

Sentencia T-1138/05

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida digna

DERECHO A LA SALUD-Protección a la vida en condiciones dignas

DERECHO A LA SALUD-Requisitos para suministro de medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD-Accionante solicita un implante coclear para escuchar mejor y este procedimiento no se encuentra incluido en el POS

Referencia: expediente T-1151313

Accionante: Pedro María Triana Martínez

Demandado: Mutual Ser A.R.S.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Octavo (8) Penal Municipal de Bogotá, en primera instancia, y el Juzgado Veintidós (22) Penal del Circuito Civil Municipal de Bogotá, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por Pedro María Triana Martínez contra Mutual Ser A.R.S

I. ANTECEDENTES

1. Hechos jurídicamente relevantes

1.1 El peticionario Pedro María Triana Martínez es un hombre de 55 años de edad, quien se encuentra clasificado en el Nivel II del SISBEN y está afiliado al régimen de salud subsidiado a través de la A.R.S Mutual Ser, desde el 1 de octubre de 2001.

1.2. El día 2 de Marzo de 2005, al accionante le fue diagnosticada una hipoacusia necrosensorial profunda, en el Hospital MEISSEN de la ciudad de Bogotá. Esta enfermedad, que padece desde hace ocho años, dificulta su comunicación con los demás pues no puede escuchar, razón por la cual su lenguaje se ha ido debilitando.

1.3 La médica tratante del peticionario asegura que la enfermedad del señor Triana no es susceptible de recuperación con un audífono, razón por la cual le indicó que el procedimiento médico adecuado para el tratamiento de su afección era un implante coclear, el cual mejoraría sustancialmente su calidad de vida.

1.4 Con la prescripción médica, el actor se dirigió a la A.R.S. accionada, la cual negó la autorización del procedimiento, considerando que el mismo no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y que por lo tanto, su valor debe ser asumido directamente por él.

## 2. Fundamentos de la acción y pretensiones

El peticionario considera que la negativa de la A.R.S. Mutual Ser de autorizar la práctica del implante coclear, prescrito por su médica tratante, desconoce el núcleo esencial de sus derechos a la salud, a la vida, y a la dignidad humana, así como la extensa jurisprudencia constitucional sobre esta materia.

Por esta razón, solicita que se tutelen sus derechos constitucionales fundamentales y que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la A.R.S. accionada, asumir la totalidad del costo del procedimiento, así como el tratamiento asistencial complementario que determine su médico, con la posibilidad de repetir su costo contra el Fosyga.

## 3. Oposición a la acción de tutela

En el Auto admisorio de la acción de tutela presentada, el Juzgado Octavo Penal Municipal decidió vincular al proceso, además de la A.R.S. accionada, a la Secretaría Distrital de Salud y al Ministerio de Protección Social -Fosyga-, teniendo en consideración que dichas entidades

podían verse afectadas con la acción promovida por el señor Triana Martínez. Las posiciones de estas entidades se presentan a continuación:

### 3.1. Contestación de la A.R.S. Mutual Ser

Dentro del término señalado, la A.R.S. Mutual Ser se opuso a las pretensiones de la acción de tutela, indiciando que en el Acuerdo 72 de 1997, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, no se encuentra la atención que requiere el señor Pedro Triana para el tratamiento de la hipoacusia neurosensorial que padece, es decir, el implante coclear.

Seguidamente, la A.R.S. accionada consideró que de conformidad con el artículo 4 del precitado Acuerdo 72 de 1997, las actividades, intervenciones y procedimientos que no se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado son responsabilidad de la respectiva entidad territorial con cargo a los recursos del subsidio a la oferta que se ejecuta a través de la red de prestadores públicos y privados adscritos.

Finalmente, la A.R.S. explicó que, en ningún momento, ha desconocido el derecho a la salud en conexidad con la vida del accionante pues el implante coclear fue recomendado por un profesional que no pertenece a la red de prestadores de servicios de salud, contratada por la A.R.S. Se trató, simplemente, de un concepto médico de la fonoaudióloga María Cristina Mejía quien manifestó al peticionario que “el caso suyo lo mejor que funciona es el implante coclear (...) es muy bueno, también muy costoso ...”. Esto lleva a la A.R.S. a concluir que no existe en el presente caso una amenaza o vulneración efectiva y plenamente demostrada de la violación a los derechos fundamentales del peticionario.

### 3.2. Oposición de la Secretaría Distrital de Salud

En escrito remitido al juez de primera instancia, el día 7 de abril de 2005, la Secretaría Distrital de Salud precisa que, efectivamente el señor Pedro María Triana Martínez se encuentra en el régimen subsidiado a través de la ficha 484555 fecha de encuesta 22 de Noviembre de 2000, con puntaje de 39.00, nivel 2 se encuentra afiliado y vigente con la A.R.S. Mutual Ser.

Por esta razón, considera que es la A.R.S. Mutual Ser, la llamada a garantizar de manera

integral, la prestación de los servicios de salud del peticionario, sin que haya lugar a declarar la responsabilidad de la Secretaría Distrital de Salud por la presunta violación de los derechos fundamentales del peticionario.

Por otro lado, la Secretaría Distrital de Salud señaló que dentro del escrito de tutela no aparecía con claridad que el implante coclear, hubiese sido prescrito al peticionario por parte del médico especialista en otorrinolaringología.

Finalmente, la Secretaría destacó que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, tratándose de un procedimiento no incluido en el POS-S, la A.R.S. debe autorizar su realización, practicarlo y recuperar su valor repitiendo contra el FOSYGA.

### 3.3. Respuesta del Ministerio de Protección Social

La Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica del Ministerio de Protección Social solicitó la exoneración del Ministerio y del FOSYGA del presente proceso, considerando que (i) corresponde a la A.R.S la prestación de los servicios a sus afiliados, a través del POS-S, (ii) y a la entidad territorial competente, en este caso el Distrito Capital, garantizar la prestación del servicio de salud a la población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidios a la demanda, teniendo en cuenta que dentro de la estructura del Sistema, dicha entidad territorial debe atender a las personas que se encuentren en estas circunstancias, a través de las IPS públicas o privadas contratadas, con cargo a al subsidio a la oferta.

## 4. Pruebas que obran en el expediente

4.1 Copia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación del señor Pedro María Triana Martínez (Cuaderno 2 - Folios 10 y 11 )

4.2. Copia de la prescripción médica del procedimiento de implante coclear de la médica especialista en otorrinolaringología del Hospital Meissen (Cuaderno 2 - Folio 12)

4.3. Copia de exámenes médicos practicados al peticionario por la fonoaudióloga Maria Cristina Mejía en abril de 2004 (Cuaderno 2 Folios 13 a 16)

1. Oficio fechado el 13 de abril de 2005, dirigido por el Gerente del Hospital Meissen E.S.E. al Juzgado Octavo Penal Municipal en el que informa que:

“ - El Hospital actualmente tiene suscrito contrato con la A.R.S. Mutual Ser.

- El paciente Pedro María Triana (...) fue atendido por la especialidad de otorrinolaringología el 02 de marzo de 2005 (se anexa hoja de atención), quien diagnostica hipoacusia la cual debe ser tratada con implante coclear.

- El implante coclear está clasificado por el Decreto 2423 de 1996 en su artículo 5 código 3311 grupo 23 , por tal razón la atención debe ser prestada en un hospital de III Nivel de Atención

Por ser una patología clasificada no POS-S (No contemplada en el plan obligatorio de salud subsidiado), por lo tanto el paciente debe acercarse a nuestra institución para hacerle entrega de un formato de referencia y contrarreferencia el cual se enviará a la Secretaría Distrital de Salud quien hará los trámites administrativos para definirle la institución donde le puedan realizar este procedimiento” (Cuaderno 2 - Folios 32-33)

- 4.5. Evolución médica del Paciente Pedro María Triana Martínez en el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. fechada el 3 de marzo de 2005. (Cuaderno 2 - Folio 34)

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

### 1. Primera instancia

En fallo proferido el día 18 de abril de 2005, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Bogotá decidió tutelar los derechos a la vida y a la integridad personal del peticionario Pedro María Triana Martínez y ordenó a la A.R.S. accionada que en el término de 48 horas, autorizara la realización del implante coclear que requiere.

Adicionalmente, el juez declaró que la A.R.S. tiene derecho a repetir contra la Secretaría Distrital de Salud para que ésta reembolse el valor o costos asumidos por la misma, en razón del cumplimiento del fallo, siempre y cuando los mismos tengan su origen en procedimientos y medicamentos excluidos del POS-S.

En las consideraciones de su fallo, el juez encontró debidamente acreditados las reglas trazadas por la jurisprudencia constitucional, que permiten la procedencia de la acción de tutela en aquellos eventos en los que los afiliados al régimen subsidiado requieren de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del POS-S.

En concreto, para el juez de instancia, no cabe duda de que el procedimiento de implante coclear es requerido de manera urgente por el peticionario para el mejoramiento de su calidad de vida; fue prescrito por un médico especialista adscrito a la A.R.S accionada; fue ordenado a una persona de escasos recursos económicos que pertenece al régimen subsidiado; no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado; y no puede ser reemplazado por otro procedimiento que si se encuentre en el POS-S.

## 2. Impugnación

Dentro del término fijado por el juez de instancia, la Secretaría de Salud Distrital y la A.R.S. Mutual Ser impugnaron el fallo de tutela proferida por el Juzgado Octavo Penal Municipal.

Para la Secretaría de Salud Distrital, la sentencia se equivoca cuando ordena que la A.R.S debe repetir contra dicha entidad, puesto que tratándose de medicamentos y servicios excluidos del POS-S, esta obligación debe ser asumida por el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA). Por esta razón se solicita la absolución de la Secretaría o que en su defecto, se le permita a ésta, repetir contra el FOSYGA, por aquellos servicios que no sean objeto de su competencia

Por su parte, la A.R.S. Mutual Ser manifestó su inconformidad con la sentencia considerando que (i) la especialista que prescribió el implante coclear no se encuentra adscrita a la red de prestadores del servicio de salud de Mutual Ser A.R.S., aún cuando preste sus servicios en el Hospital Meissen; (ii) el concepto de la médica tratante estuvo motivado por una opinión médica previa de una fonoaudióloga particular; (iii) el procedimiento prescrito al peticionario no se encuentra incluido en el POS-S, por lo tanto, no corresponde a la A.R.S. su realización y, finalmente, (iv) la responsabilidad en la prestación del servicio recae de manera exclusiva en la Secretaría Distrital de Salud y en su red de prestadores de servicios públicos o privados.

De conformidad con lo anterior, la A.R.S. Mutual Ser solicita la revocatoria del fallo proferido por el Juzgado Octavo Penal Municipal y que, en su lugar, se proceda a ordenar a la

Secretaría Distrital de Salud disponer y coordinar lo necesario para la realización del implante coclear al accionante Pedro María Triana Martínez.

### 3. Segunda instancia

El fallo de segunda instancia fue proferido por el Juzgado 22 Penal del Circuito de Bogotá. En éste se decidió confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Bogotá, pues se encontró que efectivamente, la A.R.S accionada desconoció el derecho a la salud en conexidad con la vida del peticionario, al abstenerse de autorizar el procedimiento quirúrgico que le fuera prescrito por su médico tratante.

En este sentido, el ad-quem consideró que la A.R.S. Mutual Ser está obligada a prestarle los servicios de salud tendientes a procurar la rehabilitación integral del peticionario, con los recursos provenientes del régimen subsidiado de salud, y con la posibilidad de repetir contra la Secretaría de Salud Distrital de Salud para que le pague los costos que asuma, por los procedimientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

## III. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema Jurídico.

De acuerdo con los hechos que han dado lugar a la controversia objeto de la presente acción de tutela, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer si resulta violatoria de los derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida, la decisión de la A.R.S Mutual Ser de no autorizar el procedimiento médico que le fuera prescrito al accionante Pedro María Triana Martínez.

Con el propósito de desarrollar y resolver el problema jurídico planteado, esta sentencia de reiteración de jurisprudencia tendrá la siguiente estructura. En primer lugar, y de manera

sucinta se reiterará la regla jurisprudencial según la cual el derecho a la salud tiene un carácter prestacional pero adquiere la connotación de fundamental al estar en conexidad con el derecho a la vida digna.

En segundo lugar, se reiterará una de los desarrollos de esta regla que consiste en afirmar que los derechos a la salud y a la vida son vulnerados cuando por razones de tipo legal o contractual, una entidad prestadora de servicios de salud niega el suministro de medicamentos o la práctica de tratamientos indispensables para la vida digna de un paciente.

La tercera parte del pronunciamiento presenta las reglas planteadas por la jurisprudencia de la Corte, en aquellos eventos en los cuales, las A.R.S. deben prestar determinados servicios médicos o suministrar medicamentos, pese a no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S Todo esto con el fin de proteger los derechos fundamentales de quienes necesitan medicamentos o tratamientos para la protección de su vida. En ese mismo punto, se presentan las vías que pueden seguir las A.R.S para recuperar aquellos gastos en los que puedan incurrir por la prestación de los servicios médicos no incluidos en el POS-S

Finalmente, teniendo en cuenta las reglas reiteradas se procederá a resolver el problema jurídico planteado en el caso concreto.

3. El derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental cuando se encuentra en conexidad con la vida.

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución, dentro del capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales. Allí se establece que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y que en Colombia se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar que, el derecho a la salud es, en principio, un derecho de naturaleza prestacional, pero que puede adquirir el carácter de fundamental cuando se encuentra en conexidad con el derecho a la vida y con otros que también tienen esa condición jurídica, como la integridad personal.

“Esta Corporación ha sostenido, que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un

derecho fundamental<sup>2</sup>, sí puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad.<sup>3</sup> De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente<sup>4</sup>, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas<sup>5</sup>. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental”<sup>6</sup>.

4. La vulneración del derecho a la salud en conexidad con la vida cuando por razones de tipo contractual o legal, se niega la práctica de un tratamiento o el suministro de medicamentos poniéndose en riesgo la vida.

Teniendo en cuenta la regla precedente, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en afirmar que el derecho a la salud en conexidad con la vida e integridad personal se vulnera, entre otras circunstancias, cuando por razones de tipo contractual o legal, una entidad encargada de prestar el servicio de salud decide negar la práctica de un tratamiento o el suministro de medicamentos poniendo en riesgo los precitados derechos de las personas.

Respecto al vínculo del derecho a la salud con el derecho a la vida, este tribunal ha sostenido que éste no se origina únicamente con la puesta en peligro de la existencia biológica del hombre. Así lo sostuvo la Corte en un reciente pronunciamiento:

“Según lo manifiesta la jurisprudencia constitucional, el vínculo del derecho a la salud con el derecho a la vida, no se origina únicamente a partir de que se ponga en peligro la existencia vital del hombre, pues éste no se refiere única y exclusivamente a la simple existencia biológica, sino que implica además, la posibilidad de que el individuo lleve una vida en condiciones dignas y pueda desempeñarse normalmente en sociedad, alcanzando un estado de salud lo mas lejano posible al sufrimiento y al dolor, pues al hombre se le debe respeto a la integridad física y una vida saludable en la medida que sea posible”<sup>7</sup>.

De acuerdo con esta sentencia, el juez constitucional para proteger el derecho a la salud en conexidad con la vida, puede considerar no sólo aquellas circunstancias que pongan en

riesgo la existencia biológica de la persona, sino también aquéllas que atenten contra una vida en condiciones dignas, es decir, aquélla que le permita al individuo el desarrollo de su proyecto de buen vivir en la sociedad en condiciones adecuadas.

5. Servicios médicos necesarios y excluidos del POS-S Reglas jurisprudenciales y vías para la protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, pese a que el juez constitucional protege el derecho a la salud cuando se encuentra en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, tal protección no es absoluta y requiere la verificación y el cumplimiento de un conjunto de reglas que han sido trazadas por esta Corporación<sup>8</sup>. Éstas son, en últimas, el equivalente a los requisitos de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales en este tipo de casos. Las reglas son:

1- Verificar si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del P.O.S.S -Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida del interesado, en el sentido señalado anteriormente.

1. Verificar que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el P.O.S.S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud.

1. Adicionalmente, se debe comprobar la incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

1. Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario.

Una vez verificados estos cuatro puntos, la jurisprudencia ha señalado que el juez de tutela tiene dos alternativas para la protección efectiva de los derechos fundamentales del accionante. Una primera alternativa consiste en ordenar a la A.R.S. gestionar ella misma la prestación del tratamiento, procedimiento o el suministro de los medicamentos requeridos por el paciente, siempre y cuando se encuentre en la capacidad de realizarlo, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA) o bien contra la Secretaría de Salud Departamental o Distrital respectiva.

Sobre esta última posibilidad, la de repetir contra la Secretaría de Salud Departamental o Distrital respectiva, es importante señalar que, de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 214 de la ley 100 de 1993, los recursos que destinen las direcciones seccionales, distritales y locales de salud al régimen de subsidios en salud, se manejan como una cuenta especial aparte del resto de recursos dentro del respectivo fondo seccional, distrital y local.

Adicionalmente, los artículos 43 y 45 de la ley 715 de 2001 que se refieren a las competencias de los departamentos y distritos en materia de salud, señalan dentro de sus funciones, la de gestionar la prestación de los servicios de salud en lo no cubierto con subsidios a la demanda mediante instituciones prestadoras del servicio de salud públicas o privadas, y la de financiar directamente con recursos propios la prestación de servicios de salud a la población más pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

En lugar de decidir que la A.R.S gestione directamente la práctica de un tratamiento o el suministro de medicamentos con posibilidad de repetir contra el FOSYGA o contra la Secretaría de Salud respectiva, el juez de tutela tiene una segunda alternativa que consiste en ordenar a la ARS coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario<sup>9</sup>.

## 6. El caso concreto

La Sala tendrá en cuenta, como base para adoptar una decisión, las siguientes consideraciones, de conformidad con los hechos que han quedado plenamente demostrados en el expediente. Para decidir se tendrá en cuenta que:

\* El accionante Pedro María Triana Martínez es un hombre de 55 años de edad, quien se encuentra clasificado en el Nivel II del SISBEN y está afiliado al régimen de salud subsidiado a través de la A.R.S Mutual Ser desde el 1 de octubre de 2001.

\* El día 2 de Marzo de 2005, al peticionario le fue diagnosticada una hipoacusia necrosensorial profunda, en el Hospital MEISSEN de la ciudad de Bogotá, por parte de una médica especialista en otorrinolaringología.

\* La hipoacusia necrosensorial es una enfermedad que dificulta la comunicación del peticionario con los demás, pues no puede escuchar, razón por la cual su lenguaje se ha ido debilitando.

\* La médica especialista que trata al peticionario asegura que la enfermedad que padece el señor Triana no es susceptible de recuperación con un audífono, razón por la cual le indicó que el procedimiento médico adecuado para el tratamiento de esta afección era un implante coclear, el cual mejoraría sustancialmente su calidad de vida.

\* Con la prescripción médica, el actor se dirigió a la A.R.S. accionada, la cual negó la autorización del procedimiento, considerando que el mismo no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y que por lo tanto, su valor debe ser asumido directamente por él.

\* El accionante es una persona de escasos recursos económicos y no se encuentra en capacidad de asumir el costo del procedimiento de implante coclear que le fuera prescrito por su médico tratante.

Teniendo en cuenta la situación fáctica que ha quedado acreditada, la Corte verificará el cumplimiento de las reglas de procedibilidad de la acción de tutela en este caso, que

claramente se enmarca dentro de la controversia acerca de la naturaleza jurídica adquirida por el derecho a la salud cuando se encuentra en conexidad con otros derechos.

Primero, para la Corte es claro que la no práctica del procedimiento de implante coclear, excluido del P.O.S.S, amenaza el derecho a la salud en conexidad con la vida del peticionario, especialmente desde el punto de vista de las condiciones dignas en las que debe desarrollarse la existencia. Esta Sala reitera, conforme se anotó en las consideraciones generales de esta providencia, que el derecho a la vida desde esta óptica, implica la posibilidad de que el individuo lleve una existencia en condiciones dignas y pueda desempeñarse normalmente en sociedad, alcanzando un estado de salud lo más lejano posible al sufrimiento y al dolor, pues al hombre se le debe respeto a la integridad física y una vida saludable en la medida que sea posible

La Sala llega a esta conclusión basada, fundamentalmente, en el concepto de la médico especialista tratante, quien en la prescripción médica y en el formato de evolución médica del paciente, señala de manera expresa que su padecimiento no es susceptible de recuperación ni siquiera con un audífono, lo cual da cuenta de la gravedad de la enfermedad padecida por el señor Triana.

A esto debe agregarse la manifestación realizada por el peticionario en la acción de tutela, cuando señala que “la comunicación con los demás es muy difícil, porque no escucho, mi lenguaje con los demás se ha venido debilitando”. Esta afirmación no ha sido desvirtuada por ninguna de las vinculadas como accionadas a este proceso de tutela y da cuenta de la afectación en su calidad de vida como consecuencia de la hipoacusia necrosensorial profunda que padece desde hace varios años, dificultándose incluso su relación con los demás.

Segundo, no obra prueba en el expediente de que el procedimiento pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el P.O.S.S -Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -. La Corte concluye entonces que tales alternativas no le fueron sugeridas al accionante por parte de los médicos tratantes. De haberlo sido y de haberse comprobado que otro procedimiento tenía igual efectividad para el tratamiento de sus afecciones, la tutela hubiese resultado improcedente en el presente asunto.

La Sala otorga total credibilidad al concepto de la médico especialista tratante, en el caso

concreto, pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el médico tratante es una persona calificada profesionalmente, que atiende directamente al paciente y en nombre de la entidad que le presta el servicio. Por lo tanto, es el criterio expuesto por el médico tratante del paciente el que prima a la hora de determinar la necesidad de practicar un procedimiento que se encuentre excluido de los Planes Obligatorios de Salud.<sup>10</sup>

Tercero, las afirmaciones del actor en el escrito de la acción de tutela, la verificación de que el peticionario efectivamente se encuentra clasificado en el encuesta SISBEN en el nivel II y su consecuente pertenencia al régimen subsidiado, comprueban la incapacidad económica del peticionario de sufragar los gastos del procedimiento que requiere, así como de su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

En su escrito de tutela, el peticionario asegura que “vive solo, me desempeño como vendedor ambulante, lo que gano solo alcanza para medio comer, debo cancelar una habitación, mi salud se ha venido deteriorando cada día más (...)

Señor Juez, soy una persona de escasos recursos económicos para sufragar esta clase de procedimiento, no cuento con otros recursos (...)

Estas afirmaciones tampoco han sido desvirtuadas por las vinculadas como demandadas a este proceso de tutela y dan cuenta de la situación económica precaria que atraviesa el peticionario. A esto debe agregarse que el día 7 de abril de 2005, ante el juez de primera instancia, la Secretaría Distrital de Salud certificó que efectivamente el señor Pedro María Triana Martínez se encuentra en el régimen subsidiado a través de la ficha 484555 fecha de encuesta 22 de Noviembre de 2000, con puntaje de 39.00, nivel 2 se encuentra afiliado y vigente con la A.R.S. Mutual Ser.

Finalmente, para esta Sala no cabe duda, que el procedimiento de implante coclear fue prescrito por un médico especialista en Otorrinolaringología del Hospital Meissen de la ciudad de Bogotá, con el cual tiene contrato la A.R.S. Mutual Ser, conforme lo informara el Gerente de dicha Empresa Social en Oficio del 13 de abril de 2005, dirigido al Juzgado Octavo Penal Municipal, donde se afirma que

“ - El Hospital actualmente tiene suscrito contrato con la A.R.S. Mutual Ser.

- El paciente Pedro María Triana (...) fue atendido por la especialidad de otorrinolaringología el 02 de marzo de 2005 (se anexa hoja de atención), quien diagnostica hipoacusia la cual debe ser tratada con implante coclear (...)"

Para la Sala no es de recibo el argumento de la A.R.S. accionada en su escrito de impugnación de tutela cuando afirma que la especialista que prescribió el implante coclear no se encuentra adscrita a la red de prestadores del servicio de salud de Mutual Ser A.R.S., aún cuando preste sus servicios en el Hospital Meissen. Tal afirmación desconoce la existencia de una relación contractual debidamente probada, entre la A.R.S. y el mencionado Hospital Meissen, a quien corresponde la prestación material de los servicios de salud a los afiliados al régimen subsidiado, como el señor Triana Martínez.

Tampoco comparte la Sala, el argumento de la A.R.S. accionada cuando sostiene que el concepto de la médica tratante estuvo motivado por una opinión médica previa de una fonoaudióloga particular que atendió al señor Triana. La Sala encuentra que esta afirmación desconoce la autonomía y profesionalismo de un especialista en otorrinolaringología. Una vez más la Sala reitera que otorga total credibilidad al concepto de la médico especialista tratante, en el caso concreto, pues se trata de una persona calificada profesionalmente y es su criterio el que prima en el momento de determinar la necesidad de practicar un procedimiento que se encuentre excluido del POS-S. El concepto de la fonoaudióloga particular, por el contrario, no hace más que confirmar la necesidad de la práctica del procedimiento del implante coclear para el tratamiento de la enfermedad padecida por el peticionario.

Teniendo en cuenta la argumentación anterior, esta Corporación concluye que resulta violatoria de los derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida, la decisión de la A.R.S Mutual Ser de abstenerse de autorizar el procedimiento de implante coclear que le fuera prescrito al accionante de este proceso.

En consecuencia, y dado el carácter urgente de las afecciones del petente, que exige una protección inmediata de sus derechos fundamentales, la Corte debe confirmar las decisiones de instancia que ampararon de manera inmediata los derechos invocados por la accionante y, por lo tanto, ordenaron a la A.R.S. gestionar ella misma la práctica del procedimiento de implante coclear requerido, en caso de no haber sido practicado.

Esta situación obligó a los jueces de instancia a pronunciarse sobre el derecho que asiste a la A.R.S de recuperar el valor de los gastos en los que haya incurrido en cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales.

La Corte también confirma la orden de los jueces de instancia, en el sentido de que tanto en el caso del procedimiento de implante coclear como en el del suministro de los medicamentos y tratamientos no incluidos en el POS-S ligados con la práctica de este procedimiento, se autorice a la A.R.S Mutual Ser para que repita contra la Secretaría de Salud Distrital de conformidad con los artículos 214 de la ley 100 de 1993, y con los artículo 43 y 45 de la ley 715 de 2001, pues la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos no puede ir en desmedro de los intereses económicos que los particulares ponen en la prestación de los servicios de salud. Sin embargo, como lo dijeron los jueces de instancia, la repetición sólo puede adelantarse por aquellos medicamentos y procedimientos que efectivamente no se encuentran incluidos en el POS-S porque, de estarlo, la obligación de su suministro correspondería directamente a la A.R.S., sin tal posibilidad de repetir contra la Secretaría de Salud Distrital de Bogotá.

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. Por las razones expuestas en esta providencia, CONFIRMAR las sentencias proferidas por el Juzgado Octavo (8) Penal Municipal de Bogotá D.C. el día 18 de abril de 2005, en primera instancia, y por el Juzgado Veintidós (22) Penal del Circuito de esta misma ciudad, el día 8 de Junio de 2005, en segunda instancia, que tutelaron los derechos a la salud en conexidad con la vida del peticionario Pedro María Triana Martínez.

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

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En este pronunciamiento -con ponencia de Alvaro Tafur Galvis- la Corte conoció de una acción de tutela que demandaba la atención en salud de una persona que pertenecía al régimen subsidiado, que no podía valerse por sí sola, y que tenía como antecedente un tumor grave en el cerebro. Esta persona requería del suministro de algunos medicamentos para mejorar su estado de salud pero la A.R.S se negaba a suministrarlos.

2 Sentencias T-395 de 1998; T-076 de 1999 y T-231 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Ver Sentencias T-271 de 1995; T-494 de 1993 y T-395/98.

4 Al respecto se pueden consultar las sentencias SU-111 de 1997; SU-039 de 1998; T-236 de 1998; T-395 de 1998; T-489 de 1998; T-560 de 1998, T-171 de 1999, entre otras.

5 Ver Sentencia No T-271 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia T-494 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 Sentencia T-1036 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero

7 Sentencia T-1213 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil. En este pronunciamiento, la Corte conoció la acción de tutela promovida por Maria Yolanda Retallak Rojas contra la Secretaría de Salud de Bogotá con el fin de que la entidad accionada cubriera la consulta médica y los medicamentos prescritos por su médico tratante, con el fin de contrarrestar sus problemas pulmonar y cardiaco.

8 Sentencia T-1213 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil

9 Esta regla está contenida en sentencias como la T-264 de 2004 con ponencia de Alvaro Tafur Galvis. En esa misma sentencia se explica que la dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: Por un lado, con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y por el otro, con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. El punto común de estas dos alternativas de solución parte de reconocer la vulneración de un derecho fundamental del peticionario, generalmente del derecho a la salud o a la seguridad social en conexidad con los derechos fundamentales a la vida o a la integridad de la persona, lo cual, como se indicó, constituye una condición de procedencia de la acción de tutela.

10 Así por ejemplo, en la Sentencia T-1007 de 2003, la Sala Tercera de Revisión recordó la prelación del concepto del médico tratante sobre las determinaciones de los funcionarios administrativos de la entidad, e incluso sobre los Comités técnicos científicos de las E.P.S. cuando no argumenten sus decisiones basados en conceptos médicos completos, que suponen la presencia de opiniones expertas en la especialidad médica respectiva, que logre desvirtuar la inconveniencia de lo formulado por el médico que trata directamente al paciente. Al respecto señaló la Corte en la Sentencia T-1007 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño): “La jurisprudencia de la Corte señala que es el criterio expuesto por el médico tratante del paciente el que prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del fármaco excluido del POS. La prescripción del médico tratante es prevalente, incluso frente al criterio de los funcionarios administrativos de las entidades prestadoras, salvo en el caso del comité técnico científico de la EPS, quien podrá reversar la decisión del profesional de la salud a condición que se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente”.