

(Febrero 1de 2008)

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Criterios que se deben tener en cuenta para autorizar medicamentos o prestación de servicios médicos excluidos del POS

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Concepto

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Integra el núcleo esencial del derecho a la salud y garantiza la efectiva prestación del servicio

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS-Elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Carácter vinculante del diagnóstico particular cuando la EPS ha emitido un diagnóstico equivocado

La Sala considera razonable que la señora, luego de la cita con la optómetra particular, haya acudido a un médico particular en lugar de acudir nuevamente a la EPS. En efecto, la grave omisión de la EPS y la urgencia de consultar un oftalmólogo, advertida por la optómetra particular, generaron en la señora una desconfianza razonable en la capacidad de la EPS para emitir un diagnóstico serio y confiable, lo que la habilitó para acudir a un médico particular confiable parara ella y que la había atendido en el pasado. Dado que la EPS emitió un diagnóstico equivocado que desconoció su derecho a contar con un diagnóstico serio y de calidad, la Sala encuentra una razón válida y suficiente, no desproporcionada, para inaplicar, en este caso, la regla consistente en no darle validez al diagnóstico o tratamiento ordenado por un médico no adscrito a la EPS correspondiente. Por lo anterior, la Sala dará valor al diagnóstico emitido por el médico particular que atendió a la señora y le recomendó el “tratamiento urgente con macugen intravítreo”, y lo considerará equivalente a un diagnóstico emitido por un médico adscrito a la EPS del ISS, entidad a la cual está afiliada la denunciante. En otras palabras, en este caso y atendiendo las circunstancias excepcionales descritas, el diagnóstico del médico particular tendrá carácter vinculante para la EPS, por las razones expuestas.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección por violación del derecho al diagnóstico

Referencia: expediente T-1.583.124

Accionante: Ruth Villamarín Reyes

Accionado: Instituto de Seguro Social EPS

Fallo(s) de tutela a revisar: sentencia del 15 de febrero de 2007 de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del D.J. de Cali (2ª instancia), confirmatoria de sentencia del 30 de noviembre de 2006 del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, (1ª instancia).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensión

La actora instauró acción de tutela, a través de apoderado judicial¹, para obtener la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad, vulnerados, a su juicio, por la entidad accionada al negar la autorización de la terapia antiangiogénica ordenada para evitar el crecimiento de la membrana neovascular y detener un daño severo a su visión del ojo derecho, por encontrarse por fuera del POS².

2. Respuesta del accionado

La EPS del Instituto de Seguro Social no se pronunció sobre la demanda de tutela, no obstante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali le informó sobre la presentación de la acción de tutela y le corrió el correspondiente traslado³.

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. La accionante tiene 87 años de edad⁴; está afiliada a la EPS del Instituto de Seguro Social desde el 23 de julio de 20015.

3.2. La señora Villamarín Reyes acudió a la EPS del Instituto de Seguro Social dado que tenía problemas de visión⁶ y allí le informaron que “no tenía nada”⁷. Un mes después acudió a la Óptica Alemana en Chipichape “para cambiar los lentes porque no estaba viendo bien”⁸. La optómetra que la examinó le dijo que no podía autorizarle los lentes porque lo que tenía no requería cambio de lentes sino que fuera urgentemente donde el oftalmólogo⁹.

3.3. La actora solicitó cita con el doctor Alberto Castro Zawadski, médico oftalmólogo particular¹⁰, quien hacía varios años, cuando era médico del Instituto de Seguro Social, la había operado de los ojos, dado que en la EPS se demoraban mucho en asignarle esta cita¹¹. El doctor Castro le diagnosticó la existencia, en el ojo derecho, de una “membrana neovascular coroidea subfoveal cl[á]sica que es extensión de una membrana yuxtapapilar”¹² y le recomendó “tratamiento urgente con macugen intrav[í]treo”¹³. Asimismo, le entregó una orden para “Terapia Antiangiog[é]nica con Macugen OD”¹⁴, en la que se lee: “paquete \$3.800.000 URGENCIA VITAL”¹⁵

3.4. La actora solicitó autorización del tratamiento a la EPS en donde le informaron que no lo cubrían porque no se encuentra dentro del POS¹⁶, y que se homologa por Terapia Fotodinámica¹⁷.

3.5. El 13 de diciembre de 2006 el mismo médico oftalmólogo, Dr. Alberto Castro, atendió nuevamente a la señora Ruth Villamarín Reyes y confirmó el diagnóstico de “Membrana Neovascular Coroidea”¹⁸.

4. Fallos de instancia y pruebas solicitadas

4.1. Fallo de Primera Instancia (Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta).

El juez de primera instancia, el 30 de noviembre de 2006, negó la tutela, por improcedente. Luego de citar los requisitos establecidos jurisprudencialmente por la Corte (T-150 de 2000) para la pertinencia de la tutela respecto de los servicios médicos excluidos del POS, afirma que la protección del derecho reclamado es inviable por cuanto no fue un médico adscrito a la E.P.S del ISS el que realizó el diagnóstico de la enfermedad que presenta la actora y prescribió el tratamiento a seguir.²⁰

4.2 Fallo segunda instancia (Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Cali).

El quince (15) de febrero de 2007, el juez de segunda instancia confirmó el fallo recurrido. Señaló el Tribunal que dado a que el tratamiento no ha sido ordenado por un médico adscrito a la EPS a la que la accionante cotiza hace inviable la protección del derecho reclamado por vía de esta acción²¹.

4.3. Pruebas ordenadas por la Corte

El 21 de agosto de 2007 la Corte recibió el informe solicitado por este despacho²² al Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, quien envió concepto emitido por el doctor Gabriel Ortiz Arismendi, Coordinador de la Unidad de Oftalmología del Departamento de Cirugía de la Facultad de Medicina, relacionado con la información solicitada²³.

El doctor Gabriel Ortiz Arismendi, respecto de la pregunta ¿En qué consiste la enfermedad causada por “membrana neovascular coroidea?”, afirmó que “la neovascularización coroidea (NVC) es una de las principales causas de pérdida de la visión”; y que “sus causas son múltiples, siendo las más importantes en nuestro medio la Degeneración Macular Relacionada con la edad”²⁴. Sobre la evolución de la enfermedad señaló que “la evolución natural de las membranas neovasculares coroideas, especialmente cuando comprometen la región foveal (la zona de mejor visión del ojo) es hacia el deterioro visual progresivo que frecuentemente lleva a la ceguera legal”²⁵. Sobre los procedimientos, terapias y o medicamentos adecuados para el tratamiento de la enfermedad, indicó que “se ha utilizado el tratamiento con fotocoagulación laser, que tiene limitaciones para tratar membranas que comprometen la Fóvea (zona central de mejor visión), produciendo con frecuencia deterioro visual, por lo cual en la actualidad puede ser útil solamente en membranas que no comprometan la Fóvea. La terapia fotodinámica se basa en un efecto fotoquímico. [...] El tratamiento con sustancias Antiangiogénicas, es decir, que inhiben la angiogénesis (crecimiento de vasos sanguíneos anormales de la membrana neovascular coroidea) [...] se utilizan en forma de inyecciones repetidas intravítreas y se han mostrado efectivas en el control de las membranas neovasculares coroideas”²⁶. Sobre los efectos de la no realización de la terapia ordenada, en un persona de 87 años, respondió que “la no realización del tratamiento adecuado generalmente conduce a deterioro visual progresivo y eventualmente a la ceguera legal”²⁷. En cuanto a la equivalencia de las terapias antiangiogénica y

fotodinámica, señaló que “las evidencias recientes muestran mejores resultados con la Terapia Antiangiogénica que con la Terapia Fotodinámica, obteniendo en forma más consistente y en un mayor porcentaje de pacientes, mejoría en la agudeza visual”²⁸.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala se considera competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 1 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto del 25 de abril de 2007, proferido por la Sala de Selección de Tutelas número cuatro de la Corte Constitucional.

5. Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar: i) si se viola el derecho a la salud de una persona de la tercera edad, de escasos recursos económicos, con graves problemas de visión y serias dificultades de locomoción, cuando la EPS no le brinda un tratamiento para evitar perder la visión de un ojo, por estar excluido del POS, y el tratamiento fue ordenado por un médico particular al que la paciente se vio forzada a acudir después de que la EPS emitió un diagnóstico equivocado; ii) si puede considerarse válido un diagnóstico de un médico particular cuando la EPS ha incumplido su obligación de garantizar un diagnóstico de calidad.

Para resolver los problemas jurídico planteados esta Sala hará referencia i) a la especial protección constitucional de las personas de la tercera edad y la protección por vía de tutela de su derecho a la salud y ii) a los requisitos establecidos por esta Corte para solicitar mediante tutela un tratamiento médico excluido de la regulación legal y reglamentaria del derecho a la salud, iii) al derecho al diagnóstico, como un derecho que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud, para luego concluir con iv) el análisis de las circunstancias del caso descrito.

5.1. La especial protección constitucional de las personas de la tercera edad y la protección por vía de tutela de su derecho a la salud

El artículo 46 de la Constitución Política consagra la protección para las personas de la tercera edad, afirmando que el Estado deberá concurrir “para la protección y la asistencia de

las personas de la tercera edad y promoverá su integración a la vida activa y comunitaria”, y que, en caso de indigencia, “les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario”²⁹. Así, por las condiciones generales de vulnerabilidad que acompañan a las personas de la tercera edad, ellas merecen un trato de especial protección y una atención y consideración especiales. En este sentido, la Corte ha dicho:

“Conforme lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, la protección especial reservada para este grupo social incluye la posibilidad de que los conflictos surgidos en torno a la vigencia de los derechos fundamentales, de los cuales se derive un perjuicio irremediable, puedan ser resueltos de manera inmediata a través de la acción de tutela, sin necesidad de acudir a las vías ordinarias de defensa judicial establecidas por el ordenamiento jurídico”³⁰.

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”³¹.

5.2. Los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitar mediante tutela un tratamiento médico excluido de la regulación legal y reglamentaria del derecho a la salud

Para determinar las situaciones en que es procedente otorgar el amparo constitucional a la salud, en conexidad con un derecho fundamental, la Corte, en reiterada jurisprudencia, ha establecido ciertos criterios, que son los siguientes³²:

- Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado³³.
- Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
- Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado

a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

- Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

5.3. El derecho al diagnóstico forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud

La configuración del derecho a la salud no sólo incluye la potestad de solicitar atención médica, es decir, tratamiento, procedimiento quirúrgico o terapéutico, medicamento o implemento correspondiente al cuadro clínico, sino, también el derecho al diagnóstico³⁴.

El literal 10 del artículo 4 del Decreto 1938 de 1994 define el diagnóstico como “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”.

La jurisprudencia ha entendido que el derecho al diagnóstico incluye tres aspectos: (i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente³⁵, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso³⁶, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado³⁷, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles. Adicionalmente, el diagnóstico con los elementos citados debe garantizarse con calidad y oportunidad³⁸.

Entendido el derecho al diagnóstico como componente esencial del derecho a la salud, le serán aplicables los elementos y principios propios de éste. En este orden de ideas, y siguiendo los mandatos del artículo 93 constitucional, es preciso tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 1439, estableció como “elementos esenciales e interrelacionados” del derecho a la salud, (i) la disponibilidad, (ii) accesibilidad, (iii) aceptabilidad y (iv) calidad.

Uno de los criterios que definen el principio de calidad sobre el que se sustenta la prestación

del servicio de seguridad social en materia de salud, tal y como ha sido reconocido por la Observación General N° 14 del Comité y la Ley 100 de 1993, está dado por la atención oportuna que debe brindarse a los usuarios del sistema⁴⁰. Ahora bien, brindar una atención oportuna y de calidad es una obligación que deben cumplir todas las entidades promotoras de salud⁴¹.

6. Análisis del caso concreto

Le corresponde a esta Sala confirmar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la tutela respecto de un tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud y determinar la validez a un diagnóstico de un médico particular, ante la vulneración, por parte de la EPS del Instituto de Seguro Social (ISS), del derecho a un diagnóstico de calidad.

6.1.1. La amenaza de los derechos a la vida o a la integridad física por la falta del tratamiento excluido legal o reglamentariamente-

El médico particular “recomienda tratamiento urgente”, califica el tratamiento ordenado (terapia antiangiogénica con macugen OD) como de “urgencia vital”, y advierte que la demora en iniciar el tratamiento puede generar una “pérdida severa e irreversible de la visión de ojo derecho”. En similar sentido, el médico Coordinador de la Unidad de Oftalmología del Departamento de Cirugía de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional señaló que “la no realización del tratamiento adecuado generalmente conduce a deterioro visual progresivo y eventualmente a la ceguera legal”. Igualmente, debe tenerse en cuenta que la señora Ruth Villamarín Reyes presenta importantes dificultades de locomoción debido a un reemplazo de cadera. Asimismo, que se trata de una paciente de edad avanzada (87 años).

Todo lo anterior le permite a la Sala afirmar que está frente a un caso de amenaza cierta de los derechos a la integridad física y a la vida en condiciones dignas. En efecto, en el caso particular de la señora Ruth Villamarín Reyes, si se concretan las eventualidades que advierten los médicos (pérdida de la visión del ojo derecho o ceguera legal), como consecuencia de la no realización del tratamiento adecuado, podría generarse una afectación de la salud amenazante del derecho a la integridad física como del derecho a vivir en condiciones de existencia dignas. La eventual pérdida de la visión del ojo derecho o la

ceguera la pondrían en una situación de mayor vulnerabilidad, dada su edad y sus dificultades de locomoción. La Sala considera, entonces, que se encuentra verificado este requisito.

6.1.2. Incapacidad económica: para sufragar el costo del tratamiento y para acceder al mismo por otro sistema o plan de salud.

La situación económica de la señora Ruth Villamarín Reyes, es limitada, al percibir como ingreso una pensión equivalente a un salario mínimo y \$200.000 pesos que recibe de sus sobrinos; además, la señora Villamarín Reyes no está inscrita o afiliada a ningún otro sistema o plan de salud diferente al del ISS. En consecuencia, la Sala encuentra que también se ha verificado este requisito.

6.1.3. Diagnóstico o tratamiento prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliada la demandante.

La Sala parte de considerar, en primer lugar, que la EPS no cumplió con su obligación de emitir un diagnóstico serio y de calidad. En efecto, el médico de la EPS que atendió a la señora Ruth Villamarín Reyes le dijo que “no tenía nada” (ver 3.2.), cuando en realidad tiene graves y urgentes problemas de visión, según le indicó la optómetra de la Óptica Alemana y le diagnosticó el médico particular a quien acudió con posterioridad. Así, la EPS vulneró un derecho que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud, como es el derecho del paciente a obtener un diagnóstico de calidad, prestando una evaluación que no satisface el estándar de calidad previsto tanto por las normas legales como por la jurisprudencia de esta Corte, según quedó indicado.

En segundo lugar, la Sala tiene en cuenta que ante la omisión de la EPS la señora Villamarín Reyes acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente.

La Sala tiene en cuenta que se trata de una persona de la tercera edad (87 años), que no cuenta con recursos suficientes para asumir el costo de la terapia, y que además tiene problemas de locomoción que le impiden desplazarse fácilmente de un lugar a otro de la ciudad, que por las condiciones de vulnerabilidad indicadas merece un trato y una protección

especial.

6.2. Validez del diagnóstico de un médico no adscrito a la EPS de la accionante.

Ahora bien, la Sala debe resolver si cuando una EPS emite un diagnóstico equivocado y la paciente acude a un médico particular, el diagnóstico que este médico particular emita puede ser considerado válido y ser equivalente al diagnóstico del médico adscrito a la EPS.

6.2.1. La Sala considera razonable que la señora Ruth Villamarín Reyes, luego de la cita con la optómetra particular, haya acudido a un médico particular en lugar de acudir nuevamente a la EPS. En efecto, la grave omisión de la EPS y la urgencia de consultar un oftalmólogo, advertida por la optómetra particular, generaron en la señora Villamarín Reyes una desconfianza razonable en la capacidad de la EPS para emitir un diagnóstico serio y confiable, lo que la habilitó para acudir a un médico particular confiable parara ella y que la había atendido en el pasado. Dado que la EPS emitió un diagnóstico equivocado que desconoció su derecho a contar con un diagnóstico serio y de calidad, la Sala encuentra una razón válida y suficiente, no desproporcionada, para inaplicar, en este caso, la regla consistente en no darle validez al diagnóstico o tratamiento ordenado por un médico no adscrito a la EPS correspondiente⁴².

Por lo anterior, la Sala dará valor al diagnóstico emitido por el médico particular que atendió a la señora Ruth Villamarín y le recomendó el “tratamiento urgente con macugen intravítreo”, y lo considerará equivalente a un diagnóstico emitido por un médico adscrito a la EPS del ISS, entidad a la cual está afiliada la denunciante. En otras palabras, en este caso y atendiendo las circunstancias excepcionales descritas, el diagnóstico del médico particular tendrá carácter vinculante para la EPS, por las razones expuestas.

Concluir lo contrario implicaría el desconocimiento de la especial protección, trato y consideración a que tiene derecho, por mandato constitucional, la señora Villamarín Reyes, en virtud de su edad y de sus condiciones personales de vulnerabilidad, como lo son su precaria situación económica y los problemas de locomoción, que agudizan su problema de visión.

6.2.2. Respecto de que el tratamiento pueda ser sustituido por otro incluido en el POS o que pudiendo serlo no se obtenga con el sustituto el mismo nivel de efectividad que con el

excluido del plan y ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente, esta Sala tiene en cuenta que, según la EPS, el tratamiento excluido del POS, “terapia antiangiogénica con maculen” se homologa por el tratamiento incluido en el POS “terapia fotodinámica”.

Las afirmaciones de los médicos no arrojan suficiente claridad para determinar si, en el caso de la señora Ruth Villamarín Reyes, la terapia fotodinámica (incluida en el POS) tiene el mismo nivel de efectividad que la terapia antiangiogénica con macugen (excluida del POS). En efecto, el médico particular afirma que “todas las terapias para la membrana neovascular buscan inhibir su crecimiento y que no siga progresando el daño a la visión y que la mayoría logran parar la progresión del daño pero no lo hacen de forma inmediata”, sin especificar si alguna de ellas es tan efectiva que la otra; también señala que el tratamiento de terapia antiangiogénica con macugen, en ocasiones es necesario combinarlo con terapia fotodinámica, sin mencionar mas detalles respecto de las diferencias entre uno y otro en términos de efectividad. Igualmente, afirma que si no es posible aplicar macugen se recomienda aplicar Avastín intravítreo, lo que sugiere que este medicamento puede ser equivalente a la terapia con macugen.

Las respuestas del médico de la Unidad de Oftalmología del Departamento de Cirugía de la Universidad Nacional tampoco arrojan claridad al respecto. En efecto, según su respuesta al cuestionario enviado por la Corte, el tratamiento incluido en el POS “terapia fotodinámica” es “adecuado” para tratar la condición médica de la señora Ruth Villamarín Reyes “membrana neovascular coroidea”. No obstante, el médico aclara que con el excluido del POS “terapia antiangiogénica con maculen” se obtienen mejores resultados que con la terapia fotodinámica y en forma mas consistente y en un mayor porcentaje de pacientes se obtiene mejoría en la agudeza visual.

Así las cosas, y dado que determinar el nivel de efectividad del medicamento incluido en el POS con relación al que está excluido, escapa a la competencia de esta Corte, la Sala ordenará a la EPS del Instituto de Seguro Social, que remita inmediatamente a la señora Villamarín Reyes a un médico oftalmólogo adscrito a la EPS del ISS para que le practique un examen serio y de calidad que permita determinar si en su caso particular la terapia fotodinámica tiene el mismo nivel de efectividad que la terapia antiangiogénica con macugen. En caso de determinar que ésta última es la más adecuada para la señora

Villamarín Reyes, la EPS deberá asumir el costo total del tratamiento de la enfermedad de visión de la denunciante con la terapia antiangiogénica con macugen. De presentarse esta circunstancia, la EPS podrá repetir ante el FOSYGA. Con el fin de procurar a la señora Villamarín un trato acorde con su edad y la especial protección que de ella se deriva, la Sala ordenará a la EPS que designe un médico oftalmólogo para que se encargue de hacer seguimiento constante y oportuno de la condición médica y del estado de salud visual de la señora Villamarín Reyes.

6.3. En conclusión de todo lo expuesto, la Corte tutelaré el derecho de la señora Ruth Villamarín Reyes a la salud, en conexidad con la vida y la integridad personal.

La Sala considera que dadas las particulares circunstancias de este caso, relacionadas, por una parte, con la conducta de la EPS (violación del derecho al diagnóstico) que determinó que la demandante acudiera a un médico particular que le ordenó un tratamiento urgente, y, por otra, con la situación de vulnerabilidad de la actora (persona de la tercera edad, de escasos recursos, con dificultades de locomoción y de visión), la Corte ordenará a la EPS: 1) dar validez al dictamen emitido por el médico particular al que la señora Villamarín se vio obligada a asistir; 2) remitir a la señora Villamarín Reyes a un médico oftalmólogo, i) que la atienda con la especial consideración que merece dada su calidad de persona de la tercera edad, ii) que determine si, para la condición médica de la señora Villamarín Reyes, la terapia fotodinámica tiene el mismo nivel de efectividad que la terapia antiangiogénica con macugen y, en caso negativo, que ordene el tratamiento con ésta última, y iii) que haga seguimiento permanente y de calidad a la evolución de la condición médica de la señora Ruth Villamarín Reyes.

III. 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,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, el treinta (30) de noviembre de 2006, y por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el quince (15) de enero de 2007, mediante las cuales se

negó la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora María Teresa Hernández Franky en representación de la señora Ruth Villamarín Reyes y, en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales mencionados, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO.- ORDENAR a la EPS del Instituto de Seguro Social que, dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, debe validar el diagnóstico emitido por el Dr. Alberto Castro, médico oftalmólogo de la Clínica de Oftalmología de Cali S.A. y remitir a la señora Ruth Villamarín Reyes a un médico oftalmólogo adscrito a la EPS para que determine si para ella la terapia fotodinámica tiene el mismo nivel de efectividad que la terapia antiangiogénica con macugen y, en caso negativo, ordene la terapia antioangiogénica con maculen.

TERCERO.- RECONOCER que el Instituto de Seguro Social EPS está en posibilidad de repetir contra el FOSYGA, los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- ORDENAR a la EPS del Instituto de Seguro Social que designe un médico especialista en oftalmología para que haga seguimiento constante, oportuno y de calidad a la condición médica de la señora Ruth Villamarín Reyes.

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

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Fecha de la demanda de tutela 16 de noviembre de 2006.

2 Diligencia de ampliación de demanda de tutela, cit., folio 15.

3 Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, Oficio No 2006-00377-00-2984, de 17 de noviembre de 2006, dirigido al Representante Legal del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, folio 14; y Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, Sentencia de Tutela No 155, del 30 de noviembre de 2006, folio 18: “Avocado el conocimiento de la presente Acción de Tutela, se corrió traslado de la demanda a la entidad Accionada, quien no se pronunció sobre los hechos expuestos por la tutelante”.

4 Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Ruth Villamarín Reyes, folio 10.

5 Carnet de afiliación de la señora Ruth Villamarín Reyes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el Instituto de Seguro Social, en el Plan Obligatorio de Salud, en calidad de cotizante, folio 9; y acción de tutela presentada el 16 de noviembre de 2006 por María Teresa Hernández Franky, representante de Ruth Villamarín Reyes, ante la Oficina Judicial de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cali, folio 1.

6 Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santiago de Cali, diligencia de ampliación de demanda de tutela rendida por la señora María Teresa Hernández Franky, representante de la señora Ruth Villamarín Reyes, el 22 de noviembre de 2006, folio 15.

7 Escrito de impugnación del fallo de primera instancia presentado el 7 de diciembre de 2006 por María Teresa Hernández Franky, representante de Ruth Villamarín Reyes, ante el Juez Segundo Penal del Circuito de Santiago de Cali, folio 30; y diligencia de ampliación de demanda de tutela, cit., folio 15: “creo que la vio un doctor JARAMILLO y le dijo que no tenía ningún problema”.

8 Diligencia de ampliación de demanda de tutela, cit., folio 15.

9 Ídem.

10 Constancias de procedimientos médicos y órdenes de remisión firmadas por el Dr. Alberto Castro, como médico oftalmólogo de la Clínica de Oftalmología de Cali S.A., folios 4 a 8; y diligencia de ampliación de demanda de tutela, cit., folio 15.

11 Diligencia de ampliación de demanda de tutela, cit., folios 15 y 16.

12 El médico le explicó a la señora Ruth Villamarín Reyes “que tiene una degeneración macular “húmeda” [que e]n esta variante de la enfermedad se forma una membrana de “venitas” anormales debajo de la retina. Esta “membrana neovascular” crece rápidamente, en cuestión de días, sangra, y desprende la retina, produciendo una pérdida de la visión rápida y severa. Todas las terapias para la membrana neovascular buscan inhibir su crecimiento y que no siga progresando el daño a la visión. La mayoría logran parar la progresión del daño pero no lo hacen en forma inmediata [sino] que logran disminuir la VELOCIDAD de progresión y la SEVERIDAD del daño”

13 Constancia de “procedimientos médicos” del 25 de octubre de 2006, cit., folio 7.

14 Ídem; y orden de remisión para “Terapia Antiangiog[é]nica con Macugen”, firmada por el médico oftalmólogo Alberto Castro, folio 4.

15 Orden de Remisión para Terapia Antiangiogénica con Macugen, cit., folio 4.

16 Ídem.

17 La representante de la señora Ruth Villamarín afirma en la diligencia de ampliación de la demanda de tutela: “fui al I.S.S y dijeron que eso no estaba en el POS me lo dijeron por escrito en la orden emitida por el doctor ALBERTO CASTRO”. En la orden aparece, a mano, la siguiente anotación: “procedimiento no POS se homologa por Terapia Fotodinámica”, cit., folio 4.

18 En constancia de “procedimientos médicos” practicados a la señora Ruth Villamarín Reyes el 13 de diciembre de 2006, el médico oftalmólogo Alberto Castro, folio 33, señala que la accionante “fue tratada el 1 de noviembre 2006 con primera inyección de Macugen. Requiere continuar con tratamiento antiangiog[é]nico que consiste en inyección de macugen cada 6

semanas. La efectividad de este tratamiento depende que se haga regularmente. Si le demoran el tratamiento en procesos administrativos puede tener una pérdida severa e irreversible de la visión de ojo derecho. Si por demora en autorizaciones no es posible aplicar macugen se recomienda aplicar Avast[í]n intrav[í]treo.

19 Diligencia de ampliación de demanda de tutela, cit., folio 16.

20 Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali en Sentencia de Tutela No 155, de 30 de noviembre/2006, folios 22 a 24.

21 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal, Sentencia de 15 de febrero de 2007, folio 45.

22 En el auto de pruebas del 6 de agosto de 2007, folios 11 a 13 del segundo cuaderno, este despacho solicitó al Director de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia que informara sobre lo siguiente: “i.) ¿en qué consiste la enfermedad causada por “membrana neovascular coroidea”?; ii.) ¿cómo es la evolución de la misma?; iii.) ¿cuál es el procedimiento, terapia y/o medicamento adecuados para el tratamiento de esa enfermedad?; iv.) ¿cuál es el efecto de no realizarse el procedimiento o terapia ordenados y/o no proporcionarse el medicamento formulado para el tratamiento de la enfermedad en una persona de 87 años de edad?; v.) ¿las terapias “Antiangiog[é]nica con Macugen” y “fotodinámica” son equivalentes?; en este punto, por favor explicar en qué consiste y para que se utiliza cada una.”

23 Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Medicina, Decanatura, oficio 303 de 15 de agosto de 2007, folio 15 del segundo cuaderno.

24 Comunicación del 14 de agosto de 2007 dirigida a la Secretaria General de la Corte Constitucional por el doctor Gabriel Enrique Ortiz Arismendi, Coordinador de la Unidad de Oftalmología de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, folio 17 del segundo cuaderno.

25 Ídem.

26 Ibídem, folios 17 y 18.

27 Ibídem, folio 18.

28 Ídem.

29 Constitución Política, artículo 40.

30 Ibidem

31 Sentencia T-1081 de 2001 y T-004 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

32 Sentencia T-1207 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también las sentencias T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz (derecho a la salud como derecho fundamental), T-491 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (derechos fundamentales por conexidad), T-300/01. M.P. Clara Inés Vargas Hernández (requisitos para inaplicar normas del POS), SU-819 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis (derecho a la salud en conexidad con la vida, prestaciones de salud excluidas del POS, entre otras), T-523 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda (requisitos para acceder a prestaciones de salud cuando faltan semanas de cotización), T-586 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas (suministro de medicamentos sin cumplir periodo mínimo de cotización), T-406 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil (derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida e inaplicación de normas del POS).

33 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

35 Sobre esta dimensión del derecho ha sostenido la Corte 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 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Ver, entre otras, T-617 de 2000, T-212 de 2002, T-1220 de 2001, y T-1054 de 2000.

36 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.

37 En palabras de esta Corte: “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 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Igualmente, ha señalado esta Corte 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 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

38 Ver Sentencia T-862 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz. “El aplazamiento injustificado de una solución definitiva a un problema de salud, que supone la extensión de una afección o un malestar, vulnera el principio del respeto a la dignidad humana y el derecho fundamental a la vida, el cual no puede entenderse como una existencia sin dignidad. En esta medida, la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación de un posible tratamiento que logre el restablecimiento de la salud perdida o su consecución, atenta contra los derechos a la salud en conexidad con la vida”

39 Observación General adoptada durante el 22ª periodo de sesiones en el año 2000.

40 Ley 100 de 1993, Artículo 153: “Fundamentos del Servicio Público Además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes: (...) 9. CALIDAD. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las Instituciones Prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia”.

41 Al respecto ha señalado este Tribunal: “En todo caso, es indudable, dada su naturaleza de servicio público, que la seguridad social tiene que ser permanente, por lo cual no es

admisible su interrupción, y que se habrá de cubrir con arreglo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Si a lo dicho se agrega el carácter obligatorio del servicio, se tiene que, a la luz de la Constitución, el Estado es responsable de garantizar que las entidades de la seguridad social -públicas o particulares- estén dispuestas en todo momento a brindar atención oportuna y eficaz a sus usuarios. Allí radica uno de los fines esenciales de la actividad que les compete según el artículo 2º de la Carta”. Sentencia T-111 de 1993 MM.PP. Hernando Herrera Vergara y Alejandro Martínez Caballero.

42 Ver las sentencias SU-480 de 1997 y T-665 de 1997, reiteradas en la sentencia T-378 de 2000 y en la T-749 de 2001.