

Sentencia T-050/10

DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia sobre el carácter de fundamental

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Aspectos que contiene

DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Protección especial/ DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Carácter autónomo

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Valoración médica del actor por un grupo interdisciplinario de especialistas/DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Si después de valorado el actor por el grupo interdisciplinario se ordena un tratamiento o prescripción que está excluido del POS, este se hará con cargo al Fosyga

De conformidad con lo expuesto y teniendo en cuenta la contradicción que existe entre lo dicho por el actor, respecto al fuerte dolor que padece en su ojo derecho por la falta del implante y lo dictaminado por el médico adscrito a la entidad, la Sala considera, que al ser el actor una persona perteneciente a la tercera edad que merece especial protección por parte del Estado, se deberá realizar una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas quienes deberán determinar, con exactitud, si es factible que el paciente todavía sienta dolor en su ojo derecho, la razón que pueda generar dicho padecimiento y, si es del caso, deberán señalar el procedimiento o tratamiento que se requiera para superarlo, proporcionándole las prestaciones a las que haya lugar, sin aducir justificaciones de tipo administrativo o presupuestal. En consecuencia, si el grupo multidisciplinario de especialistas, al que será sometido el actor para determinar sus dolencias, ordena un tratamiento, procedimiento, medicamento o cualquier otra prescripción que no se encuentre incluida dentro del plan obligatorio de salud, la entidad demandada, Cruz Blanca EPS, tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, FOSYGA, si a ello hubiera lugar de acuerdo con la ley, por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de éstos¹.

DERECHO A LA SALUD-Regulación en materia de recobros al Fosyga en la sentencia T-760 de 2008

Referencia: expediente T-2.174.437

Demandante: Orlando Luis López Lozano

Demandado: Cruz Blanca EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de dos mil diez (2010)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

dentro de la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Treinta y ocho (38) Civil Municipal de Bogotá, al decidir la acción constitucional de tutela promovida por el señor Orlando Luis López Lozano contra la entidad Cruz Blanca E.P.S. El presente expediente fue escogido para revisión por medio del auto del 26 de febrero de 2009, proferido por la Sala de Selección número dos y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

1. La solicitud

El demandante, Orlando Luis López Lozano, impetró acción de tutela contra Cruz Blanca EPS, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana, debido a que la entidad accionada se niega a realizarle un implante ocular en el ojo derecho, por no ser ésta una prestación incluida dentro del POS.

2. Reseña Fáctica

2.1 El señor Orlando Luis López Lozano se encuentra vinculado, en calidad de cotizante, a la entidad Cruz Blanca EPS.

2.2 Cuenta con 74 años de edad, padece de diabetes y no tiene ninguna pensión que le

permita sufragar sus gastos.

2.3 Le fue practicada una cirugía de evisceración en el ojo derecho, la cual, con gran sacrificio, costó con sus propios recursos.

2.4 Su médico tratante le ordenó la colocación de un implante ocular en el ojo derecho, el cual tiene un costo de \$420.000; valor que no está en capacidad de cubrir, pues desde hace 8 años se encuentra desempleado.

2.5 Requiere el implante de manera urgente, ya que la ausencia de éste le produce mucho dolor y, además, su ojo izquierdo puede empezar a verse perjudicado.

2.6 Por estas razones dicho señor, presentó acción de tutela contra Cruz Blanca EPS, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana.

3. Pretensiones del demandante

El demandante solicita que se ordene a Cruz Blanca EPS., que le sea practicado un implante ocular en su ojo derecho, el cual fue prescrito por el médico tratante, luego de que fue objeto de una cirugía de evisceración.

4. Pruebas

Con el expediente obran las siguientes:

* Copia del recibo de caja de la cirugía de evisceración, por valor de \$620.000 (folio 6).

* Copia de prescripciones dadas al señor Orlando López Lozano, de medicamentos y citas, por médicos de Cruz Blanca EPS, luego de realizada la cirugía de evisceración. (folio 7- 9).

* Copia del consentimiento informado del señor Orlando López para la práctica de la cirugía de "Evisceración implante ODR" (folio 10).

5. Respuesta de los entes accionados

5.1. Ministerio de la Protección Social

El Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá consideró necesario vincular al Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA al estimar que podría resultar afectado con la decisión de la tutela presentada por el señor Orlando López Lozano.

El Ministerio de la Protección Social dio respuesta a la demanda haciendo unas precisiones respecto del régimen de seguridad social en salud y concluyó con una solicitud de exoneración de toda responsabilidad en el caso dilucidado.

Señaló que el régimen de seguridad social integral en salud tiene unas características específicas, dentro de las cuales se encuentra el cubrimiento de un plan integral de salud, el cual fue definido en la Resolución 5261 de 1994 y el Acuerdo 228 de 2002, para el régimen contributivo, y los Acuerdos 305 y 306 de 2005, para el régimen subsidiado.

El Sistema General en Salud garantiza el suministro del servicio a través de instituciones prestadoras, dentro de las cuales están las Empresas Promotoras de Salud EPS, encargadas de la afiliación de las personas y del recaudo de sus cotizaciones. Así mismo, es responsable de atender, a través de las Instituciones Prestadoras de Salud, los servicios incluidos dentro de los planes obligatorios de salud.

Para garantizar y organizar la prestación de los servicios incluidos en el POS, el SGSS le reconoce a cada entidad promotora de salud, EPS, un valor per cápita que se denomina UPC, para lo cual se creó el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

Señala que el sistema de salud prevé la prestación de servicios excluidos del POS o que, estando incluidos, se encuentren sujetos al tiempo mínimo de cotización de las personas. En estos casos, las entidades territoriales deben prestar los servicios a través de su red de salud pública o privada contratada para dichos efectos, con cargo al subsidio a la oferta “esto es, con recursos distintos a los que se prevén para el cubrimiento de los servicios contemplados en el POS, en el cual el Fondo de Solidaridad y Garantía- FOSYGA- no es actor financiero ni cofinanciero.”

En síntesis, manifiesta el accionante que el actor puede tener acceso a cualquier servicio de salud no contemplado en el POS a través de planes adicionales de salud PAS a los cuales podrá acceder de manera voluntaria y que la financiación de estas prestaciones será con recursos distintos de los de la cotización obligatoria.

5.2. Cruz Blanca EPS

La entidad accionada dio respuesta a la tutela manifestando que el señor Orlando López Lozano se encuentra afiliado a Cruz Blanca EPS, en calidad de beneficiario, desde el año 2000.

Manifiesta que el actor cuenta con las semanas de cotizaciones requeridas para acceder a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud. Sin embargo, el señor López Lozano solicita que se le autorice una prótesis ocular, prestación que no se encuentra incluida dentro de los beneficios del POS, por lo que la EPS no puede suministrarla.

Señala que en su oportunidad se le informó al usuario que debía costear el valor del implante y que, de no ser posible, por no contar con los recursos para el efecto, podía acudir a las instituciones públicas o privadas que celebraron contrato con el Estado, las cuales tienen la obligación de atenderlo.

Por tanto, la entidad demandada solicita declarar improcedente la acción de tutela impetrada por el señor Orlando López Lozano, pues se le han prestado todos los servicios que ha requerido para superar su patología, dentro de los parámetros que rigen la prestación de los servicios de salud.

Adicionalmente, la accionada expresa en el escrito de contestación que el juez, al decidir el caso de la referencia, debe verificar si se configuran los requisitos que ha establecido la Corte Constitucional para inaplicar las normas del plan obligatorio de salud, como, (i) que la falta del tratamiento excluido del POS amenace derechos fundamentales del actor; (ii) que se trate de un tratamiento que no pueda ser sustituido por uno que se encuentre dentro del POS; (iii) que el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la entidad prestadora de los servicios de salud del actor; (iv) que el paciente no tenga los medios económicos para sufragar el costo del tratamiento.

Del mismo modo, Cruz Blanca EPS, como petición subsidiaria, solicita que en caso de que el fallo sea favorable y tenga que atender la prestación demandada, se ordene al Ministerio de la Protección Social y al Fondo de Solidaridad y Garantía- FOSYGA-, que suministren el 100% de los recursos económicos necesarios para su cumplimiento.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

Mediante sentencia del 15 de diciembre de 2008, el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, negó el amparo solicitado por el señor Orlando Luis López Lozano.

El Despacho Judicial, una vez analizó el caso concreto, concluyó que no se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para inaplicar las normas del plan obligatorio de salud, pues la afirmación del actor alusiva a que la falta del implante le produce un enorme dolor y le puede perjudicar su ojo izquierdo es una simple apreciación de éste. Que, además no aparece en los documentos anexados al expediente el diagnóstico del médico tratante en donde conste que el señor López Lozano requiera de dicho implante.

Adicionalmente, la orden que se allegó disponiendo el tratamiento, no es una “prescripción médica propiamente dicha en donde se haya ordenado sin lugar a dudas el implante orbitario, pues solamente existe un documento firmado por la oftalmóloga, (...) de lo cual no se desprende la orden requerida.”

III. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante Auto del diecisiete (17) de abril de dos mil nueve (2009), el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso y proveer como corresponde en el presente caso. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- Por Secretaría General, OFÍCIESE a la EPS Cruz Blanca para que, en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de este Auto, allegue a esta Sala lo siguiente:

1. Historia clínica del paciente Orlando Luis López Lozano en donde conste el procedimiento

realizado en su ojo derecho, así como la orden del médico tratante del implante ocular.

1. Concepto del médico tratante sobre la necesidad del implante ocular requerido por el señor López Lozano.

1. Certificación en donde conste que el médico tratante del señor López Lozano está vinculado a la EPS Cruz Blanca.

SEGUNDO.- Por Secretaría General, OFÍCIESE al señor Orlando Luis López Lozano para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de este Auto:

1. Manifieste quiénes integran su núcleo familiar y si otros familiares dependen económicamente de él.

1. Señale si actualmente se encuentra laborando y, en caso afirmativo, indique quién es su empleador, cuál es el monto del salario devengado y bajo qué modalidad contractual o vinculación legal se halla. En caso contrario indique cuáles son las fuentes de sus ingresos y el monto de ellos.

TERCERO.- SUSPENDER el término para fallar el proceso de la referencia, mientras se surte el trámite correspondiente y se evalúan las pruebas decretadas.”

El día 22 de abril de 2009 el señor Orlando Luis López Lozano allegó a esta Corporación, escrito mediante el cual dio respuesta a las preguntas formuladas en dicho auto, manifestando lo siguiente:

“1- Mi núcleo familiar está integrado por tres hijos, dos varones y una mujer. Los tres están casados.

2- El primero vive con su esposa en edad escolar. Su sustento lo deriva de la venta de CD (discos compactos) en puestos ambulantes.

3- El segundo vive con su esposa y dos hijos, también en edad escolar. Su sustento lo deriva de servicios para el mantenimiento de computadores, cuando lo llaman. Estudia por la noche.

4- La tercera vive con su esposo y dos hijos en edad escolar. Su sustento lo deriva de su trabajo como auxiliar de contabilidad. Su esposa está desempleada. Ocasionalmente trabaja en el arreglo de computadores. Estudia por la noche.

5- Desde el año 1999 dejé de laborar como profesor, debido a la grave diabetes que me aqueja, a raíz de lo cual perdí mi ojo derecho afectado por un glaucoma. Desde entonces soy un desempleado de 74 años, con una entrada mensual de \$200.000 (doscientos mil pesos) aproximadamente, derivados de trabajos literarios que realizo ocasionalmente en mi casa arrendada, cuando me llaman a raíz de un aviso que publico gratis en el periódico "LA GUIA" el cual, para mi mal, hace un mes que desapareció del mercado.

6- Vivo con mi esposa cuya edad es de 68 años. No puedo negar que nuestros hijos nos ayudan con el pago de nuestros servicios públicos y esporádicamente nos dan para uno que otro transporte, cuando necesito salir.

7- Finalmente, no está de más agregarle que a la altura de mis 74 años no he podido jubilarme por graves irregularidades de algunos de mis empleadores en lo que tiene que ver con la consignación de mis derechos a pensión."

Posteriormente, la apoderada judicial de Cruz Blanca EPS, allegó oficio No. OPT A088/2009 mediante el cual anexó la historia clínica del señor Orlando López Lozano, así como el concepto del médico tratante respecto de la necesidad del implante solicitado por el actor.

IV. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por

los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, el señor Orlando Luis López Lozano actúa en defensa de derechos e intereses de la mencionada índole, razón por la que se encuentra legitimado para promover la acción de tutela de la referencia.

2.2. Legitimación pasiva

Cruz Blanca EPS, es una entidad de carácter privado que se ocupa de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada, como parte pasiva, en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que de ella se predica la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión, determinar si existió, por parte de Cruz Blanca EPS, afectación de los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana del señor Orlando Luis López Lozano, al haberle negado el implante ocular requerido por el demandante, bajo el argumento de que dicha prestación se encuentra excluida del plan obligatorio de salud (POS).

Para abordar el caso concreto, esta Sala realizará un repaso jurisprudencial de temas como el derecho fundamental a la salud, el derecho al diagnóstico y la protección especial a las personas de la tercera edad.

4. Derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

La Organización Mundial de la Salud, órgano constituido por la Organización de Naciones

Unidas (ONU), es la encargada de velar por la salud mundial y establece en el texto de su Constitución que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Así mismo, señala que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”, y a su vez es “considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”²

La salud también ha sido considerada como derecho fundamental en diferentes instrumentos internacionales, dentro de los cuales se encuentra, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”³

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”⁴

En el ordenamiento colombiano el derecho a la salud inicialmente no tenía el carácter de fundamental, pues era considerado esencialmente un derecho prestacional. Sin embargo, podía ser protegido por vía de acción de tutela cuando la vulneración de éste implicaba la de otros derechos de carácter fundamental como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal. Adicionalmente, la Corte señaló que además de tener un grado de conexidad con algunos derechos fundamentales, podía ser protegido y garantizado cuando el tutelante era un sujeto de especial protección.

Posteriormente, se estableció por parte de esta Corporación “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”⁵

Lo anterior no quiere decir que en todos los casos el derecho a la salud pueda ser tutelable, pues sólo procede su protección por dicha vía en aquellos eventos en los que (a) se niegue, sin justificación médico - científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o

tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios⁶.

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, el Estado debe implementar todas las políticas necesarias para procurar alcanzar dicha condición en cada ser humano.

Cuando esta condición no se da en determinada persona por sufrir una disfuncionalidad en algún órgano del cuerpo, los profesionales encargados del ejercicio médico y de cumplir con las políticas que ha establecido el Estado para tal fin, deberán proferir un diagnóstico adecuado e implementar los tratamientos necesarios para restablecer la salud y alcanzar el nivel estimado por los estándares internacionales.

El Decreto 1938 de 1994, mediante el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, ha definido que el diagnóstico se refiere a “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad.”⁷

Por consiguiente, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud, además de incluir la facultad de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, incorpora obligatoriamente el derecho al diagnóstico, entendido como la seguridad de que, si los profesionales de la medicina así lo requieren, con el objeto de establecer con claridad la situación actual del paciente en un momento específico, se debe practicar con prontitud y de manera completa los exámenes y pruebas, para determinar el tratamiento indicado y así controlar oportunamente y de manera eficiente las dolencias padecidas y, de esta manera restablecer su salud o por lo menos garantizar una vida en condiciones dignas⁸.

Del mismo modo la Corte ha señalado que el derecho al diagnóstico reconoce tres aspectos: “(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente⁹, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de

ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso¹⁰, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado¹¹, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.”¹²

En síntesis, las entidades encargadas de prestar el servicio de salud a los afiliados no pueden negarse a realizar procedimientos y actividades de diagnóstico sobre la base de aspectos de tipo administrativo o presupuestal, pues esto pone en peligro el derecho a la salud y, en consecuencia, los derechos a la vida y a la dignidad humana de quien padece las dolencias, ya que se prolonga en el tiempo el dolor, así como la posibilidad de comenzar un tratamiento médico que permita el restablecimiento total del paciente o el logro del mayor nivel de bienestar posible ¹³.

6. Protección especial a las personas de la tercera edad. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política de 1991 establece que el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y que deberá proteger de manera especial a aquellas personas que, por su condición, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta¹⁴.

Lo anterior quiere decir que, como regla general, todos los individuos son iguales ante la ley, sin embargo, dentro de una sociedad existen sectores que en razón de su edad, estado mental, físico y económico, se encuentran en estado de debilidad o vulnerabilidad que los hace sujetos de especial protección y, por tanto, no pueden ser tratados de la misma manera que los demás.

Uno de los grupos que merecen una especial protección constitucional está conformado por las personas pertenecientes a la tercera edad, pues con el transcurso del tiempo se ven obligadas a enfrentar el deterioro progresivo de su salud y, como consecuencia de ello, el padecimiento de enfermedades propias de la vejez¹⁵.

Así mismo, la Carta Política, en el artículo 46, establece que “el Estado, la sociedad y la

familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverá su integración a la vida activa y comunitaria”. Entonces, de acuerdo con el mandato constitucional y con la legislación vigente, las personas que llegan a los 60 años¹⁶de edad, se deberán considerar como adultos mayores, que merecen la actuación necesaria por parte del Estado y de todos los familiares y asociados, para que sus derechos no se vean menoscabados y se les garantice un nivel de vida digno.

En razón de lo expuesto el derecho a la salud de las personas de la tercera edad adquiere carácter autónomo y por ello, teniendo en cuenta los principios del Estado Social de Derecho, “es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que requieran.”¹⁷

De acuerdo con las anteriores consideraciones, esta Sala entra a decidir el caso concreto.

7. Caso Concreto

El señor Orlando Luis López Lozano presentó acción de tutela al considerar que Cruz Blanca EPS vulnera sus derechos a la salud y a la dignidad humana al no autorizarle un implante para su ojo derecho. Manifiesta el actor que después de la cirugía de evisceración que le fue practicada en su ojo derecho, la falta del implante le produce mucho dolor, y además, le puede comenzar a afectar el ojo izquierdo, según un especialista en glaucoma que lo valoró.

Por otro lado, la entidad accionada respondió que el señor Orlando López ha recibido todos los servicios de salud que ha requerido y que, sin embargo, la “prótesis ocular” solicitada no está incluida dentro del plan obligatorio de salud (POS), por lo que no es posible proporcionársela.

De las pruebas recaudadas por la Corte mediante el Auto del diecisiete de abril de 2009, se deduce que el señor Orlando López Lozano tiene 74 años de edad, y que no cuenta con ninguna pensión para su sustento. Su núcleo familiar está conformado por tres hijos quienes están casados, atienden sus respectivas familias y lo ayudan en el pago de los servicios y con los gastos de manutención de él y de su esposa.

Así mismo, Cruz Blanca EPS, allegó al expediente la historia clínica del actor y un concepto médico remitido por un profesional adscrito a esta entidad, sobre la necesidad del implante

solicitado por el actor.

De la historia clínica se desprende que el actor fue sometido a una cirugía de evisceración en el ojo derecho más un implante prioritario por “ENDOFTALMITIS SECUNDARIA”, intervención que ha evolucionado de manera satisfactoria, según consta en dicho documento.

Del mismo modo, en el concepto emitido por el médico adscrito a Cruz Blanca EPS, sobre la necesidad de la prótesis, se indica lo siguiente: “EL SUSCRITO MEDICO CERTIFICA QUE EL PACIENTE FUE SOMETIDO A UNA EVISCERACIÓN EN EL OD POR ENDOFTALMITIS, EL DIA DEL PROCEDIMIENTO SE COLOCO IMPLANTE INTRAORBITARIO CON LA IDEA DE REHABILITAR LA CAVIDAD ORBITARIA EN EL ASPECTO ESTÉTICO MÁS NO FUNCIONAL, YA QUE EL PACIENTE TUVO PÉRDIDA DE LA VISIÓN. EL PACIENTE REQUIERE DE LA ADAPTACIÓN DE UNA PROTESIS ESCLERAL EXTERNA PARA MEJORAR SU ASPECTO ESTÉTICO MÁS ESTO NO LE VA A OFRECER NINGUNA VISIÓN.”

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el Estado debe proteger a las personas de la tercera edad por ser sujetos que se encuentran en un estado de indefensión y de vulnerabilidad, más aún si superan el promedio de vida (71 años de edad)¹⁸, la Sala estima que la protección debe ser más estricta para garantizarles, de manera plena, el goce de sus derechos fundamentales.

El actor refiere padecer de dolor por falta de la prótesis e insiste en que la falta de ésta puede comenzar a afectar su ojo izquierdo; sin embargo, en el concepto emitido por el médico adscrito a Cruz Blanca EPS se señala que “el paciente requiere de la adaptación de una prótesis escleral externa para mejorar su aspecto estético más esto no le va a ofrecer ninguna visión.”

De conformidad con lo expuesto y teniendo en cuenta la contradicción que existe entre lo dicho por el actor, respecto al fuerte dolor que padece en su ojo derecho por la falta del implante y lo dictaminado por el médico adscrito a la entidad, la Sala considera, que al ser el actor una persona perteneciente a la tercera edad que merece especial protección por parte del Estado, se deberá realizar una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas quienes deberán determinar, con exactitud, si es factible que el paciente todavía sienta dolor en su ojo derecho, la razón que pueda generar dicho padecimiento y, si es del caso, deberán señalar el procedimiento o tratamiento que se requiera para superarlo, proporcionándole las

prestaciones a las que haya lugar, sin aducir justificaciones de tipo administrativo o presupuestal.

Una vez surtida la valoración y en caso de que se haya establecido el tratamiento, procedimiento, medicamento o cualquier otra prestación, se deberá obtener el consentimiento del paciente, previa información por parte de los profesionales de las ciencias médicas en forma clara y concreta, de los efectos del procedimiento, tratamiento o prestación y, con fundamento en esta información, el paciente deberá expresar, de manera libre y espontánea, su voluntad de someterse al mismo¹⁹.

Por los motivos expuestos, esta Sala ordenará a Cruz Blanca EPS que someta al señor Orlando Luis López Lozano, en un plazo no superior a cinco (5) días, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas, quienes deberán determinar con exactitud si el paciente todavía siente dolor en su ojo derecho, la razón de los dolores que lo aquejan y, si es del caso, deberán señalar el procedimiento o tratamiento que se requiera para superar la afección proporcionándole la atención a que haya lugar, una vez obtenido el consentimiento informado del paciente.

En consecuencia, si el grupo multidisciplinario de especialistas, al que será sometido el actor para determinar sus dolencias, ordena un tratamiento, procedimiento, medicamento o cualquier otra prescripción que no se encuentre incluida dentro del plan obligatorio de salud, la entidad demandada, Cruz Blanca EPS, tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, FOSYGA, si a ello hubiera lugar de acuerdo con la ley, por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de éstos²⁰.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo dicho por esta Corporación en la Sentencia T-760 de 2008, no le es dable al Fosyga o a las entidades territoriales negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que éstas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutive del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recobro, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trate establezca para el

efecto21.

Así las cosas, la Sala se abstendrá de autorizar de manera expresa, a la EPS Cruz Blanca EPS, para que recobre ante el Fosyga el valor de los procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS que requiera el paciente y, para el efecto, será suficiente que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumirlos.

V. 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. LEVANTAR la suspensión de términos en este proceso, ordenada en el Auto de fecha diecisiete (17) de abril de dos mil nueve (2009).

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá el quince (15) de diciembre de dos mil ocho (2008) y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana del señor Orlando Luis López Lozano, por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO. ORDENAR a Cruz Blanca EPS que someta al señor Orlando Luis López Lozano, en un plazo no superior a cinco (5) días, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas quienes deberán determinar, con exactitud, si es factible que el paciente todavía sienta dolor en su ojo derecho, la razón de esa situación y, si es del caso, deberán señalar el procedimiento o tratamiento que se requiera para superar su padecimiento, proporcionándole las prestaciones a que haya lugar, una vez obtenido el consentimiento informado del paciente.

CUARTO. ORDENAR a la entidad demandada que, luego de obtener el consentimiento informado del paciente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, autorice y gestione, si es del caso, la práctica del procedimiento, tratamiento o suministro de cualquier

otra prestación que se requiera, lo que debe tener lugar dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

QUINTO. SOLICITAR al Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, el cual conoció de la primera instancia en la presente acción, que haga un seguimiento a lo ordenado en esta providencia para garantizar su cabal cumplimiento, y así, asegurar el goce de los derechos fundamentales del actor.

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

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 Constitución de la Organización Mundial de la Salud, parte preliminar.

3 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25 y Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, entre otras.

4 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 12 y Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, entre otras.

5 Corte Constitucional , Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-165 del 17 de marzo de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

7 Decreto 1938 de 1994, artículo 4, literal 10.

8 Corte Constitucional, sentencia T-101 del 16 de febrero de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

“9 Sobre esta dimensión del derecho ha sostenido la Corporación que “La realización de un examen diagnóstico puede llegar a involucrar la protección del derecho a la salud en conexidad con la vida y por lo tanto es tutelable, como en este caso. Ello, por cuanto se afecta la salud y la vida de una paciente a la que su médico tratante le receta un examen para precisar qué enfermedad o anomalía en la salud la aqueja, y la entidad prestadora de salud decide no prestarlo. Así pues, no atender una orden médica que con seguridad va dirigida a mejorar las condiciones de vida de una persona enferma, es casi como negar el servicio mismo, quedando en vilo la valoración médica y por ende el resultado del tratamiento, y el posible pronóstico de una enfermedad”. Sentencia T-1053 del 28 de noviembre de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Véanse, entre otras, T-617 del 29 de mayo de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero, T-212 del 20 de marzo de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil, T-1220 del 22 de noviembre de 2001,MP. Álvaro Tafur Galvis y T-1054 del 11 de agosto de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero.

10 Ello se desprende del significado mismo del término Diagnóstico el cual según el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española incluye como significados: “Arte o acto de conocer la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas o

signos // Calificación que da el médico a la enfermedad según sus signos” (Diccionario RAE, 21ª Edición).

11 En palabras de esta Corporación “Si el diagnóstico es acertado orienta una solución y la prestación del servicio debe darse dentro de lo posible y lo razonable” (subraya fuera del texto). Sentencia T-384 del 31 de agosto de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Igualmente ha señalado esta Corporación que “Curación, según el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas (Salvat Editores S.A., Undécima Edición, pág. 323) significa, además del restablecimiento de la salud, el conjunto de procedimiento para tratar una enfermedad o afección” (Subraya la Corte). Sentencia T-067 del 22 de febrero de 1994 M.P José Gregorio Hernández Galindo”.

12 Corte Constitucional, sentencia T-725 del 13 de septiembre de 2007. MP. Catalina Botero Marino (E), sentencia T-717 del 10 de octubre de 2009, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

13 Corte Constitucional, sentencia T-790 del 28 de septiembre de 2007. MP. Jaime Araujo Rentería, sentencia T-717 del 10 de octubre de 2009, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

14 Constitución Política, Artículo 13.

15 Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, MP. Mauricio González Cuervo

16 Ley 1276 de 2009, artículo 7, literal b: “Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más (...)”.

17 Corte Constitucional, sentencia T-527 del 11 de julio de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil.

18 Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, MP. Mauricio González Cuervo.

19 Corte Constitucional sentencia T-414 del 30 de abril de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia T-561 del 6 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

20 Corte Constitucional, sentencia T-438 del 3 de julio de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

21 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.