

OBLIGACIONES EXIGIBLES A LAS ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Reiteración jurisprudencial

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA QUE SE ENCUENTRA VINCULADA AL RÉGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Patología no se encuentra incluida en el POS-S

DERECHO A LA SALUD-Protección constitucional/DERECHO A LA SALUD-Pautas alternativas al argumento de la conexidad que hacen viable solicitud de amparo de este derecho

Al ahondar en el análisis de la exigibilidad de este derecho se observa que el punto central de la cuestión consiste en la determinación de su contenido, en la medida en que de acuerdo a la tradición heredada de la doctrina tal derecho pertenece a la categoría de los derechos prestacionales, cuya satisfacción demanda del Estado un considerable esfuerzo encaminado a la racionalización de los recursos públicos con el objetivo de realizar una inversión suficiente que sea capaz de ofrecer a los Ciudadanos una garantía real que les permita disfrutar de una cobertura integral en materia de salud. Así las cosas, el primer obstáculo que encuentra, en principio, el bien jurídico salud para su estructuración como derecho consiste en su carácter principalmente prestacional. Dicha cuestión reviste una especial complejidad en contextos como el colombiano en el cual la escasez de recursos y las múltiples demandas de atención social marcan la pauta de los compromisos exigibles a la organización estatal. Sin embargo, de manera consistente esta Corporación ha señalado pautas alternativas al argumento de la conexidad que hacen viable la solicitud de amparo del derecho a la salud, tal como ocurre en las hipótesis en las cuales se “(i) afecte directamente y de manera conexas los derechos fundamentales de la persona, (ii) se pregone de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) no de cuenta de su contenido esencial para satisfacer la carga mínima que implica garantizar tanto la dignidad de las personas como sus necesidades básicas en salud”

DERECHO A LA SALUD-Transmutación de la salud como garantía abstracta a un derecho concreto dotado de contenido específico

La jurisprudencia ha hecho énfasis en la estructuración de la salud como un derecho constitucionalmente autónomo; el cual, en la medida en que se encuentra orientado a la

realización del principio de la dignidad humana y se configura como un derecho subjetivo, allana el camino hacia la posibilidad de demandar su cumplimiento por vía de tutela: se trata de la transmutación de la salud como garantía abstracta a un derecho concreto dotado de contenido específico. Dicha línea jurisprudencial no sólo ha hecho evidente la imprecisión de la mencionada distinción doctrinal que diferencia dos categorías de derechos fundamentales en atención a su contenido, esto es, entre derechos prestacionales y no-prestacionales; sino que ha permitido superar uno de los obstáculos que de manera más frecuente ha sido opuesto a la posibilidad de demandar la satisfacción de este derecho, consistente en su carácter aparentemente indeterminado. Así las cosas, de seguir la línea de pensamiento de la doctrina tradicional precedente se concluiría que, al carecer de una norma jurídica que defina de manera precisa las prestaciones médicas debidas a los ciudadanos, el juez constitucional mal podría conceder el amparo de este derecho por vía de tutela debido a la vaguedad de su composición, la cual impide deducir en esta materia normas jurídicas precisas del texto constitucional, en la medida en que las pretensiones que se elevan por medio de esta acción se encaminan a obtener del juez ordenes de provisión de tratamientos y medicamentos concretos, lo cual requiere una consistente definición jurídica previa y precisa.

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION POLITICA Y EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-No son un listado cerrado que impida el reconocimiento de garantías ius fundamentales diferentes/**JUEZ CONSTITUCIONAL**-Criterios que puede tener en cuenta para establecer la naturaleza fundamental de un determinado derecho

De acuerdo a lo establecido en sentencia T-227 de 2003, el catálogo de derechos fundamentales compendiado en el texto constitucional y en el bloque de constitucionalidad no constituye un listado cerrado que impida el reconocimiento de garantías iusfundamentales diferentes pues una conclusión en contrario no sólo perdería de vista la dinámica vital de las sociedades a la cual la jurisprudencia constitucional siempre debe estar volcada en busca de la más alta realización de la libertad y la dignidad humana, sino que se opondría a lo establecido en el artículo 94 superior, según el cual “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Dando aplicación a esta disposición, la Corte concluyó en la providencia en comento que el juez de constitucionalidad cuenta con un instrumento

adicional a la obligatoria consulta de la Constitución y los referidos tratados para establecer la naturaleza fundamental de un determinado derecho, cuya aplicación demanda un examen dirigido a la confirmación de dos criterios: (i) en primer lugar, se debe establecer que el derecho bajo análisis se encuentre orientado a la realización del principio de la dignidad humana. (ii) En segundo término, el juez se encuentra llamado a definir si dicha garantía se puede traducir a un derecho subjetivo, lo cual supone examinar si en el caso concreto existe una prestación definida y, a su vez, si se encuentran determinados los sujetos de aquella.

JUEZ DE TUTELA-Debe hacer una valoración en concreto de la dimensión de la vulneración de la salud cuya protección no ha sido considerada en listados de servicios obligatorios/LINEA JURISPRUDENCIAL EN RELACION CON EXCLUSION DE MEDICAMENTOS O TRATAMIENTOS- Criterios que han sido utilizados así se trate de régimen contributivo o subsidiado

El juez de tutela se encuentra llamado a hacer una valoración en concreto de la dimensión de la vulneración de la salud cuya protección no ha sido considerada por los aludidos planes. En dicho examen el juez no sólo debe atender dicha afectación sino que, adicionalmente, debe tener como referencia otros criterios, como la situación económica del paciente, la posibilidad de ofrecer un sucedáneo del medicamento o procedimiento, entre otros que a continuación se enlistan; con el objetivo de determinar si es necesario emitir una orden de amparo, pues en estos casos excepcionales, según la normatividad de seguridad social, corresponde a la persona asumir el costo de tales servicios. Sobre el particular, resulta oportuno resaltar lo establecido por esta Corporación en sentencia T-557 de 2006, providencia en la cual se reiteró la sólida línea jurisprudencial que ha sido establecida en la materia: “En numerosas sentencias la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la salud, rebasa las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud, cuando esto es el fundamento para su no reconocimiento, y de ello se derive que: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.” [T-1022 de 2005]. El anterior criterio ha sido utilizado por esta

Corporación indistintamente, se trate del régimen contributivo o del régimen subsidiado”. En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado el deber en cabeza de las Empresas Promotoras de Salud y de las Administradoras del Régimen Subsidiado, consistente en suministrar dichos medicamentos o practicar los procedimientos médicos, para lo cual se ha consagrado, al mismo tiempo, el derecho que a su vez las asiste a éstas para repetir contra el Estado con el fin de recuperar los emolumentos en que hayan incurrido para garantizar la prestación del servicio. Tal deber encuentra fundamento en la reglamentación del Sistema de Seguridad Social en Salud (Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social), la cual ha establecido al mismo tiempo el deber que recae tanto en las EPS como en las ARS, que impone a éstas la obligación de tener a su disposición un Comité Técnico Científico (artículo 1° de la Resolución), que tendrá, entre otras funciones, autorizar el suministro de “los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales” (artículo 4° de la Resolución).

DERECHO A LA SALUD-Práctica de exámenes médicos para el eventual diagnóstico de cáncer de cuello uterino y si se confirma se da orden a ARS de brindar tratamiento integral

Atendiendo las anotaciones realizadas en la historia clínica de la demandante y la afirmación, no controvertida dentro del proceso de tutela, según la cual fue detectado “un posible cáncer de cuello uterino”, la Sala ordenará a la Administradora del Régimen Subsidiado Comfamiliar del Huila realizar a la peticionaria los exámenes médicos que sean necesarios para el eventual diagnóstico de cáncer, el cual, en caso de ser afirmativo deberá ser cubierto por tal entidad sin derecho a exigir recobro alguno debido a la inclusión de esta dolencia en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

Referencia: expediente T-1692058

Acción de tutela instaurada por Alba Luz Cuellar contra el Centro de Salud IPC de la Empresa Social del Estado Carmen Emilia Ospina, la Secretaría de salud departamental del Huila y el Hospital Hernando Moncaleano Perdomo.

Magistrado Ponente

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Laboral de Neiva, Huila, en la acción de tutela promovida por Alba Luz Cuellar contra el Centro de Salud IPC de la Empresa Social del Estado Carmen Emilia Ospina, la Secretaría de salud departamental del Huila y el Hospital Hernando Moncaleano Perdomo.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Alba Luz Cuellar interpuso acción de tutela con el objetivo de obtener amparo judicial de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales, según el escrito de demanda, han sido conculcados por las entidades demandadas debido a la ocurrencia de los hechos que a continuación resume la Sala:

1.- Dentro del año anterior a la interposición de la acción de tutela, la accionante inició un procedimiento médico de detección de cáncer de cuello uterino que fue llevado a cabo en la Empresa Social del Estado Carmen Emilia Ospina, institución que se encuentra ubicada en la ciudad de Neiva.

2.- Como consta en los anexos que acompañan el escrito de demanda, dentro del aludido proceso de seguimiento médico a la Ciudadana le fue autorizada una “valoración por ginecología por consulta externa” por parte de uno de los médicos adscritos a la Empresa Social del Estado Carmen Emilia Ospina. Dicho procedimiento fue negado el día 28 de marzo de 2007 por la A. R. S. Comfamiliar Huila, entidad a la cual se encontraba afiliada la accionante.

Como fundamento de la oposición a la prestación del servicio, Comfamiliar del Huila señaló que la patología padecida por la peticionaria se encontraba excluida del Plan Obligatorio de

Salud Subsidiado, lo cual a juicio de la institución trasladaba el deber de prestación del servicio al Estado. En consecuencia, la entidad indicó a la Ciudadana que la valoración solicitada debía ser realizada por intermedio de las I. P. S. públicas o privadas con las cuales éste hubiese celebrado contratos administrativos especiales para tal fin.

Como corolario de los hechos anteriormente narrados, la accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, cuyo nivel de riesgo resultaba incrementado en el caso concreto en la medida en que la Ciudadana, además de padecer la dolencia descrita, es desplazada por la violencia y se encuentra a cargo de dos hijas menores de edad.

II. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

3.1.- Mediante escrito presentado al juez de instancia el día 15 de junio de 2007, la Empresa Social del Estado Carmen Emilia Ospina de Neiva, por intermedio de su gerente, se pronunció sobre la petición de amparo presentada por Alba Luz Cuellar. Sobre el particular, manifestó lo siguiente a propósito de la situación de la accionante dentro del Sistema de Seguridad Social: “la usuaria (...) presenta como EPS-S COMFAMILIAR DEL HUILA y está contratada con nuestra empresa para la atención integral asistencial y de recuperación en salud del nivel bajo de complejidad según lo establecido en la Resolución 5261/94 (...) Según bases de datos entregadas por la EPS-S la IPS asignada para su atención de tipo ambulatoria es el centro de Salud del IPC por ser la IPS más cercana al lugar de su residencia”. Para terminar, la entidad realizó un breve recuento de las prestaciones en salud que ha ofrecido a la accionante y concluyó manifestando al juez de instancia que se encontraba a disposición para brindar la atención integral y oportuna que requiriera la Ciudadana.

Es preciso resaltar que dentro de los documentos anexos remitidos por la Empresa se encuentra una hoja de servicio en la cual consta que en dos ocasiones se le han practicado a la peticionaria citologías cérvico-uterinas, las cuales aparecen referenciadas dentro de la categoría “Cáncer cérvico uterino”.

3.2.- Por medio de oficio suscrito por la Secretaria de salud departamental, la Gobernación del Huila solicitó al juez de instancia “exonerar a esta Secretaría de cualquier responsabilidad frente a la posible violación de los derechos fundamentales del accionante (Sic)”. Luego de llevar a cabo una escueta presentación de los fundamentos legales y constitucionales sobre

los cuales descansa el Sistema de seguridad social en salud, la autoridad indicó que, en el caso concreto, la eventual conculcación de las garantías iusfundamentales por la cual fue promovida la acción de tutela sólo podría ser atribuida a “Comfamiliar del Huila EPS-S” por ser ésta la Administradora del Régimen Subsidiado encargada de asegurar a la accionante la prestación de los servicios de salud demandados.

3.3.- El Ciudadano Jorge Arturo Correa Perdomo, Gerente del Hospital universitario Hernando Moncaleamo Perdomo se opuso a la solicitud de amparo presentada por la accionante alegando que, en contra de lo indicado por la accionante en la acción de tutela, dicha entidad le ha prestado la totalidad de los servicios médicos que ha requerido.

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Mediante sentencia del 22 de junio de 2007 el Juzgado Primero Laboral de Neiva negó la solicitud de amparo promovida por Alba Luz Cuellar. Como fundamento de la decisión adoptada, el Despacho judicial señaló que, luego de examinar las contestaciones de demanda presentadas por las entidades demandadas, en el caso bajo estudio no se observaba violación a derecho fundamental alguno pues, a su juicio, “todos los entes demandados han demostrado que le han brindado atención oportuna a su salud cuando lo ha requerido”.

IV. ACTUACIÓN SURTIDA EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto del 6 de diciembre del año en curso, el Magistrado Sustanciador puso en conocimiento del Representante legal de la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud Comfamiliar del Huila EPS-S el contenido del expediente para que se pronunciara sobre las pretensiones de la accionante.

Dando respuesta oportuna al aludido auto, el día 7 de diciembre el Director administrativo de la entidad informó a la Sala de Revisión que la Ciudadana Alba Luz Cuellar aparece en sus “registros como beneficiaria a los servicios de salud, inscrita como tal por el municipio de Neiva”. En cuanto a la solicitud de amparo presentada, manifestó lo siguiente: “Como registro de atención a la usuaria, aparece el del 28 de marzo del 2007 (Valoración Ginecología diagnóstico de Cistocèle), el del 24 de julio del presente año (EPI= Enfermedad Pélvica Inflamatoria), y el del 21 de agosto (Citología cerviño vaginal-EPI). Fue atendida por

nuestros médicos especialistas, cuyo diagnostico corresponde a la EPI descrita arriba y que no se encuentra del POS-S (Sic). Por esta razón fue remitida a la Secretaría de Salud Departamental Hospital Hernando Moncaleano centro de salud que la ha venido atendiendo”.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Asunto a tratar

Con el objetivo de resolver la acción de tutela interpuesta por la accionante, esta Sala de Revisión deberá dar solución al siguiente problema jurídico: ¿Resulta viable la solicitud de amparo presentada por una persona que se encuentra vinculada al Régimen subsidiado, a través de la cual solicita la atención de una patología que no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado? Para solucionar este interrogante, la Sala de Revisión realizará una breve reiteración jurisprudencial a propósito de las obligaciones exigibles a las Administradoras del Régimen subsidiado y con fundamento en lo anterior procederá a decidir la petición de amparo presentada por la ciudadana Alba Luz Cuellar.

Reiteración jurisprudencial sobre las obligaciones exigibles a las Administradoras del Régimen Subsidiado

Antes de abordar el punto específico de las obligaciones que resultan oponibles a estas instituciones que hacen parte de la estructura del Sistema general de seguridad social, es preciso realizar un análisis preliminar a propósito de la estructura del derecho a la salud en la medida en que dicho examen constituye un requisito ineludible para comprender a cabalidad la naturaleza e intensidad de las obligaciones a las cuales se hace alusión.

Sobre el particular, esta Corporación ha señalado que la protección del derecho a la salud no es una pretensión que resulte prima facie procedente por vía de tutela. Sin embargo, desde

los más tempranos pronunciamientos de la Corte Constitucional, tal consideración ha sido matizada con el objetivo de brindar una efectiva protección de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados cuando se trata de problemas relacionados con la salud de los Ciudadanos. En tal sentido, el primer argumento al cual acudió este Tribunal para efectos de disminuir el rigor de la máxima anotada es el de la conexidad¹, según el cual el juez de tutela se encuentra llamado a realizar en el caso concreto una valoración sobre el eventual vínculo que pueda sostener el derecho a la salud con un derecho fundamental diferente, como la vida o la dignidad humana. De tal manera, en aquellos eventos en los cuales la desprotección del derecho a la salud apareje de manera forzosa el desconocimiento de otra garantía iusfundamental, se impone el deber ofrecer amparo a aquel.

Ahora bien, al ahondar en el análisis de la exigibilidad de este derecho se observa que el punto central de la cuestión consiste en la determinación de su contenido, en la medida en que de acuerdo a la tradición heredada de la doctrina tal derecho pertenece a la categoría de los derechos prestacionales, cuya satisfacción demanda del Estado un considerable esfuerzo encaminado a la racionalización de los recursos públicos con el objetivo de realizar una inversión suficiente que sea capaz de ofrecer a los Ciudadanos una garantía real que les permita disfrutar de una cobertura integral en materia de salud. Así las cosas, el primer obstáculo que encuentra, en principio, el bien jurídico salud para su estructuración como derecho consiste en su carácter principalmente prestacional. Dicha cuestión reviste una especial complejidad en contextos como el colombiano en el cual la escasez de recursos y las múltiples demandas de atención social marcan la pauta de los compromisos exigibles a la organización estatal. Sin embargo, de manera consistente esta Corporación ha señalado pautas alternativas al argumento de la conexidad que hacen viable la solicitud de amparo del derecho a la salud, tal como ocurre en las hipótesis en las cuales se “(i) afecte directamente y de manera conexa los derechos fundamentales de la persona, (ii) se pregone de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) no de cuenta de su contenido esencial para satisfacer la carga mínima que implica garantizar tanto la dignidad de las personas como sus necesidades básicas en salud”².

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia ha hecho énfasis en la estructuración de la salud como un derecho constitucionalmente autónomo; el cual, en la medida en que se encuentra orientado a la realización del principio de la dignidad humana y se configura como un derecho subjetivo, allana el camino hacia la posibilidad de demandar su cumplimiento por vía

de tutela: se trata de la transmutación de la salud como garantía abstracta a un derecho concreto dotado de contenido específico.

Dicha línea jurisprudencial no sólo ha hecho evidente la imprecisión de la mencionada distinción doctrinal que diferencia dos categorías de derechos fundamentales en atención a su contenido, esto es, entre derechos prestacionales y no-prestacionales³; sino que ha permitido superar uno de los obstáculos que de manera más frecuente ha sido opuesto a la posibilidad de demandar la satisfacción de este derecho, consistente en su carácter aparentemente indeterminado. Así las cosas, de seguir la línea de pensamiento de la doctrina tradicional precedente se concluiría que, al carecer de una norma jurídica que defina de manera precisa las prestaciones médicas debidas a los ciudadanos, el juez constitucional mal podría conceder el amparo de este derecho por vía de tutela debido a la vaguedad de su composición, la cual impide deducir en esta materia normas jurídicas precisas del texto constitucional, en la medida en que las pretensiones que se elevan por medio de esta acción se encaminan a obtener del juez ordenes de provisión de tratamientos y medicamentos concretos, lo cual requiere una consistente definición jurídica previa y precisa.

Adicionalmente, en la medida en que el establecimiento de las prestaciones específicas a ofrecer requiere una valoración estructural de la capacidad de financiación del Sistema General de Seguridad Social, además de la consideración y ponderación de las diferentes dolencias que deben ser atendidas y su necesaria orden de prevalencia con fundamento en las necesidades de la población, para lo cual es necesario tener en cuenta diferentes criterios territoriales, de género y urgencia de prestación, entre otros; la facultad de determinar de manera genérica los servicios médicos que deben ser garantizados escapa los estrechos márgenes propios del proceso de tutela. En consecuencia, dicha obligación de establecimiento ha sido confiada al Congreso de la República y a los diferentes órganos del Sistema general que, según la ley, cuentan con el experticio necesario para definir dichas prestaciones.

En este punto resulta oportuno volver sobre lo establecido por la Sala Plena de esta Corporación en sentencia SU-819 de 1999, en la cual fue señalada la vocación de transmutación que caracteriza a la totalidad de los derechos sociales, categoría dentro de la cual se inscribe el derecho a la salud, en virtud de la cual se reconoce que, en la medida en que los órgano competentes llenan de contenido tales garantías, éstas abandonan el campo

aparentemente indeterminado que dificulta su judicialización para convertirse, entonces, en verdaderos derechos subjetivos cuya protección puede solicitarse, entre otras instancias, ante los estrados judiciales. Al respecto, en sentencia T-859 de 2003, esta Corporación sostuvo que “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”

De acuerdo a lo establecido en sentencia T-227 de 2003, el catálogo de derechos fundamentales compendiado en el texto constitucional y en el bloque de constitucionalidad no constituye un listado cerrado que impida el reconocimiento de garantías iusfundamentales diferentes pues una conclusión en contrario no sólo perdería de vista la dinámica vital de las sociedades a la cual la jurisprudencia constitucional siempre debe estar volcada en busca de la más alta realización de la libertad y la dignidad humana, sino que se opondría a lo establecido en el artículo 94 superior, según el cual “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Dando aplicación a esta disposición, la Corte concluyó en la providencia en comento que el juez de constitucionalidad cuenta con un instrumento adicional a la obligatoria consulta de la Constitución y los referidos tratados para establecer la naturaleza fundamental de un determinado derecho, cuya aplicación demanda un examen dirigido a la confirmación de dos criterios: (i) en primer lugar, se debe establecer que el derecho bajo análisis se encuentre orientado a la realización del principio de la dignidad humana. (ii) En segundo término, el juez se encuentra llamado a definir si dicha garantía se puede traducir a un derecho subjetivo, lo cual supone examinar si en el caso concreto existe una prestación definida y, a su vez, si se encuentran determinados los sujetos de aquella.

Para efectos de determinar si el derecho a la salud se encuentra encaminado a la realización de la dignidad humana, resulta pertinente tener en cuenta los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), organismo internacional encargado de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento que, a su turno, hace parte del bloque de

constitucionalidad. Al respecto, en su observación general número 12 el Comité precisó lo siguiente en cuanto al contenido del derecho, el cual debe ser comprendido desde una perspectiva mucho más amplia a la tradicional expectativa de “estar sano”. En tal sentido, en su contenido ha de ser incluido “el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales”. Igualmente el Comité señaló que “entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”. En consecuencia, en opinión del CDESC el derecho a la salud debe ser comprendido como la garantía consistente en disfrutar “del más alto nivel posible de salud que le permita [al ser humano] vivir dignamente”.

Superado este primer criterio de valoración, es preciso determinar si la salud, en tanto bien jurídico amparado por el texto constitucional y los tratados internacionales, se amolda a la estructura propia de los derechos subjetivos, lo cual permite su configuración como derecho fundamental autónomo y abre, a su vez, la posibilidad de demandar su satisfacción por vía de tutela.

De tal suerte, resulta imperioso examinar las disposiciones que a nivel legal y reglamentario dan alcance a las obligaciones que en materia de salud el Estado y, en términos generales, el Sistema de seguridad social han adquirido a favor de los Ciudadanos. En tal sentido, una vez se revisa el conjunto de prestaciones que han sido definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, se observa que el escenario de supuesta indeterminación ha sido superado mediante el establecimiento de obligaciones concretas en cabeza de las entidades que conforman el Sistema.

Para terminar, importa destacar aquí lo establecido por esta Corporación en sentencia T-1041 de 2006: “Ahora bien, el contenido del derecho fundamental a la salud no se agota en las prestaciones establecidas en estos planes, sino que incorpora aquellas obligaciones que, de acuerdo a la observación general 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son de inmediato cumplimiento por parte de los Estados por el hecho de haber ratificado el Pacto Internacional. En ese sentido, el Estado Colombiano tiene la obligación de (i) ofrecer los servicios de salud sin discriminación de ningún tipo, (ii) adoptar medidas para la realización del artículo 12 del Pacto, y (iii) abstenerse de acoger medidas regresivas que

limiten el margen de protección del derecho a la salud. En este último evento, en caso de restringir el espectro de protección, el Estado debe ofrecer una justificación suficiente que de cuenta de las medidas alternativas adoptadas, las cuales deben asegurar la satisfacción del resto de derechos consagrados en el tratado con base en la “plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”

Ahora bien, para complementar el panorama hasta ahora descrito es necesario revisar aquellas hipótesis en las cuales el tipo de dolencia o el procedimiento o medicamento no se encuentra incluido en los mencionados listados de servicios obligatorios, pues incluso en estos eventos la solicitud de atención médica puede revestir relevancia constitucional en la medida en que resulten comprometidos bienes o principios amparados por la Constitución Nacional. En tal sentido, el juez de tutela se encuentra llamado a hacer una valoración en concreto de la dimensión de la vulneración de la salud cuya protección no ha sido considerada por los aludidos planes. En dicho examen el juez no sólo debe atender dicha afectación sino que, adicionalmente, debe tener como referencia otros criterios, como la situación económica del paciente, la posibilidad de ofrecer un sucedáneo del medicamento o procedimiento, entre otros que a continuación se enlistan; con el objetivo de determinar si es necesario emitir una orden de amparo, pues en estos casos excepcionales, según la normatividad de seguridad social, corresponde a la persona asumir el costo de tales servicios. Sobre el particular, resulta oportuno resaltar lo establecido por esta Corporación en sentencia T-557 de 2006, providencia en la cual se reiteró la sólida línea jurisprudencial que ha sido establecida en la materia: “En numerosas sentencias la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la salud, rebasa las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud, cuando esto es el fundamento para su no reconocimiento, y de ello se derive que: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.” [T-1022 de 2005]. El anterior criterio ha sido utilizado por esta Corporación indistintamente, se trate del régimen contributivo⁵ o del régimen subsidiado⁶”.

En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado el deber en cabeza de las Empresas Promotoras de Salud y de las Administradoras del Régimen Subsidiado, consistente en suministrar dichos medicamentos o practicar los procedimientos médicos, para lo cual se ha consagrado, al mismo tiempo, el derecho que a su vez las asiste a éstas para repetir contra el Estado con el fin de recuperar los emolumentos en que hayan incurrido para garantizar la prestación del servicio⁷. Tal deber encuentra fundamento en la reglamentación del Sistema de Seguridad Social en Salud (Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social), la cual ha establecido al mismo tiempo el deber que recae tanto en las EPS como en las ARS, que impone a éstas la obligación de tener a su disposición un Comité Técnico Científico (artículo 1° de la Resolución), que tendrá, entre otras funciones, autorizar el suministro de “los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales” (artículo 4° de la Resolución).⁸

Con fundamento en las consideraciones precedentes, procede esta Sala de Revisión a resolver la petición de amparo interpuesta por la Ciudadana.

Caso concreto

La señora Alba Luz Cuellar inició un proceso de tutela contra el Centro de Salud IPC de la Empresa Social del Estado Carmen Emilia Ospina, la Secretaría de salud departamental del Huila y el Hospital Hernando Moncaleano Perdomo, mediante el cual solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Dicha pretensión se encontraba encauzada a obtener de las entidades demandadas la continuación del proceso médico de detección de cáncer que había sido iniciado un año antes de haber interpuesto la presente acción de tutela.

Al consultar el expediente que corresponde a la acción promovida, esta Sala de Revisión observa que, en efecto, la Ciudadana reporta dos consultas médicas relacionadas con la dolencia “CANCER CERVICO UTERINO” (Fl. 24). Adicionalmente, se observa una orden médica suscrita el día 22 de marzo del año en curso en la cual se prescribe lo siguiente: “SS Perfil lipídico y P de Orina. Vx Ginecología. Control con resultados”.

Ahora bien, al examinar los formatos de negación de servicios de salud remitidos a la accionante por parte de Comfamiliar del Huila -26 de julio de 2007, 29 de marzo de 2007- se observa que el diagnóstico por el cual ha sido ordenada la valoración por ginecología

corresponde a “Cistoccele”. El fundamento alegado por la entidad para oponerse a la práctica de la mencionada valoración consiste en que, de acuerdo a la regulación pertinente, la patología padecida por la Ciudadana no se encuentra incluida en los contenidos asegurados por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, razón por la cual, a su juicio, debía dirigirse al Estado, el cual, a través de las IPS públicas o privadas con las cuales haya suscrito los correspondientes convenios, estaría en la obligación de prestar el servicio de salud requerido.

Para resolver la solicitud de amparo esta Sala de Revisión dará aplicación a los precedentes señalados en la parte motiva de esta providencia en virtud de los cuales corresponde a las Administradoras del Régimen Subsidiado realizar la valoración por el servicio de ginecología en la medida en que se cumplen los requisitos jurisprudenciales para aplicar la excepción de inconstitucionalidad del acuerdo en el cual se compilan los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado: (i) En primer lugar, el padecimiento de la enfermedad “cistoccele” puede llegar a someter a la Ciudadana a una situación en la que resulte comprometida su vida digna debido a la gravedad de los síntomas del padecimiento, consistentes en el desprendimiento de la vejiga y la consecuente pérdida del control de esfínteres, entre otras consecuencias. (ii) En segundo término, no se encuentra acreditada la existencia de procedimientos médicos que puedan reemplazar la práctica de la valoración por ginecología dentro del procedimiento médico que hasta ahora se viene adelantando. (iii) Adicionalmente, como fue señalado por la accionante en el escrito de demanda, en la actualidad se encuentra en una precaria situación de pobreza que se encuentra ratificada por su inscripción en el régimen subsidiado de salud. (iv) Para terminar, el examen médico fue ordenado por un galeno adscrito a la red de profesionales de la salud de la Administradora del Régimen Subsidiado Comfamiliar del Huila.

En cuanto a la amplitud de la orden que ha de ser emitida por esta Sala de Revisión, se considera oportuno volver sobre lo establecido en sentencia T-1041 de 2006 en la cual esta Corporación resolvió la pretensión de amparo de una ciudadana que reclamaba la práctica de un examen denominado “estroboscopia laríngea”. En cuanto al tipo de orden que debía ser proferida, se señaló lo siguiente: “esta Sala de revisión concederá el amparo al derecho fundamental a la salud de la ciudadana Beatriz Vivas haciendo énfasis en que la empresa demandada no sólo se encuentra obligada a practicar la estroboscopia laríngea, por las razones que ya han sido expuestas, sino a ofrecerle el tratamiento que requiera de acuerdo

a los resultados obtenidos. Una decisión contraria, esto es, un fallo en el cual tan sólo se ordenara la realización del examen, haría nugatoria la protección de los derechos fundamentales a la cual se encuentra comprometido el juez de tutela, puesto que la práctica del examen de diagnóstico está siempre orientada a la satisfacción de los objetivos que fueron señalados en el fundamento número 3° de esta providencia, entre los que se encuentra el determinar, con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología, el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud”.

Para terminar, en cuanto al supuesto padecimiento del cáncer de cuello uterino que alega la accionante, concluye esta Sala que no se encuentra acreditado en la historia clínica, pues en ésta sólo se observan referencias médicas al “cistocèle” para cuya atención se ha de emitir una orden en la parte resolutive de esta providencia. No obstante, como fue anotado en líneas precedentes, en la mencionada historia se encuentran dos consultas médicas relacionadas con el “CANCER CERVICO UTERINO” (Fl. 24), el cual si bien no aparece efectivamente diagnosticado no puede ser desconocido por el juez de tutela en su condición de garante de los derechos fundamentales. Al respecto, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el acuerdo 000306 de 2005 “Por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado”, el cual establece lo siguiente:

Artículo 2°. Contenidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (...)

3. Atenciones de Alto Costo: Garantiza la atención en salud a todos los afiliados en los siguientes casos: (...)

3.6. Casos de pacientes con Cáncer: La cobertura comprende la atención integral ambulatoria y hospitalaria necesaria en cualquier nivel de complejidad del paciente con Cáncer, e incluye:

- Todos los estudios necesarios para el diagnóstico inicial, así como los de complementación diagnóstica y de control.
- El tratamiento quirúrgico, los derechos de hospitalización.
- El manejo del dolor e intervenciones de tipo paliativo para el paciente Terminal.

Para la cobertura de servicios del POS-S cualquier medio médicamente reconocido, que se encuentre incluido en la Resolución 5261 de 1994, clínico o procedimental, es válido para la confirmación diagnóstica por parte del médico de los casos de cáncer.

En aquellos casos que fueren confirmados será responsabilidad de la ARS el pago de los procedimientos y actividades realizadas para la confirmación diagnóstica, sin necesidad de que hayan sido autorizados previamente por ella. En los casos no confirmados, los procedimientos y actividades realizadas no serán pagados por la ARS si no están dentro del POS-S y se financiarán con recursos de oferta.

En consecuencia, atendiendo las anotaciones realizadas en la historia clínica de la Ciudadana Alba Luz Cuellar y la afirmación, no controvertida dentro del proceso de tutela, según la cual fue detectado “un posible cáncer de cuello uterino” (Fl. 2), la Sala ordenará a la Administradora del Régimen Subsidiado Comfamiliar del Huila realizar a la peticionaria los exámenes médicos que sean necesarios para el eventual diagnóstico de cáncer, el cual, en caso de ser afirmativo deberá ser cubierto por tal entidad sin derecho a exigir recobro alguno debido a la inclusión de esta dolencia en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

VI. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Neiva, Huila y, en consecuencia, conceder el amparo de los derechos fundamentales a la vida y la salud de la señora Alba Luz Cuellar .

Segundo.- ORDENAR a la ARS Comfamiliar del Huila que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, autorice la práctica de los exámenes prescritos por el médico tratante, y asuma el seguimiento y tratamiento integral de la patología denominada CISTOCELE de la Ciudadana Alba Luz Cuellar. SEÑALAR que a la ARS Comfamiliar del Huila, le asiste el derecho de reclamar a la Secretaria Distrital de Salud del Huila los gastos asumidos por la práctica de los exámenes y demás requerimientos

necesarios para el tratamiento de la patología en mención. Igualmente, deberá garantizar que en lo sucesivo continuará prestando el servicio de atención médica a la Ciudadana, a fin de obtener la recuperación de su estado de salud.

Tercero.- ORDENAR a la ARS Comfamiliar del Huila que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, autorice la realización de los correspondientes exámenes del servicio de oncología para efectos de determinar el eventual padecimiento de cáncer por parte de la Ciudadana Alba Luz Cuellar. SEÑALAR que por este concepto a la ARS Comfamiliar del Huila no le asiste el derecho a reclamar la devolución de los emolumentos en los que incurra por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- COMPULSAR copias de esta decisión y del expediente a la Superintendencia de Salud para que, de considerarlo procedente, adelante las investigaciones pertinentes por la negación del servicio a la Ciudadana Alba Luz Cuellar.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencias T-1005 de 2004, T-1090 de 2004, T-1019 de 2004, T-354 de 2005, T-636 de 2001, T-1018 de 2002, T-495 de 2003, entre otras

2 Sentencia T-557 de 2006

3 En tal sentido, en sentencia T-557 de 2006 esta Sala de revisión precisó lo siguiente: “Debe afirmarse que esta distinción no deja de ser artificial en muchos sentidos, y desconoce pronunciamientos en el seno de la comunidad internacional en el sentido que todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes”

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

5 En la T-1022 de 2005 se citan los siguientes ejemplos, en casos del régimen contributivo: sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828, T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016, T-024 y T-086 de 2005.

6 En la T-1022 de 2005 se citan los siguientes ejemplos, en casos del régimen subsidiado: sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004; T-096 de 2005.

7 En la T-1022 de 2005, se citan por ejemplo: T-1181 de 2001; T-992 de 2002; T-599 y T-883 de 2003; T-494 y T-977 de 2004; T-086 de 2005

8 Ibídem