

Sentencia T-1092/12

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Protección constitucional especial

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Reiteración de jurisprudencia sobre el carácter de fundamental

ACCION DE TUTELA CONTRA COMFAMA EPS-S-Orden a EPS-S para que disponga valoración por especialista en salud oral a menor de edad

Referencia: expediente T- 3.599.907

Acción de tutela presentada por Flor Ángela Jiménez, a nombre de su menor hija Luz Dary Ruiz Jiménez, en contra de Comfama EPS-S y el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Contencioso Administrativo del Circuito de Medellín.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Flor Ángela Jiménez, a nombre de su hija Luz Dary Ruiz Jiménez, presentó acción de tutela contra Comfama EPS-S y el Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga, por la presunta

vulneración de los derechos fundamentales de las niñas y el derecho a la salud e integridad personal, dignidad humana, y los de las personas desplazadas por la violencia.

Señaló la accionante que frente a los síntomas de fiebre constante, escalofríos, dolores de cabeza y malestar general que padecía su hija, un médico de urgencias del “Centro de Salud de Buenos Aires” le diagnosticó “que le estaban saliendo las cordales, las cuales no tenían espacio, que por ello al estar saliendo corren la dentadura, generando dispersión en la dentadura, o maloclusión y con ello problemas estomacales, por lo cual requería de manera inmediata de una extracción de cordales y una ortodoncia completa para poder organizar la dentadura que está dislocada” y añadió “nada de este procedimiento se encuentra en el Pos, por lo cual no le quiso dar la orden para el procedimiento”.

Con base en dicho diagnóstico, la accionante fue al Centro de Salud Omnisalud, lugar en el que valoraron a la menor y le cotizaron el procedimiento de ortodoncia por un millón seiscientos cuarenta mil pesos (\$1.640.000).

Agregó que su hija continúa con dolores y que son desplazadas del barrio Caicedo por amenazas de grupos armados al margen de la ley, que vive en el barrio el Bosque donde paga un promedio de \$70.000 pesos de servicios públicos y que es vendedora de “Bonaise”.

2. Solicitud de tutela.

Por lo anterior solicitó que “se ordene a la EPS-S COMFAMA autorizar y verificar la realización inmediata sin la exigencia de copagos, cuotas moderadoras o de recuperación de extracción de cordales y ortodoncia completa (...) que autorice la realización del tratamiento médico integral necesario y que se desprenda de la patología que presenta en estos momentos así se encuentre por fuera del POS, sean ellos medicamentos, procedimientos, cirugías u hospitalizaciones (...) se le exonere de copagos y cuotas moderadoras o de compensación, en relación a todo lo ordenado para la patología que presenta en estos momentos, toda vez que su exigencia sería igual a negarle el servicio”.

3. Intervención de la entidad accionada.

3.1 Previa vinculación efectuada por el juez de primera instancia, la Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia solicitó ser exonerada de todo tipo de responsabilidad

“por cuanto no es de su competencia la prestación de los servicios solicitados por el accionante”.

Dijo que de conformidad con la ley y los decretos reglamentarios, a la EPS-S le corresponde la prestación de los servicios de salud y el suministro de medicamentos incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (Ley 1122 de 2007 artículo 14 literal j y Acuerdo 04, 05, 11 de 2010 de la CRES, la sentencia C- 463-08 y el Auto 342 de 2009 de la Corte Constitucional). Agregó que la Secretaría de Salud no puede asumir con su presupuesto el costo de un tratamiento integral que ya se ha pagado a la EPS-S, pues se estaría realizando un “doble pago con detrimento patrimonial del Estado para beneficiar a una entidad que esta incumpliendo las obligaciones a su cargo, lo cual constituye delito de peculado”. Dijo que se debe verificar “la no existencia de una urgencia vital que ponga en riesgo inminente la vida del paciente y la no existencia de otro medio ordinario de defensa del derecho tutelado”.

3.2 Comfama EPS-S solicitó “1. (...) declarar improcedente la tutela por falta de legitimación pasiva, toda vez que los servicios son competencia de la DSSA; 2. Si el despacho decide tutelar se solicita imponga lo excluido del POS a la DSSA; 3. Que en caso de imponer prestaciones No Pos a Comfama se le posibilite el recobro ante el Fosyga o la DSSA en un 100%; 4. Que se exonere al afectado del pago de cuotas de recuperación por lo NO POS-S (...)”.

Señaló que le corresponde prestar todo lo incluido en el POS-Subsidiado regulado en el Acuerdo 29/11 y que no hay soportes médicos del diagnóstico de mala oclusión dental y del tratamiento extracción de cordales y ortodoncia completa, y que en todo caso “los servicios solicitados no se encuentran dentro del plan de beneficios del POS, según el acuerdo 29 de 2011, expedido por la CRES, y más aún el tratamiento de ortodoncia está expresamente excluido del POS, según el numeral 10, del artículo 49, del mismo acuerdo 29”.

Solicitó que la orden se relacione con la mala oclusión dental o que se defina de forma clara las enfermedades respecto de las cuales se ordena garantizar la atención integral y, de conformidad con el Decreto 2357 de 1995 artículo 18 numeral 4, se exonere al afectado del pago de la cuota de recuperación.

3.3 Si bien la acción de tutela se dirigió contra el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, el juez de primera instancia decidió que “no integrará la litis con esta entidad, en virtud de que

su legitimación para actuar dentro del mismo no se logra demostrar en las circunstancias de hecho y de derecho expuestas por la parte actora”.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

a. Copia de un documento proveniente de “Omnisalud-Para toda la vida”, en el que el doctor Luis Arias estima por valor de un millón seiscientos cuarenta mil pesos (\$1.640.000) un tratamiento de ortodoncia completo para Luz Dary Ruiz (fl. 7 cdno. Tutela).

b. Por comunicación telefónica efectuada por el Oficial Mayor del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Medellín del 19 de junio de 2012 la accionante señaló que: “a principios del mes de abril del año 2012 su hija fue por urgencias al centro de salud del Barrio Buenos Aires por presentar fiebre y dolores de cabeza (...) allí la atendió una doctora, que el manifestó que su malestar obedecía a que le estaban saliendo las cordales (...) le manifestó que la atención odontológica que ella necesitaba tenía que cubrirla de forma particular porque no lo cubría el POS del SISBEN”.

Informó el funcionario que “al preguntarle quien había examinado a su hija en urgencia, si un médico general o un odontólogo, señaló que no lo sabe, porque su hija fue sola y simplemente le contó que la examinó una doctora que le recetó unas pastillas para el dolor y le recomendó que asistiera al odontólogo para la extracción de las cordales y tratamiento de ortodoncia. Asimismo al averiguarle si tenía alguna orden o fórmula médica, que diera cuenta de la atención recibida por su hija y los tratamientos recomendados, indicó que no, que lo único que le dieron fue las pastillas para el dolor (...) al preguntarle si había solicitado la extracción de cordales y el tratamiento de ortodoncia ante Comfama EPS-S, contestó que no porque la doctora que la atendió en urgencias le dijo que ese tratamiento tenía que ser de forma particular. Al averiguarle por el estado de salud de su hija y si recientemente ha sido valorada por algún odontólogo, aseveró que sigue con el malestar producto de las cordales y que no ha asistido a consulta” (fl. 18 cdno. Tutela).

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El 20 de junio de 2012 Juzgado Quinto Contencioso Administrativo del Circuito de Medellín resolvió declarar improcedente la presente acción de tutela y denegar el amparo solicitado.

Consideró que no está verificado que la falta de servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida de quien lo requiere, “toda vez que a la afectada, no le fue ordenada la prestación médica ‘extracción de cordales y tratamiento de ortodoncia completo’, que reclama, si no, que acudió a un centro que no integra la red de la EPS-S a que se encuentra adscrita a que fuera realizada la cotización de tal servicio. Igualmente la exigencia de que un procedimiento deba ser ordenado por el profesional médico adscrito a la red de prestadores de la entidad accionada, no se encuentra cumplida, toda vez que como lo indicó la accionante luego de que su hija recibiera la atención médica de urgencias, acudieron a varios centros odontológicos particulares donde la atendieron y realizaron presupuestos para el procedimiento de extracción de cordales y tratamiento de ortodoncia. Siendo claro (...) que dichas entidades no hacen parte de la red de profesionales que tiene dispuesta para prestar los servicios del Plan Obligatorio de Salud (...) ante la ausencia de los requisitos antes expuestos, para la procedencia de los suministros No POS, no es factible ordenar la atención, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, pues para obtener el reconocimiento de lo pretendido, la remisión que refiere la accionante le hicieron a su hija inicialmente en la atención de urgencia para ser valorada por odontología, debía ser autorizada y asignada por Comfama EPS-S para ser brindada por medio de alguno de sus profesionales, pero éste no es el caso, pues no se evidenció gestión de la parte actora para acceder a ello. Se observa además, que la accionante acudió directamente a incoar la presente acción de tutela, sin presentarse de un lado, la debido orden del médico tratante y de otro lado, sin solicitar el servicio a la entidad demandada, no presentándose negación alguna, ya fuera mediante formato de negación de servicios no POS, acta de no aprobación del Comité Técnico Científico, o de manera verbal, que pueda llevar a inferir vulneración o amenaza a los derechos del menor”.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Nueve, mediante auto del trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

2. CONSIDERACIONES.

2.1 Problema jurídico y esquema de resolución.

Pasa la Sala a determinar si los derechos fundamentales a la salud, integridad personal y vida digna de la menor Luz Dary Ruiz Jiménez, fueron vulnerados por la EPS-S accionada al no ordenar el tratamiento de “extracción de cordales” y “ortodoncia”, por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

A fin de resolver lo anterior, esta Sala i) reiterará la jurisprudencia acerca del carácter fundamental del derecho a la salud y analizará ii) el alcance del derecho al diagnóstico. Cumplido lo anterior, pasará a resolver el caso concreto.

i) Carácter fundamental del derecho a la salud. Reiteración Jurisprudencial.

1. La Constitución Política se refiere a la salud como un derecho y como un servicio público de carácter esencial. Así, está previsto como un derecho fundamental de los niños (artículo 44), como una garantía para las personas de la tercera edad (artículo 46) y para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (artículo 47). De igual forma, es considerado un servicio público de carácter obligatorio (artículo 48) que implica la obligación del Estado de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios para su promoción, protección y recuperación (artículo 49).

2. El derecho a la salud ha determinado la Corte es “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”¹, ello por que “el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías -aún cuando no tengan el carácter de enfermedad- afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal”².

3. Con la garantía del derecho a la salud el individuo tiene la facultad de desarrollar las diferentes funciones y actividades innatas al ser humano, lo que permite a su vez elevar el nivel de oportunidades para la elección y ejecución de un proyecto de vida, ejecutando de este forma derechos relacionados con la libertad, principio básico de la estructura estatal³. De este modo, la facultad de exigir el amparo del derecho a la salud se deriva de las

circunstancias particulares en que se encuentra el presunto afectado, pues son las que permitirán definir su vulneración por la transgresión directa a la dignidad humana.

Esta Corporación en sentencia de tutela T- 760 de 2008- citando la sentencia T- 227 de 2003-, respecto de la relación entre el derecho a la salud y la dignidad humana y la derivación del carácter fundamental del primero definió que:

“(…) el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la ‘libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle’ y de ‘la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad’, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

Así, se ha reconocido la procedencia del amparo vía tutela del derecho a la salud cuando el mismo se traduce en un derecho de contenido subjetivo. Al respecto, en la sentencia T-126 de 2010 se señaló que:

“(…) En la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esta corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la

mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.[16] Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela (...)”5.

4. A fin de hacer efectivo el derecho a la salud, la Constitución Política facultó al legislador a crear un sistema de seguridad social. Así, por medio de la Ley 100 de 1993 se estableció el Sistema de Seguridad Social Integral, implementado con el objetivo de “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, para la obtención de una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”6, en el que se crearon obligaciones al Estado y a la sociedad, y se dispuso de instituciones y recursos con el fin de garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y demás servicios complementarios.

En razón de dicha cobertura, se estableció que todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud “recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales que será denominado Plan Obligatorio de Salud”7 y el suministro de este plan está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud-EPS8.

5. De este modo, la garantía del derecho a la salud esta salvaguardada en la Constitución y en la ley, que en procura de lograr el bienestar general del ser humano ha estructurado un sistema general de seguridad social para satisfacerlo.

ii) Alcance del derecho al diagnóstico.

6. El concepto de un médico, esto es, el diagnóstico, es esencial para determinar los servicios en salud, por cuanto es la persona capacitada para definir con base en criterios científicos y, previo análisis al paciente, la enfermedad que padece y el procedimiento a seguir. Así, la realización del diagnóstico es un derecho, al ser un requisito necesario para garantizar la prestación de los servicios que se requieren para recuperar la salud.

7. Respecto del alcance del derecho al diagnóstico esta Corporación, en sentencia T- 760 de 2008, definió que en principio el concepto médico susceptible de valoración es el proporcionado por el profesional adscrito a la EPS a la cual se encuentra vinculado el paciente.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha avalado el concepto de un médico ajeno a la EPS y la ha obligado a su valoración. Bajo este supuesto ha estudiado casos en los que ha determinado que a) si este concepto se generó por ausencia de valoración médica por parte de los profesionales de la EPS o si la EPS tuvo noticia de la opinión médica y no la descartó de manera científica y con fundamento en la historia clínica del paciente, tiene el deber de confirmar, descartar o modificar dicho diagnóstico con base en consideraciones de carácter técnico y que b) si en el pasado ha valorado y aceptado dichos conceptos como de 'médico tratante', dicha orden obliga a la entidad a su cumplimiento.

8. Asimismo se ha determinado que este derecho se vulnera cuando la EPS o sus médicos adscritos se rehúsan o demoran la determinación del diagnóstico y la prescripción de un tratamiento para superar una enfermedad. En estos casos, esta Corporación ha concluido que al paciente le asiste el derecho a que le determinen lo necesario para conjurar la situación y por ende la EPS debe en cabeza de su personal médico, especializado de ser el caso, emitir respecto del paciente un diagnóstico y la respectiva prescripción que le permita iniciar un tratamiento médico dirigido a la recuperación de su salud o al alivio de su dolencia⁹.

9. De este modo, reitera la Sala que el derecho al diagnóstico es parte esencial del derecho a la salud, pues constituye la base para el suministro de los tratamientos necesarios para superar las afecciones y la consecución así de una vida digna.

3. Caso concreto

10. Conforme con los postulados jurídicos expuestos y el supuesto de hecho base de esta acción constitucional, esta Sala considera que se le vulneró el derecho fundamental a la salud en el ámbito del diagnóstico a Luz Dary Ruiz Jiménez, por lo que procederá a revocar la decisión del juez de primera instancia y en su lugar amparará el referido derecho fundamental. Como consecuencia de lo anterior, se ordenará a la entidad accionada la realización del diagnóstico a la accionante y de ser pertinente el suministro del referido

tratamiento. Las razones que sustentan la anterior decisión son las siguientes:

11. En primer lugar, enfatiza esta Sala que la menor, para superar su afección requiere de un tratamiento al parecer odontológico consistente en la extracción de cordales y el posterior tratamiento de ortodoncia, lo cual se deriva de la afirmación de que ésta padece dolores de cabeza y malestar general atribuidos a la situación descrita; y del documento allegado al expediente de tutela, en el que un médico de una entidad de salud conocida como "Omnisalud-Para toda la vida", vista la necesidad del tratamiento -se supone- efectúa una cotización para la realización del segundo, esto es, la "ortodoncia".

12. En segundo lugar, esta Sala con base en el principio de buena fe, da credibilidad a lo dicho por la accionante en el sentido que no fue proferida la orden médica de "extracción de cordales" y "ortodoncia" en el centro de salud, por cuanto se trata de un procedimiento no incluido en el POS-S. A esta afirmación, se le suma que para esta Sala no es desconocida la práctica por parte de los médicos de las distintas empresas promotoras de salud de no prescribir tratamientos excluidos del POS-S10, y que para este caso se constata que efectivamente el tratamiento de "ortodoncia" alegado no se encuentra en el POS-S11, y en relación con la "extracción de cordales" a pesar de que no hay una exclusión explícita en el mismo, se advierte que hace parte de un tratamiento integral, porque de este último procedimiento le sigue el tratamiento de "ortodoncia", la cual si está excluida del POS.

13. En tercer lugar, se advierte que no hay claridad acerca de si el "Centro de Salud de Buenos Aires" pertenece a la red de instituciones prestadoras de la EPS-S accionada, por cuanto no lo afirmó así la accionante y la entidad demanda no se refiere a ello, esta última sólo se limita a decir que no hay soportes médicos del diagnóstico aludido por la accionante. Al respecto, esta Sala considera que de pertenecer a la red de prestadores evidentemente se configura una omisión de la EPS-S accionada en la elaboración del diagnóstico y de la orden, y en caso de no pertenecer, es innegable conforme con lo expuesto anteriormente que la menor padece afecciones en su salud que deben ser diagnosticadas y tratadas

14. Con base en lo anterior, esto es, en la afectación del derecho a la salud de la accionante, en la falta de claridad acerca de si el "Centro de Salud de Buenos Aires" pertenezca a la red de instituciones prestadoras de la EPS-S accionada y en el hecho de que existe una valoración no consolidada, que no se materializó en la respectiva orden de servicio, esta Sala

considera que existen indicadores suficientes para concluir que a la accionante se le afectó su derecho fundamental a la salud en el ámbito del diagnóstico, por lo que tutelaré el referido derecho fundamental y ordenaré la realización del respectivo diagnóstico por parte de la EPS-S accionada.

15. Ahora bien, es pertinente para esta Sala recordar que en sentencia T- 646 de 2009 esta Corporación analizó un supuesto de hecho similar al referido en esta acción de tutela, en el que una menor de edad se vio en la necesidad de acudir a un médico particular para que le efectuara una cotización de un tratamiento de ortodoncia, por cuanto presentaba molestias en la dentadura, padecía de dolores en la mandíbula y no le prescribían un tratamiento de ortodoncia a pesar de que en las consultas médicas se dejaba entrever esa necesidad.

En este caso, se resolvió amparar el derecho a la salud de la menor y ordenar a la empresa promotora de salud autorizar la remisión de la menor con un especialista en salud oral y, según el diagnóstico, proceder a realizar el tratamiento que requiera.

La anterior decisión se fundamentó en que la madre de la menor no tenía capacidad económica para asumir el gasto cotizado y en que la falta de diagnóstico para determinar el origen de los padecimientos de la menor afectaba el derecho a la salud de la misma, de allí la necesidad de ser valorada por un especialista en salud oral y de autorizar, de ser el caso, un tratamiento, por cuanto el mismo no tiene la finalidad de ser estético sino de recuperar la salud y llevar así una vida digna.

16. Con base en el anterior precedente, esta Sala además de ordenar el referido diagnóstico a la menor Luz Dary Ruiz Jiménez, ordenará a la entidad accionada, para que, de ser el caso, suministre el tratamiento que prescriba el profesional de la salud si el mismo se encuentra en el POS. En caso de que considere que no se encuentre en el POS, la EPS-S accionada deberá suministrarlo en razón a la particular situación económica de la accionante y, de ser el caso, repetir contra el Fosyga. En todo caso, se instará a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia a garantizar el efectivo suministro del tratamiento excluido en el POS, teniendo en cuenta la particular situación económica de la accionante¹².

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del

pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia proferida el 20 de junio de 2012 por el Juzgado Quinto Contencioso Administrativo del Circuito de Medellín que resolvió declarar improcedente la presente acción de tutela y denegar el amparo solicitado, y en su lugar, amparar el derecho fundamental de la salud en el ámbito del diagnóstico a Luz Dary Ruiz Jiménez.

Segundo.- En consecuencia, ordenar a Comfama E.P.S-S que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, sea valorada Luz Dary Ruiz Jiménez, identificada con la tarjeta de identidad 950330-00651 por el especialista en salud oral con el fin de determinar el diagnóstico que se deriva de la patología descrita y si este profesional a su vez prescribe un tratamiento que se encuentra en el POS el mismo deberá ser inmediatamente suministrado. Al igual que el tratamiento que se encuentre excluido del POS con cargo al Fosyga.

Tercero.- Instar a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, a que en el evento en que el médico tratante prescriba a la menor Luz Dary Ruiz Jiménez un tratamiento excluido del POS, el mismo sea efectivamente suministrado teniendo en consideración la escasez de los recursos de la parte accionante.

Cuarto.- DAR por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente en comisión

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Consultar sentencia de tutela 597-93, 1218-04, 361-07 entre otras.

2 Sentencias de tutela 224-97, 722-01 949-04 y 515-07.

3 T-527-08.

4 Al respecto, continúa la sentencia: “Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica). Así, por ejemplo, en la actualidad existe consenso en torno a la absoluta necesidad de que los procedimientos judiciales y administrativos estén fijados normativamente (principio de legalidad) y que prevean la posibilidad de controvertir pruebas, presentar las propias y de rebatir argumentos y ofrecer los propios (derecho de defensa), para que la persona pueda ser libre y activa en sociedad; mientras que serán las circunstancias concretas las que definan si una cirugía estética únicamente persigue intereses narcisistas o responden a una necesidad funcional, para que la persona pueda ser activa en sociedad (v. gr. alteraciones funcionales y dolor que exigen una reducción de senos). Resulta ejemplarizante la discusión en torno el reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas, en la cual el consenso logrado únicamente se explica por la necesidad de proteger elementos funcionalmente indispensables para la correcta operación jurídica de estas instituciones. || Lo anterior, debe precisarse, no implica que en sí mismo derechos constitucionales no tengan carácter fundamental. La existencia de consensos (en principio dogmática constitucional) en torno a la naturaleza fundamental de un derecho constitucional implica que prima facie dicho derecho se estima fundamental en sí

mismo. Ello se explica por cuanto los consensos se apoyan en una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico. Así, existe un consenso sobre el carácter fundamental del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. Los consensos sobre la naturaleza fundamental de estos derechos claramente se explica por la imperiosa necesidad de proteger tales derechos a fin de que se pueda calificar de democracia constitucional y de Estado social de derecho el modelo colombiano. No sobra indicar que, en la actual concepción de dignidad humana, estos derechos son requisitos sine qua non para predicar el respeto por dicho valor.” Sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

5 Sentencia T-760 de 2008.

6 Artículo 1° de la Ley 100 de 1993.

7 Literal c) artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

8 Literal e) ibídem.

9 T-050-09 reiterada en T-452-10, T- 841-11.

10 En sentencia T- 841 de 2011 esta Corporación evidenció que “en algunas ocasiones las entidades del sistema de salud o su personal médico niegan o retardan la emisión de un diagnóstico y de la respectiva prescripción del tratamiento con el objetivo de evitar ser sujetos pasivos de la acción de tutela y con ello obstaculizan en la práctica la garantía del acceso a los servicios y prestaciones en salud a los que tienen derecho las personas”.

11 Conforme con el numeral 10 del artículo 49 del Acuerdo 29 de 2011 proferido por la Comisión de Regulación de Salud, se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud los tratamientos de periodoncia, ortodoncia, implantología, dispositivos protésicos en cavidad oral y blanqueamiento dental en la atención odontológica, diferentes a los descritos en el presente Acuerdo.

12 En diversos pronunciamientos esta Corporación ha definido que cuando se trata de un tratamiento excluido del POS del Régimen Subsidiado, la obligación principal, esto es, su satisfacción directa recae principalmente en el Estado. De manera excepcional cuando la afectación del derecho a la salud exige medidas urgentes, el tratamiento debe ser asumido

por la EPS con la facultad de recobrar al Fosyga. Si no es así, a la EPS le corresponde acompañar al paciente y coordinar con las entidades públicas o privadas con las que el Estado tiene convenio para su suministro (T-864-10, T-972-10, entre otras).
