte mediante sentencia T-174 de 2013 reiteró el carácter de fundamental de este derecho al afirmar que: *“la fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del desarrollo de los principios y postulados consagrados en la Carta de derechos de 1991, los cuales han dejado atrás su indeterminación en virtud del desarrollo legislativo y la adhesión a diversos cuerpos normativos, legales y supra constitucionales, entre los que se destacan la Ley 100 de 1993, los Decretos que la reglamentan, el Acuerdo 29 de 2011 de la CRES⁷ y el Protocolo de Derechos Económicos Sociales y Culturales”*.

Cabe señalar que para esta corporación la salvaguarda del derecho fundamental a la salud se debe conceder conforme a los postulados de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social, expresamente consagrados en el artículo 49 superior.

Respecto del deber de hacer efectivos los principios desarrollados por la Carta y la ley 100 de 1993, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la protección del derecho a la salud mediante la acción de tutela garantiza el *“ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera”*⁸.

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala concluye que de conformidad a los reiterados precedentes de esta corporación y a la relectura de la noción de derechos humanos, actualmente la salud tiene el estatus de garantía fundamental autónoma.

5. La validez del concepto emitido por un médico no adscrito a la EPS. Reiteración de la jurisprudencia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el médico tratante es la persona idónea para determinar un tratamiento en salud. Además, por regla general, ha considerado que el concepto relevante frente a

⁷ Por medio del cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud.

⁸ Sentencias T-201 de 2009, T-654 de 2010, entre otras.

los tratamientos es el establecido por el galeno que se encuentra adscrito a la E.P.S. encargada de garantizar los servicios de cada persona.

Sin embargo, respecto de esta regla general se han establecido ciertas excepciones. En efecto, el concepto del médico tratante que no se encuentra adscrito a la EPS debe ser tenido en cuenta por dicha entidad siempre que se presenten ciertas circunstancias, entre estas se destacan:

- “(i) En los casos en los que se valoró inadecuadamente a la persona.*
- “(ii) Cuando el concepto del médico externo se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, lo que indica mala prestación del servicio.*
- “(iii) Cuando en el pasado la EPS ha valorado y aceptado los conceptos del médico externo como médico tratante.*
- “(iv) Siempre que la EPS no se oponga y guarde silencio después de tener conocimiento del concepto del médico externo”⁹.*

Sobre el alcance del derecho al diagnóstico, este tribunal recuerda lo señalado en la sentencia T-1138 de de 2005, en la que se resolvió una tutela en la cual un menor de edad le fue negado un procedimiento ordenado por un médico no adscrito a su EPS, al que acudió después de haberse sometido a múltiples tratamientos para solucionar su problema de obesidad mórbida. Al respecto dicha providencia precisó que:

“Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como médico tratante, así no éste adscrito a su red de servicios.”

En el mismo sentido la Corte Constitucional, mediante sentencia T-931 de 2010, determinó en el caso de una paciente que acudió a un médico particular, quién le ordenó la realización de un bypass gástrico por laparoscopia que:

“al negar un servicio médico, mal pueden excusarse las entidades de salud en que dicho servicio fue ordenado por un médico no adscrito a la entidad, pues en estos casos corresponde a la entidad promotora de salud valorar inmediatamente al paciente con los médicos y especialistas que pertenezcan a su planta de profesionales, a fin de que

⁹ Cfr Sentencia T-499 de 2012.

el concepto del médico particular sea confirmado, descartado o modificado bajo criterios técnicos y científicos brindados por el personal profesional adscrito a la E.P.S.”

Igualmente, esta corporación ha expresado que cuando la E.P.S. tiene conocimiento de la orden del médico particular, está en la obligación constitucional de someterla a consideración de sus propios especialistas para efectos de confirmarla o descartarla mediante razones de naturaleza científica. Esto con el fin de evitar prácticas contrarias a derecho que atenten contra las garantías fundamentales de los usuarios del sistema.

“La orden de un médico tratante que no se encuentra adscrito a determinada E.P.S. no es por sí misma una razón constitucionalmente suficiente para negar el servicio de salud. Ello puede convertirse en una barrera injustificada de acceso, resultando más garantista que en el momento en el que la entidad tenga conocimiento del dictamen, indique las razones de naturaleza científica por las cuales no es conveniente o pueda resultar lesivo”.¹⁰

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa al manifestar que el concepto del médico externo puede llegar a ser vinculante, si este se produce en razón a la injustificada ausencia de valoración médica por los profesionales de la correspondiente E.P.S.

6. Principios de integralidad y accesibilidad respecto de Empresas Promotoras de Salud

6.1. Principio de integralidad

De conformidad con la ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, la seguridad social en salud en Colombia se rige por los contenidos del plan obligatorio de salud. Este servicio y la actividad médica se desarrollan con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, integralidad, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La jurisprudencia constitucional ha manifestado que *“es un deber de las entidades integrantes del sistema de salud cumplir adecuadamente con el servicio público a la seguridad social¹¹”*. Para ello se requiere que hayan elementos materiales y funcionales que humanicen el tratamiento, y un sistema organizativo que los desarrolle hasta el máximo punto posible la eficacia en la prestación del servicio.

Sobre el alcance del principio de eficacia, cuando determinada E.P.S. se niega a adelantar un procedimiento médico alegando la falta de contratación con el personal requerido, este tribunal en sentencia T-238 de 2003 manifestó:

¹⁰ Sentencia T-174 de 2013.

¹¹ Sentencia T-179 de 2000.

“Las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones a donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución. En todos estos procesos están en juego los criterios que operan tanto en el afiliado al momento de contratar con determinada EPS, o de cambiar de EPS, por no estar de acuerdo con las instituciones de salud donde aquella tiene convenios” (Negrilla fuera del texto)

Las personas afiliadas al sistema de seguridad social tienen derecho a recibir los servicios de promoción y fomento de la salud, de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, lo que implica que las Empresas Promotoras están obligadas a prestar estos servicios a sus afiliados y a los beneficiarios de estos últimos¹². Esta corporación ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad y ha destacado, especialmente, la forma como este se interrelaciona con el derecho a la salud. Sobre el particular ha manifestado que:

“la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente”¹³.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud tienen que prestar un tratamiento completo a sus pacientes, *“con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico”¹⁴.*

6.2. El principio de accesibilidad en la prestación del servicio.

El principio de accesibilidad fue explicado en la sentencia T-739 de 2004, como una de las obligaciones emanadas del Pacto de Derechos Civiles

¹² Sentencia T-988 de 2003.

¹³ Sentencia T-518 de 2006.

¹⁴ Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

Económicos y Culturales a partir de la interpretación que su Comité ha hecho del mismo. Dijo entonces la Corte:

“La accesibilidad comprende, en criterio del Comité, (i) la prohibición que se ejerza discriminación alguna en el acceso a los servicios de salud, lo que conlleva, a su vez, la determinación de medidas afirmativas a favor de los sectores sociales más vulnerables y marginados, (ii) la necesidad que los establecimientos, bienes y servicios de salud, junto con la infraestructura de saneamiento básico estén uniformemente distribuidos en el territorio del Estado Parte, (iii) la obligación que las tarifas de acceso al servicio de salud estén fundadas en el principio de equidad, sin que la falta de recursos económicos se convierta en una barrera para el goce del derecho, y (iii) La posibilidad que los usuarios del servicio de salud ejerciten “el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”.

En estos términos, cuando no es posible ofrecer el servicio en un determinado lugar, por ejemplo ante la carencia de infraestructura o la inexistencia del personal especializado, este tribunal ha extendido la obligación de asumir los costos de los mismos a las E.P.S, inaplicando varias disposiciones del Plan Obligatorio de Salud.

Existen situaciones en las cuales este tribunal basándose en el principio de accesibilidad en la prestación del servicio ha trasladado en cabeza del Estado y de las propias E.P.S diversas obligaciones. Es importante tener en cuenta que mediante sentencia T-364 de 2005, asunto en donde un menor requería transportarse de la ciudad de Neiva a Bogotá para la práctica de un tratamiento con cardiólogo, se señaló que:

“Existen situaciones en que la entidad prestadora se niega a suministrar los medios para que el paciente acceda al tratamiento, del cual depende la recuperación de su estado de salud y, a la vez, se comprueba de forma objetiva que tanto el usuario como su familia carecen de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del transporte.

En estas circunstancias se abre la posibilidad que sea el Estado quien financie el traslado, bien por sí mismo o a través de las entidades que prestan el servicio público de atención en salud, ya que, de no garantizarse el traslado del paciente se vulnerarían sus derechos fundamentales al privarlo, en la práctica, de los procedimientos requeridos, cuando de estos depende la conservación de su integridad física y el mantenimiento de la vida en condiciones dignas.

Así las cosas, este tribunal ha instado a que las E.P.S amplíen su cobertura a todos los ciudadanos mediante la extensión de su red de servicios, esto con el ánimo de buscar cada vez más, hacer accesible el derecho a la salud a toda la

población. Vale la pena recordar que de conformidad a la jurisprudencia constitucional:

“El derecho de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud a escoger las instituciones prestadoras de salud no es absoluto, a pesar de relacionarse con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad¹⁵. En principio, esta facultad se circunscribe a las instituciones que hayan suscrito o celebrado convenio o contrato con la entidad promotora de salud de la cual hace parte el usuario.¹⁶ No obstante, también se reconocen ciertas excepciones a esta regla, como cuando se presenta un asunto de urgencia, se afecta el principio de integralidad, o se encuentra demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS. En estos eventos sí existe la posibilidad de que el paciente sea atendido en una IPS que no se encuentra en la red de instituciones de la respectiva EPS..”¹⁷

Con respecto al margen de acción del derecho de la EPS de escoger con qué IPS contratar los servicios de salud, esta Corte le ha impuesto a aquella el deber de: a) celebrar convenios con varias IPS para que de esta manera el usuario pueda elegir¹⁸; b) garantizar la prestación integral¹⁹ y de buena calidad²⁰ del servicio; c) tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS²¹ y d) estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS²².

7. Caso concreto.

En relación con los hechos y el material probatorio obrante en el expediente, encuentra la Sala que el señor José Raúl Barrero Vargas sufre de una enfermedad llamada “*Trastorno del pánico, tipo Agorafobia*”, motivo por el cual ha solicitado a la EPS FAMISANAR la realización de una valoración psiquiátrica domiciliaria y la práctica de un tratamiento integral. Estos procedimientos no han sido practicados por la E.P.S. ya que no cuenta con servicio domiciliar en su red de servicios.

El juez de primera instancia negó la protección invocada al considerar que no podía ordenar el referido tratamiento domiciliar en ausencia de una orden expresa librada por el médico tratante.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procederá a analizar si la señora Ana Elvira Sánchez puede agenciar los derechos de su señor esposo José Raúl Barrero Vargas. De admitirse la legitimación en la causa posteriormente se

¹⁵ Sentencia C-1041 de 2007.

¹⁶ Sentencia T-526 de 2006.

¹⁷ Sentencia T-676 de 2011.

¹⁸ Sentencias T-1063 de 2005 y T-965 de 2007.

¹⁹ Sentencia T-423 de 2009.

²⁰ Sentencia T-965 de 2007.

²¹ Sentencia T-247 de 2005.

²² Sentencia T-518 de 2006.

valoraran los aspectos fácticos y probatorios del presente caso, para determinar si en el sub examine el juez de tutela puede dar órdenes específicas a la E.P.S. FAMISANAR sobre la práctica de los tratamientos solicitados, aún en ausencia de orden médica expedida por un médico adscrito a la E.P.S. accionada.

7.1. Agencia oficiosa en el asunto de referencia.

Según el espíritu de la agencia oficiosa es posible que un tercero represente al titular de un derecho debido a la imposibilidad física y/o mental de este para llevar a cabo su propia defensa. En este sentido la figura constituye una institución excepcional, ya que requiere que se evidencie una circunstancia de indefensión del afectado que le imposibilite recurrir al mecanismo tutelar para buscar por sí mismo la protección de sus garantías constitucionales.

Ahora bien, en el caso concreto la presente acción de amparo, conforme a lo dispuesto por los artículos 10 y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991 y 86 de la Constitución, se interpuso por la señora Ana Elvira Sánchez, la cual expresamente en el escrito de tutela manifestó que *“su esposo debido a su enfermedad no ha salido de su casa hace 12 años”*, haciendo alusión al desarrollo jurisprudencial que este tribunal ha estructurado en torno a la figura de la agencia oficiosa.

En conclusión, la Sala encuentra acreditada una circunstancia de indefensión del afectado que le imposibilita recurrir directamente al mecanismo tutelar, debido a la enfermedad mental que le impide salir de su domicilio. Así las cosas, esta corporación considera legitimada a la señora Ana Elvira Sánchez para agenciar los derechos de su señor esposo Raúl Barrero Vargas

7.2. Valoración de las pruebas.

De manera categórica la Corte Constitucional ha reconocido el poder positivo que tienen los funcionarios judiciales cuando deben definir la existencia de una vulneración de derechos. Al respecto ha dicho: *“el Juez de Tutela, como cualquier otro Juez de la República, está sujeto a las mismas reglas que rigen la práctica, valoración y apreciación de las pruebas en los demás procesos. Lo que ocurre es que en los procesos de tutela, no está sujeto a los estrictos y precisos límites fijados en la ley para cada uno de ellos, como al cumplimiento de las exigencias formales allí establecidas”*²³.

En el presente caso se evidencia de conformidad a los documentos aportados por la agente oficiosa y la E.P.S. FAMISANAR, que: (i) el señor José Raúl Barrero Vargas no puede salir de su domicilio, ya que padece de una enfermedad llamada “Agorafobia”; (ii) solicitó atención domiciliaria psicológica a la E.P.S. FAMISANAR; (iii) la entidad accionada no cuenta dentro de sus servicios con ninguna I.P.S. que realice visitas domiciliarias,

²³ Sentencia T- 321 de 1993.

razón por la cual el accionante solo puede ser atendido presencialmente dentro de sus instalaciones y, (iv) dicha prestación hace parte del Plan Obligatorio de Salud.

Sin embargo el Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá negó la protección de los derechos fundamentales invocados alegando que estos fueron preescritos por un galeno ajeno a FAMISANAR.

Sobre el particular, es necesario señalar que en desarrollo de la jurisprudencia se han decantado una serie de reglas en materia probatoria, las cuales debe aplicar el juez de tutela atendiendo la obligación de salvaguardar a todas las personas respecto de cualquier acción u omisión que vulnere o ponga en peligro sus derechos fundamentales. Entre estas se destaca la lógica de lo común la cual de conformidad a la sentencia T-174 de 2013 le permite al juez de tutela adoptar decisiones lógicas basadas en la aplicación de la sana crítica. Al respecto afirmó dicho fallo:

“Uno de los elementos que pueden ayudar a valorar el conjunto probatorio de un caso como *el presente es la buena fe, especialmente dada la improbabilidad de que una persona deliberadamente arriesgue su vida a la indeterminación de un proceso judicial teniendo los medios para salvaguardar su salud, subsistencia e integridad. La aplicación de la lógica de lo razonable*²⁴ a la hora de evaluar las pruebas en sede de tutela, facilita la tarea del funcionario judicial y le permite la toma de una decisión acorde a la sana crítica”. (Negrilla fuera de texto)

Esta sala considera que la consagración de un debido proceso constitucional al momento de valorar el material probatorio impide que el funcionario judicial en sede de tutela: (i) no evalúe las pruebas aportadas; (ii) desconozca el contenido expreso de las declaraciones incluidas en el expediente; (iii) ignore el alcance de las contestaciones aportadas en el trámite de la acción; (iv) no aplique las herramientas contenidas en el Decreto 2591 de 1991, específicamente la presunción de veracidad establecida en su artículo 20 y, (v) desconozca la lógica de lo común.

En el sub examine la Sala se aparta de las valoraciones realizadas por el juez de única instancia, el cual no amparó los derechos fundamentales del señor José Raúl Barrero Vargas a la vida digna y a la salud aduciendo la inexistencia de orden médica del galeno tratante. Esto en razón a que de la situación fáctica referida se evidencia la existencia de un círculo vicioso estructurado por trámites administrativos y gestiones innecesarias, las cuales atentan contra el derecho a la salud del señor José Raúl Barrero Vargas.

De una parte el accionante no puede salir de su domicilio para ser valorado en las instalaciones físicas de FAMISANAR por sufrir de Agorafobia. Por tanto, nunca podrá existir una orden médica por parte de la E.P.S. accionada,

²⁴ Sentencia T-406 de 1992.

mientras esta no contrate la prestación del servicio de valoración siquiátrica domiciliaria con alguna I.P.S, y visite al señor José Raúl Barrero Vargas.

Así las cosas, es evidente que en supuestos como el presente, en los que se evidencia una afectación al derecho a la salud debido a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes y la mala prestación del servicio, el juez constitucional está facultado para ordenar directamente los tratamientos y valoraciones solicitadas, siempre y cuando dicha orden encuentre respaldo en otros medios de prueba.

En este orden de ideas y por las razones anteriormente señaladas, se tutelarán los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud del señor José Raúl Barrero Vargas invocados en la acción de tutela y, en consecuencia, se ordenará a FAMISANAR E.P.S. realizar la valoración siquiátrica domiciliaria en la vivienda del actor. Se debe aclarar que bajo ningún supuesto la entidad accionada puede negarse a realizar dicha visita argumentando la inexistencia de contratos con una I.P.S que preste la referida atención domiciliaria.

Igualmente se ordenará a FAMISANAR que integre un grupo de médicos que valoren al señor José Raúl Barrero Vargas a fin de que con carácter prioritario determinen de acuerdo a las patologías determinadas por el paciente si se hace indispensable la iniciación de un tratamiento integral. De ser necesarios dichos procedimientos, deberán ser adelantados en el domicilio del actor hasta que este mejore su estado de salud.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el 27 de noviembre de 2013, por el Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá que denegó la protección de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud invocados por Ana Elvira Sánchez a nombre de José Raúl Barrero Vargas por las razones expuestas.

SEGUNDO.- ORDENAR a FAMISANAR E.P.S que en el término de 48 horas realice una valoración siquiátrica domiciliaria al señor José Raúl Barrero Vargas. Bajo ningún supuesto la entidad accionada puede negarse a realizar dicha visita argumentando la inexistencia de contratos con una I.P.S. Adicionalmente se ordenará que un grupo de médicos interdisciplinarios de la E.P.S. valoren al señor José Raúl Barrero Vargas a fin de que con carácter prioritario determinen de acuerdo a las patologías determinadas por el paciente si se hace indispensable la iniciación de un tratamiento integral. Dicho tratamiento deberá ser adelantado en el domicilio del actor.

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

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General