

Sentencia T-1181/08

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Presupuestos fácticos

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Procedencia

ACCION DE TUTELA-Orden a EPS-S de realizar cirugía vitrectomía más laser e inyección de silicona intraocular

Referencia: Expediente T-1999236

Acción de tutela instaurada por Gilberto Aragón Torres contra Comparta EPS-S y la Secretaría Departamental de Salud del Tolima.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería 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 de instancia única dictado por el Juzgado Primero Civil del Circuito del Espinal -Tolima-, el día seis (6) de febrero de dos mil ocho (2008), en el trámite de la acción de tutela instaurada por el señor Gilberto Aragón Torres contra Comparta EPS-S y la Secretaría Departamental de Salud del Tolima.

I. ANTECEDENTES.

El señor Gilberto Aragón Torres interpuso acción de tutela en contra de Comparta EPS-S y la

Secretaría Departamental de Salud del Tolima, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

HECHOS.

El señor Gilberto Aragón Torres sustentó su demanda de acuerdo con los siguientes hechos:

1.- Manifestó que desde el mes de julio de dos mil siete (2007) el médico especialista, Doctor Carlos Cortés Luna, le ordenó realizarse la cirugía “VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR en el órgano visual izquierdo”. Sin embargo, señaló que al acudir, por primera vez, a la EPS-S Comparta y a la Secretaría Departamental de Salud del Tolima al solicitar su autorización, las mismas se la negaron.

2.- Expresó que pasado un lapso, regresó ante el médico especialista, Doctor Carlos Cortés Luna, quien le volvió a ordenar la realización de la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR en el órgano visual izquierdo pues: “según el médico es una cirugía importante ya que es la tercera (3ª) que se me realiza y por lo tanto el tratamiento de retina se debe llevar a cabo con el fin de evitar que el ojo se deteriore”¹

3.- Informó que ante ello, se dirigió nuevamente a Comparta EPS-S y a la Secretaría Departamental de Salud del Tolima para que le fuera autorizada por segunda vez la realización de la cirugía prescrita pero, nuevamente, le fue negada.

4.- Aclaró que: “(..) la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR se me debe practicar a la mayor brevedad pues el diagnóstico es que debe hacerse urgente, así lo manifestó el doctor CARLOS CORTÉS LUNA médico Oftalmólogo de Retina.”²

Por último añadió que, “Es de anotar que la A.R.S. COMPARTA y la Secretaría de Salud Departamental han sido negligentes al no remediar la situación que vengo padeciendo en mis vistas al no gestionar la realización de la cirugía de VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR, la cual se requiere con urgencia, y que de no llevarse a cabo puede ocasionar otras patologías más severas”³

Solicitud de tutela.

6.- El señor Gilberto Aragón Torres considera vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, por lo que solicita se ordene a Comparta EPS-S y a la Secretaría Departamental de Salud del Tolima autorizar la realización de la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR ordenada por el médico tratante, Doctor Carlos Cortés Luna, para no perder la visión de su ojo izquierdo.

Pruebas aportadas al proceso.

7.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia de “Atenciones ambulatorias no autorizadas” en la que se lee que el documento Cc5894791 fue revisado por el Doctor Aldo Eugenio Beltrán y se señala que el paciente, Gilberto Aragón Torres, requiere de una “VITRECTOMIA + LASER + INYECCIÓN DE SILICON INTRAOCULAR”, procedimiento quirúrgico que le es negado por segunda vez.⁴
- Copia de la historia clínica del señor Gilberto Aragón Torres, emitida por la Clínica de Ojos Ltda. en la ciudad de Bogotá y suscrita por el médico especialista en oftalmología, Doctor Carlos Fernando Cortés Luna.⁵
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Gilberto Aragón Torres.⁶
- Copia del carné de afiliación a Comparta EPS-S del señor Gilberto Aragón Torres.⁷

Intervención de Comparta EPS-S.

8.- Comparta EPS-S a través de su Gerente Departamental del Tolima, señora Gladis Rocío Parra Cañón, solicitó la improcedencia de la acción de tutela con base en las siguientes consideraciones:

* Señaló que el señor Gilberto Aragón Torres se encuentra afiliado a COMPARTA EPS-S desde el primero (1) de abril de dos mil dos (2002) con carne No 7326818998 por lo que es beneficiario del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, contemplado en el Acuerdo 306 del CNSSS.

* Informó que no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental al señor Gilberto Aragón Torres, pues a la fecha no se ha conocido requerimiento alguno de servicios de salud en las instalaciones de la EPSP-S Comparta en Ibagué, como tampoco en la Agencia Social ubicada en el Municipio del Espinal, sino hasta el veinticuatro (24) de enero de dos mil ocho (2008) fecha en la que le fue notificada la presente acción de tutela.

* Expresó que, el servicio médico requerido por el accionante no se encuentra dentro del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado conforme lo prescrito por el Acuerdo 306 de 2005.

* Añadió que al no estar incluido el procedimiento prescrito al señor Gilberto Aragón Torres dentro del Acuerdo 306 de 2005, éste debe acudir a la Secretaría Departamental de Salud del Tolima para que a través del subsidio a la oferta sea ésta entidad quien autorice la realización de la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR.

Intervención de la Secretaría de Salud Departamental del Tolima.

9.- La Secretaría de Salud Departamental del Tolima a través de su Secretario Departamental, señor Diego Johany Escobar Guinea, solicitó que se exonerara de toda responsabilidad a la entidad que representa pues, de acuerdo con el artículo 2°, inciso 5° del Acuerdo 306 de 2005 es a la EPS-S Comparta a quien le corresponde asumir la atención y todo el tratamiento integral que requiera el usuario.

En efecto, señaló que: “Desprendiéndose que es una obligación de carácter legal a la EPS SUBSIDIADA como igualmente se debe tener presente que quien tiene la posibilidad de recobrar ante el Fosyga es la Entidad Prestadora de Salud por efectos de la compensación y no la Secretaría de Salud Departamental, sin contar que a través del Municipio de residencia de la accionante (sic) le es cancelada una UPC a la ARS COMPARTA para la atención del accionante por parte del Gobierno Nacional por intermedio del régimen subsidiado, la cual una parte de ella es compensada por el Estado circunstancia que adolece el ente territorial

para recobrar todo el tratamiento que se ocasione con el usuario.”⁸

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

Instancia Única. Juzgado Primero (1) Civil del Circuito del Espinal -Tolima-.

El Juzgado Primero (1) Civil del Circuito del Espinal -Tolima-, mediante sentencia proferida el día seis (6) de febrero de dos mil ocho (2008) negó el amparo solicitado por el señor Gilberto Aragón Torres a sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, por considerar que en el presente caso no se le podía indilgar responsabilidad alguna a ninguna de las dos entidades demandadas toda vez que no se evidenciaba que el accionante hubiese acudido a tales dependencias a solicitar la autorización de la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR.

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Ocho (8), mediante Auto del veintidós (26) de agosto de dos mil ocho (2008) dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio.

2.- El señor Gilberto Aragón Torres considera vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y vida digna por parte de Comparta EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima al no autorizarle la práctica de la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR necesaria para evitar la pérdida de visión en su ojo izquierdo, tal como lo prescribió su médico tratante, Doctor Carlos Cortés Luna.

Por tal razón, solicita se ordene a Comparta EPS-S o en su defecto a la Secretaría de Salud Departamental del Tolima autorizar y ordenar la realización del procedimiento quirúrgico

VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR.

Por su parte, Comparta EPS-S señaló que no se le podía indilgar ninguna responsabilidad en su contra pues, el señor Gilberto Aragón Torres nunca había solicitado en las dependencias de esa entidad, la autorización de la cirugía prescrita. Adicionalmente expresó que, la intervención quirúrgica - VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR- no se encuentra incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (Acuerdo 306 de 2005) razón por la que el accionante debía acudir ante la Secretaría de Salud Departamental del Tolima para que a través del subsidio a la oferta se le realizara el procedimiento médico requerido en su ojo izquierdo.

Ahora bien, la Secretaría de Salud Departamental del Tolima manifestó que era Comparta EPS-S a quien le correspondía suministrar todos los servicios médicos requeridos así como el tratamiento integral para contrarrestar las dolencias del accionante toda vez que, dicha entidad tenía la facultad legal de repetir contra el Fosyga por las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

El Juez Primero (1º) Civil del Circuito del Espinal Tolima, mediante sentencia proferida el día seis (6) de febrero del presente año, negó el amparo solicitado al considerar que las entidades demandadas no habían desconocido los derechos fundamentales a la salud y vida digna del señor Gilberto Aragón Torres pues, éste no había solicitado la práctica de la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR en dichas dependencias.

3.- Con fundamento en lo expuesto, debe la Sala revisar la sentencia emitida que niega la protección solicitada. En este orden de ideas, deberá resolver el siguiente asunto: (i) ¿Comparta EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima desconocieron los derechos fundamentales a la salud y vida digna del señor Gilberto Aragón Torres al negarle la autorización para realizar la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR con el fin de evitar la pérdida de visión en su ojo izquierdo?

Para resolver las cuestiones planteadas estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre: (i) el derecho a la salud, ii) el suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y, (iv) analizar el caso concreto.

El derecho fundamental a la salud. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y por otro en un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación en observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

Al respecto ha dispuesto esta Corte: “El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles .Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”⁹

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación en un principio, entendió que el derecho a la salud no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que “se concretara en una garantía subjetiva”¹⁰ es decir, cuando al ciudadano se le negaba el derecho a recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y sus normas complementarias o, cuando en aplicación de la tesis de la conexidad se evidenciaba que su no protección a través del mecanismo de tutela acarrearía a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal.¹¹

Y ello se entendió así porque, tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano se hacía la distinción entre derechos civiles y políticos -derechos fundamentales-, por una parte, y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional -derechos de

segunda generación- para cuya realización es necesario de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento . Frente a los primeros, la protección a través del mecanismo de tutela operaba de manera directa mientras que frente a los segundos era necesario que el peticionario entrara a demostrar que la vulneración de ese derecho -de segunda generación- conllevaba a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental.¹²

Así las cosas, con anterioridad para obtener la protección directa del derecho a la salud era necesario, (i) que la prestación negada se encontrara incluida dentro del Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud o el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado ó (ii) que el desconocimiento de ese derecho constitucional impidiera el goce efectivo de un derecho fundamental, como la vida o integridad personal. Con todo, la jurisprudencia de esta Corte, también, señaló que el derecho a la salud era tutelable “en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”¹³ en virtud del “principio de igualdad en una sociedad”¹⁴

Ahora bien, en su afán de proteger y garantizar los derechos constitucionales de todos los habitantes del territorio nacional, la jurisprudencia constitucional replanteó las subreglas mencionadas y precisó el alcance del derecho a la salud. Así, haciendo una relación entre derecho fundamental y dignidad humana llegó a la conclusión de que “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”¹⁵ pues, “uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de “dignidad humana”, el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona”¹⁶

Con base en ello, esta Corporación en sus más recientes pronunciamientos consideró “artificial” tener que acudir a la tesis de la “conexidad” para poder darle protección directa al derecho a la salud y estimó que “la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden

negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”¹⁷

A su vez, también precisó que en el derecho fundamental a la salud “su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud – supuestamente no fundamental – con el derecho a la vida u otro derecho fundamental – supuestamente no prestacional-.”¹⁸

Y, en sentencia T-760 de 2008 se señaló:

“Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”¹⁹

Por consiguiente, esta Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental. Por consiguiente, cuando quiera que las

instancias políticas o administrativas competentes sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para orientar la realización de estos derechos en la práctica, a través de la vía de tutela el juez puede disponer su efectividad, dada su fundamentalidad, más aún cuando las autoridades desconocen la relación existente entre la posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales²⁰.

Suministro de medicamentos excluidos en Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Reglas sobre la inaplicación de las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Reiteración de jurisprudencia.

5.- Si bien es cierto que la consagración legal de un Plan Obligatorio de Salud Subsidiado posee fundamento constitucional y en esa medida justifica la delimitación de las responsabilidades y obligaciones de naturaleza prestacional a cargo de las Entidades Promotoras de Salud en aplicación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad social, también lo es que debe haber una debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios, en especial la vida en condiciones dignas y la integridad física.

Bajo ese supuesto, se presenta una tensión entre la determinación constitucional de exclusión de ciertas prestaciones a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, en aras de garantizar la asistencia de un servicio eficaz y eficiente²¹ y, la efectiva protección de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio, especialmente el de la vida e integridad física, habida cuenta la condición de inmunidad que los cubre, conforme al artículo 5° constitucional y, el expreso fin estatal de garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución por el artículo 2° de la misma.²²

Con todo, esta Corte para ofrecer una efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas ha establecido que en determinados casos, en aplicación del artículo 4° de la Constitución Política de 1991, es posible inaplicar las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-POS-S-, siempre que se cumplan con los requisitos que, igualmente, ha establecido esta Corporación.

Así en sentencia SU-480 de 1997, este Tribunal estableció los presupuestos necesarios para inaplicar las normas que regulan la exclusión de procedimientos y medicamentos del Plan

Obligatorio de Salud –POS-S-:

1. “Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

1. “Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

1. “Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

1. “Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.” 23

Del caso en concreto.

6.- De acuerdo con las consideraciones de esta Corte, la protección a los derechos a la salud y vida digna del señor Gilberto Aragón Torres procede a través del mecanismo de tutela, toda vez que se evidencia su presunta violación por parte de Comparta EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima al negarle la autorización y práctica de la cirugía “VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR”, como quiera que los mismos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En ese sentido, esta Corte es

competente para conocer y analizar del caso y ordenar la protección de los derechos fundamentales presuntamente violados.

7.- Así las cosas, para esta Sala es evidente que el señor Gilberto Aragón Torres requiere de manera urgente la intervención quirúrgica consistente en “VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR”, como quiera que está en riesgo de pérdida la visión de su ojo izquierdo pues tal como él lo señala, “por que según el médico es una cirugía importante ya que es la tercera (3ª) que se me realiza y por lo tanto el tratamiento de retina se debe llevar a cabo con el fin de evitar que el ojo se deteriore”²⁴ . De igual manera es claro que la no realización del procedimiento quirúrgico requerido afectaría gravemente la integridad personal y la vida en condiciones dignas del peticionario, razón por la que esta Sala considera pertinente analizar si el caso sub examine cumple con los requisitos señalados por esta Corporación para inaplicar las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud –Subsidiado-.

Sin embargo, es importante aclarar que de acuerdo con lo informado por Comparta EPS-S el ciudadano Gilberto Aragón Torres nunca requirió ante sus dependencias el servicio de cirugía, cuestión que se desvirtúa con la prueba que obra en el expediente que demuestra que al señor Aragón Torres no se le autorizó la práctica del procedimiento “VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR”, por parte del Doctor Aldo Beltrán²⁵. Es más, la misma accionada en la contestación del escrito de tutela afirma que, independientemente de que el peticionario hubiese o no diligenciado ante sus dependencias la autorización de la cirugía, lo cierto es que el procedimiento “VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR” no se encuentra incluido dentro de las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, razón por la que el accionante hubiese tenido que acudir ante la Secretaría de Salud Departamental del Tolima para que ésta le autorizara el procedimiento quirúrgico a través del subsidio a la oferta.²⁶

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación para inaplicar las normas que regulan las exclusiones de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud –Subsidiado- es necesario “que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas”, cuestión que se cumple en el caso sub examine

como quiera que de no practicarse la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR se corre el riesgo de que el señor Gilberto Aragón Torres pierda totalmente la visión en su ojo izquierdo, afectándole gravemente su integridad personal y la posibilidad de llevar una vida en condiciones dignas.

Por otra parte, también es importante constatar “que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario”. Tal como obra en el expediente, y como lo señala el señor Gilberto Aragón Torres en el escrito de tutela: “el especialista me volvió a autorizar la misma cirugía, por que (sic) según el médico es una cirugía importante ya que es la tercera (3ª) que se me realiza y por lo tanto el tratamiento de retina se debe llevar a cabo con el fin de evitar que el ojo se deteriore.”. Por lo tanto, al ser la tercera intervención quirúrgica dentro de un tratamiento tendiente a contrarestar el riesgo de pérdida de visión en el ojo izquierdo, es claro que el segundo de los requisitos jurisprudenciales se cumple.

De igual manera es menester, “que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.” La Sala encuentra que el señor Gilberto Aragón Torres es beneficiario del Sistema General de Seguridad Social en Salud Subsidiado y que el mismo pertenece al nivel I del Sisben, razones suficientes para deducir que el accionante no cuenta con los recursos económicos suficientes para cubrir el costo de la operación.

Por último, es necesario corroborar “que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.” Como se evidencia en el expediente, el médico tratante del señor Aragón Torres, Doctor Carlos Fernando Cortés Luna, especialista en oftalmología de la Clínica de Ojos de Bogotá, no es un galeno adscrito a la red de Comparta EPS-S, cuestión que llevaría a la negación del amparo al derecho a la salud del accionante al no cumplir en estricto sentido con los requisitos señalados por la jurisprudencia de esta Corporación.

Sin embargo, esta misma Corte ha flexibilizado el alcance de este cuarto requisito y, ha estimado que en muchos casos su aplicación estricta no es garantista del derecho fundamental a la salud como quiera que, por el mismo diseño del Sistema General en Salud en Colombia, en ciertas ocasiones los usuarios se ven avocados a acudir a un médico especialista, por ejemplo, dada la demora en recibir la atención requerida en contraposición a la urgencia que amerita el caso. Así pues, esta Corporación en sentencia C-463 de 2008 dispuso: “Respecto de las prestaciones de salud ordenadas por el médico tratante, entre las cuales se encuentran los medicamentos pero también los diagnósticos, exámenes, intervenciones, cirugías etc., o cualquier otro tipo de prestación en salud, es claro para la Corte que cuando a una persona la aqueja algún problema de salud, el profesional competente para indicar el tratamiento necesario para promover, proteger o recuperar la salud del paciente es el médico tratante. Por tanto, evidencia la Sala que una vez que el médico tratante ha determinado qué necesita en términos médicos un paciente, ese requerimiento se convierte respecto de ese ciudadano en particular en un derecho fundamental a ser protegido por el sistema general de salud, por cuanto es aquello que la persona necesita en concreto para que se garantice efectivamente su derecho fundamental a la salud.”

De igual manera en Sentencia T-1080 de 2007, la Corte determinó la procedencia del reconocimiento por parte del juez de tutela de servicios de salud, consistente en la entrega de zapatos ortopédicos a un menor de edad con base en la orden de un médico legista que no se encontraba adscrito a la EPS accionada. Los fundamentos para ello se centraron principalmente en que la Entidad demandada había tenido la oportunidad dentro del proceso de tutela de controvertir o avalar el dictamen del médico externo y no lo hizo, lo cual permitió a la Sala de Revisión concluir que, es posible ordenar a una EPS el reconocimiento de un tratamiento prescrito por un médico externo, si ésta ha tenido la posibilidad, dentro del trámite de tutela, de pronunciarse desde el punto de vista médico sobre la orden emanada del personal ajeno a la entidad y no lo hizo.

De esta forma, la exigencia del requisito explicado, según el cual la procedencia del reconocimiento por tutela de una prestación en salud debe derivarse de una orden del médico tratante adscrito a la EPS, ha de interpretarse de conformidad con la Constitución. Lo anterior, teniendo en cuenta que existen diversos escenarios dentro de los cuales, es posible evidenciar en muchas ocasiones que la atención brindada por las entidades que hacen parte

del Sistema de Seguridad Social en salud resulta deficiente, contraria a los intereses de los usuarios.

Por lo tanto, conviene precisar que el hecho de que el médico tratante no esté adscrito a la Empresa Promotora de Salud no restringe la posibilidad que las personas accedan a la garantía de la prestación de este servicio público. Acorde con esto, tenemos que, los usuarios tiene el derecho a que la Entidad a la cual se encuentran afiliados, emitan un concepto mediante el cual avale o controvierta, desde el punto de vista médico, el diagnóstico emitido por el personal ajeno a la institución²⁷.

Por consiguiente, siendo que se está frente a un caso de suma urgencia en el que está de por medio la pérdida de un órgano vital –como es el ojo-, lo cual amerita la intervención quirúrgica ordenada por el médico tratante de forma inmediata y que Comparta EPS-S hizo caso omiso a tal situación, esta Sala encuentra que el cuarto y último requisito para inaplicar las norma que regulan las exclusiones de prestaciones del Plan Obligatorio en salud –Subsidiado- se cumple.

En este orden de ideas, puede concluirse que en el caso de la referencia Comparta EPS-S desconoció los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas del señor Gilberto Aragón Torres al negarle la autorización para realizarle la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR necesaria para evitar la pérdida de visión en su ojo izquierdo no obstante que, era un caso que dada la importancia del órgano comprometido –ojo izquierdo-, ameritaba un trato especializado e inmediato para evitar repercusiones en la integridad física y en el desarrollo de una vida digna del señor Aragón Torres. Añádase a lo anterior que, el peticionario reunía los requisitos establecidos por esta Corte para el suministro del procedimiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud –Subsidiado- y que se trata de una persona de bajos recursos.

Por lo tanto, esta Sala le ordenará Comparta EPS-S autorizar la realización de la intervención quirúrgica VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR al señor Gilberto Aragón Torres, ordenada por su médico tratante, Doctor Carlos Fernando Cortés Luna –especialista en oftalmología-, con el fin de evitar la pérdida de visión en su ojo izquierdo y contrarrestar el daño en la retina producido por la enfermedad que padece. De esta manera, se protege el derecho a la salud del accionante y se le garantiza su integridad

física y su vida en condiciones dignas.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo emitido en única instancia por el Juzgado Primero (1º) Civil del Circuito del Espinal -Tolima-, el día veinticuatro (24) de enero de dos mil ocho (2008), dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Gilberto Aragón Torres contra Comparta EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima y en su lugar CONCEDER la tutela a los derechos a la salud y vida en condiciones dignas al señor GILBERTO ARAGÓN TORRES.

Segundo: ORDENAR a la Gerente Departamental del Tolima de ESS Comparta EPS-S, señora Gladys Rocío Parra Cañón, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice la realización de la cirugía VITRECTOMIA más LASER e INYECCIÓN DE SILICONA INTRAOCULAR al señor GILBERTO ARAGÓN TORRES, tal como lo prescribe su médico tratante.

Tercero: RECONOCER que Comparta EPS-S tiene la posibilidad de repetir contra la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima los gastos sufragados en cumplimiento de esta decisión.

Cuarto: LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 1, folio 4.

2 Cuaderno 1, folio 4.

3 Cuaderno 1, folio 4.

4 Cuaderno 1, folio 1.

5 Cuaderno 1, folio 2.

6 Cuaderno 1, folio 3.

7 Cuaderno 1, folio 3.

8 Cuaderno 1, folio 22.

9 Corte Constitucional. Sentencias T-016 de 2007 y T-760 de 2008.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.

11 Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

13 Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

14 Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1993.

15 Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003.

16 Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

18 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

19 Corte Constitucional. Sentencia T-736 de 2004.

20 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-523 de 2007.

21 Regido por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad en el que es ineludible sacrificar ciertas necesidades de segundo orden para poder atender un mayor volumen de aquellas del primer orden con los aportes que llegan al Sistema pues, de lo contrario, los aportes hechos al Régimen Contributivo y extendidos al Subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. Corte Constitucional Sentencia T-236 de 1998.

22 Corte Constitucional Sentencias T-1007 de 2003 y T-130 de 2007.

23 Corte Constitucional, Sentencia SU-819 de 1999 y Sentencia T-237/03.

25 Cuaderno 1, folio 1.

26 Cuaderno 1, folios 17, 18 y 19.

27 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia 1080 de 2007. En esa oportunidad la Corte determinó la procedencia del reconocimiento por parte del juez de tutela de servicios de salud, consistente en la entrega de zapatos ortopédicos a un menor de edad con base en la orden de un médico legista que no se encontraba adscrito a la EPS accionada. Los fundamentos para ello, se centraron principalmente en que la Entidad demandada había tenido la oportunidad dentro del proceso de tutela de controvertir o avalar el dictamen del médico externo y no lo hizo, lo cual permitió a la Sala de Revisión concluir que, es posible ordenar a una EPS el reconocimiento de un tratamiento prescrito por un medico externo, sí ésta ha tenido la posibilidad, dentro del trámite de tutela, de pronunciarse desde el punto de vista médico sobre la orden emanada del personal ajeno a la entidad y no lo hizo. La anterior decisión encontró sustento además, en el derecho al diagnostico tal y como se explicó en los

párrafos precedentes.