

Sentencia T-1182/08

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación

DERECHO A LA SALUD-Fundamental

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

ACCION DE TUTELA-Casos en que procede para proteger derecho a la salud

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Vulneración por no realizarse examen de diagnóstico

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede

ACCION DE TUTELA-Obligación de la EPS de ordenar cita con el urólogo para proteger el derecho al diagnóstico

Referencia: expediente T-1999891

Acción de tutela instaurada por Jacinto Martínez Morales contra Pijaos Salud EPS Indígena.

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 Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué en la acción de tutela instaurada por Jacinto Martínez Morales contra Pijaos Salud EPS Indígena.

I. ANTECEDENTES

El pasado once (11) de abril de dos mil ocho (2008), el ciudadano Jacinto Martínez Morales interpuso acción de tutela ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por Pijaos Salud EPS Indígena.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

1. El señor Jacinto Martínez Morales, de 63 años de edad, perteneciente a una comunidad indígena, se encuentra afiliado a PIJAOS SALUD EPS INDÍGENA en el Sistema General de Seguridad Social-Régimen Subsidiado (folio 3, cuaderno 1).

1. El accionante sostiene que, debido unos fuertes dolores en la próstata, acudió en repetidas ocasiones a la IPS THE WALA, institución vinculada a PIJAOS SALUD EPS INDÍGENA. Los médicos de tal entidad le diagnosticaron litiasis renal (cálculos en riñones) e hiperplasia prostática benigna (folio 17, cuaderno 1). Afirma el demandante que en las diferentes visitas realizadas a la IPS THE WALA, los médicos que lo atendieron únicamente le formularon calmantes para paliar los incesantes dolores que sufría.

1. El 19 de marzo de 2008, uno de los médicos que trataba al peticionario en la IPS THE WALA lo remitió al urólogo pues los fuertes dolores persistían (folio 4, cuaderno 1).

1. De inmediato, indica el demandante, se remitió a las oficinas de PIJAOS SALUD EPS INDÍGENA con el fin de que le autorizaran la mencionada cita al urólogo. Los funcionarios de la EPS le informaron que lo solicitado por él no podía ser autorizado puesto que no se

encontraba incluido en el POS-S.

1. Afirma el accionante que no posee los recursos necesarios para sufragar el tratamiento que requiere su enfermedad puesto que de sufragar el tratamiento con sus propios recursos, afectaría su derecho al mínimo vital.

Solicitud de Tutela

6.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Jacinto Martínez Morales solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social que considera han sido vulnerados al negarse la entidad demandada a autorizarle la cita al especialista (urólogo), que fue ordenada por el médico tratante adscrito a la EPS demandada. Como consecuencia de ello pide ordenar a PIJAOS SALUD EPS INDÍGENA que le autorice, en el menor tiempo posible, la cita con el urólogo.

Respuesta de las entidades demandadas

7.- Mediante escrito recibido el día 18 de abril de 2008, PIJAOS SALUD EPS INDÍGENA expresó que el diagnóstico y el manejo por urología de las enfermedades que sufre el peticionario (litiasis renal e hiperplasia prostática benigna) no están cubiertos por el POS-S, razón por la cual todos los procedimientos y medicamentos que requiera el paciente, incluida la cita al urólogo, deben ser suministrados por la Secretaria Departamental de Salud del Tolima, a través de los recursos de subsidio a la oferta. Por último agrega que la Secretaria de Salud puede recobrar lo gastado al FOSYGA (folio 17, cuaderno 1).

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de instancia única

8.- El Juzgado Primero de Ibagué resolvió negar el amparo solicitado, debido a que no obra prueba alguna en el expediente que sustente que la no prestación de los servicios de salud solicitados por el accionante ponga en riesgo la vida de este. Por ello, siguiendo la teoría de la conexidad, consideró que no era procedente tutelar los derechos a vida, salud y seguridad Social del accionante, puesto que estos derechos no tienen el carácter de fundamental.

Además, sostuvo el juzgado de instancia que no se vislumbraba en el expediente la orden del médico tratante en la cual se haga la remisión al médico especializado o la negativa por parte la EPS de autorizar la mencionada cita.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

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.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si PIJAOS SALUD EPS INDÍGENA vulneró los derechos fundamentales a la vida y a la salud del peticionario al negarse a autorizarle la cita al urólogo que fue ordenada por el médico tratante adscrito a la EPS-S demandada.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la protección del derecho a la salud mediante acción de tutela; (ii) la protección del derecho constitucional fundamental a la salud incluye el derecho al diagnóstico de conformidad con las reglas sentadas por la jurisprudencia constitucional (iii) la inaplicación de las normas que definen el cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud; y (iv) el caso concreto.

La protección del derecho a la salud mediante la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

4.- Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación –derecho constitucional y servicio público¹-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad².

Señala el artículo 49 de la Constitución Nacional que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las

políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado social de derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

5.- La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud³. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que

‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen

“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.”

La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, recordó que:

“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.” (Subrayas fuera de texto)⁴.”

6.- En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de esta Corte –, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros reconocidos en su calidad de derechos fundamentales susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, vistos como derechos de orden prestacional requeridos, por tanto, de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento.

Desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió, sin embargo, que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental, postura que se denominó “la tesis de la conexidad”. Como se ve muy bien, el asunto más relevante respecto de la conexidad no se ligaba tanto con el carácter fundamental de los derechos sino, se vinculaba, más bien, con la manera misma de hacerlos efectivos en la práctica.

7.- Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva⁵. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado). En este sentido, todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles,

políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente – poseen un matiz prestacional, y por ello su implementación práctica siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria.

En este orden de ideas, despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales resulta no sólo confuso sino contradictorio, pues si se adopta esta tesis de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad.

Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos ya mencionados, que hacen parte del bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Constitución. Como se vio, en ellos se ha superado esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.

8.- De acuerdo con la línea jurisprudencial expuesta y que reitera la Sala en la presente sentencia, 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).

9.- Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En 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.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse prima facie por vía de tutela. 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.

10.- Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de procedibilidad de la tutela consistente en la conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental.

Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las solicitudes de inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregonaba de un sujeto de especial protección constitucional⁶ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

11.- La fundamentalidad de los derechos cuyo contenido es acentuadamente prestacional, tal

como sucede con el derecho a la salud, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de personas colocadas en situación evidente de indefensión. La falta de capacidad económica, el estado de indigencia, el alto riesgo de ver afectadas las personas la posibilidad de vivir una vida digna, son circunstancias que han de ser consideradas por los jueces para determinar la procedencia de la tutela en caso de omisión legislativa y administrativa pues se trata de derechos fundamentales.

12.- De otra parte, en materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela la Corte ha estimado que, una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado. Es por este motivo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección.

La protección del derecho constitucional fundamental a la salud incluye el derecho al diagnóstico de conformidad con las reglas sentadas por la jurisprudencia constitucional. Inaplicación de las normas que definen el cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud.

13.- En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho al diagnóstico forma parte integral del derecho fundamental a la salud⁷. A este respecto estima la Sala pertinente recordar la definición contenida en el literal 10 del artículo 4º del Decreto

1938 de 1994 de conformidad con la cual debe entenderse por diagnóstico “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”.

14.- Así mismo, esta Corte ha indicado que negar la realización de una actividad que conduzca a un diagnóstico (como un examen o una cita con un especialista) significa privar a las personas de su derecho a que se detecte con mayor precisión en qué consiste la enfermedad que las aqueja y cómo se puede tratar su padecimiento e implica, en tal sentido, vulnerar, también, sus derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física, psíquica y emocional⁸.

En conclusión, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la negación o el retraso en la autorización de una actividad que conduzca a un diagnóstico, ordenada por el médico tratante, conlleva a un desconocimiento de los derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad personal y a la salud.

15.- Ahora bien, la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales por la negación del derecho al diagnóstico no ocurre sólo “cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir, sino cuando (...) se niegan diagnósticos que revelarían o descartarían una anomalía en la salud”⁹.

Así mismo, ha sido la Corte enfática en señalar que es al médico tratante al que le corresponde determinar, de conformidad con las circunstancias particulares de cada paciente, si es o no necesario realizar una actividad dirigida a determinar el estado de salud de las personas así como el posible tratamiento a seguir para obtener, bien, la mejoría, o las posibles soluciones médicas que le permitan vivir en condiciones dignas, de modo que la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional¹⁰, “pues esto prorroga caprichosamente la definición del tipo de padecimiento, así como la posibilidad de iniciar un tratamiento médico que permita el restablecimiento del estado de salud del paciente”¹¹.

16.- Concretamente, en sentencia T-636 de 2007¹² esta Sala sostuvo que el derecho a la realización de una actividad diagnóstica debe protegerse siempre que con la negación de la misma:

“(i) se pone en peligro la salud y la vida del paciente (Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2001); (ii) se impide prevenir el agravamiento de una enfermedad o su tratamiento efectivo o el manejo a largo plazo de la misma (Corte Constitucional. Sentencias T-260 de 1998, T-185 de 2004); (iii) se desconoce la estrecha relación que existe entre el resultado del examen y el tratamiento integral de la enfermedad (Corte Constitucional. Sentencia T-110 de 2004); (iv) se imposibilita que el paciente pueda ser tratado médicamente en forma tal que se le facilite “desarrollar al máximo sus actividades diarias y desempeñarse normalmente en sociedad” (Corte Constitucional. Sentencia T-304 de 2005)”

17.- En los casos enunciados previamente o en otros similares en los que está en juego la garantía del derecho constitucional fundamental a la salud de personas requeridas de diagnóstico, si la Entidad Promotora de Salud niega la prestación del servicio argumentando que este se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, la acción de tutela está llamada a prosperar siempre que se pueda constatar el cumplimiento de los demás requisitos que en innumerables pronunciamientos han sido reiterados por esta corporación para inaplicar las normas que definen el cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud, esto es, (i) la existencia de una orden proveniente del médico tratante adscrito a la E. P. S., (ii) la imposibilidad de reemplazar este procedimiento por otro incluido en el P. O. S. y, (iii) la falta de capacidad económica del paciente o de su grupo familiar para sufragar el examen requerido. En estos eventos, la E. P. S. está obligada a prestar el servicio que se requiera.

Caso concreto

18.- En el caso concreto, el señor Jacinto Martínez Morales considera vulnerados sus derechos fundamentales a la vida y a la salud debido a que PIJAOS SALUD EPS INDÍGENA le negó la autorización para una cita con un especialista, la cual fue ordenada por el médico tratante adscrito a la EPS mencionada (folio 4, cuaderno 1).

Afirma el accionante que no posee los recursos necesarios para sufragar el tratamiento que requiere su enfermedad puesto que de sufragar el tratamiento con sus propios recursos, afectaría su derecho al mínimo vital. Así mismo, se observa en el expediente que el señor Jacinto Martínez Morales se encuentra inscrito en el régimen subsidiado de salud, por lo cual se presume, tal y como ha expuesto esta Corporación¹³, que el demandante no cuenta con los recursos necesarios para sufragar por sí mismo el procedimiento requerido.

La descripción de la anterior situación basta para concluir que la acción de tutela es procedente en este caso por la presunta violación el derecho a la salud del accionante pues, según la jurisprudencia ya anotada, la tutela procede cuando la persona se encuentra en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho fundamental, en este caso, su derecho fundamental a la salud.

Analizada la procedibilidad de la acción de tutela en el caso se pasan a considerar las pretensiones del accionante.

19.- Esta Sala no comparte la decisión tomada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué consistente en negar el amparo solicitado pues, como se verá, en este caso, la negativa de la autorización para la realización de la cita con un médico especialista vulnera el derecho al diagnóstico del peticionario, parte integrante del derecho a la salud. Además, la Sala encuentra que se cumplen todos los requisitos que ha señalado esta Corporación para otorgar, por vía de tutela, un procedimiento excluido del POS.

En primer lugar, la no autorización de la cita con el médico especialista, ordenada por el médico tratante genera una vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad personal y a la salud del peticionario, en su componente del derecho al diagnóstico, pues deja en un estado de indeterminación su situación médica al impedir que se detecte con precisión cual es la causa de la persistencia de los dolores y, por consiguiente, imposibilita el diseño, por parte del médico tratante, de un plan adecuado para curar la patología.

En efecto, como se desprende de lo relatado por el accionante, no contradicho por el demandado, la remisión al urólogo se debió a la falta de efectividad de los medicamentos suministrados hasta el momento por el médico general. La jurisprudencia de esta Corporación ya mencionada ha considerado que el derecho al diagnóstico debe protegerse por parte del juez constitucional cuando este permite determinar el tratamiento efectivo, o el manejo a largo plazo de la enfermedad, que es precisamente lo que se busca, en este caso, con la remisión al especialista.

Además, como se dijo, esta Corte ha señalado que es al médico tratante al que le corresponde determinar, de conformidad con las circunstancias particulares de cada paciente, si es o no necesario realizar una actividad dirigida a determinar el estado de salud

de los pacientes así como el posible tratamiento a seguir, de modo que la entidad prestadora de salud no puede negarse a autorizarla sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional¹⁴, “pues esto prorroga caprichosamente la definición del tipo de padecimiento, así como la posibilidad de iniciar un tratamiento médico que permita el restablecimiento del estado de salud del paciente”¹⁵.

20.- En segundo lugar, la Sala demostrará que, en el caso concreto, se cumplen los requisitos que ha señalado esta Corporación para otorgar, por vía de tutela, un procedimiento excluido del POS.

Como resulta acreditado por las pruebas que obran en el expediente, el procedimiento solicita fue ordenado por el doctor Oscar Mendoza, quien pertenece a la IPS de THE WALA, institución que adscrita a PIJAOS SALUD ESP INDIGENA (folio 4, cuaderno 1).

Así mismo, no existe ha prueba alguna de que el tratamiento pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, ni la EPS-S demandada se pronunció en este sentido.

Igualmente, está probado que el paciente no puede sufragar el costo del procedimiento puesto que la EPS demandada no desvirtuó la presunción de incapacidad económica que recae sobre las personas que se encuentran inscritas en el régimen subsidiado de salud, según la jurisprudencia de esta Corporación¹⁶, como es el caso del demandante (folio 3, cuaderno 1).

Verificados todos estos requisitos es viable ordenar a la EPS demandada autorizar la cita requerida por el accionante, según la orden dada por el médico tratante, aclarando que ésta podrá recobrar el costo de este procedimiento a la Secretaria Departamental del Tolima, por estar excluido del POS-S.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión revocará el fallo de instancia única proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué en la acción de tutela instaurada por Jacinto Martínez Morales contra PIJAOS SALUD ESP INDIGENA y concederá el amparo del derecho fundamental a la vida digna, a la integridad personal y a la salud del peticionario.

En consecuencia ordenará a PIJAOS SALUD ESP INDIGENA que, si aún no lo ha hecho, en el

término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice la cita al urólogo ordenada por el médico tratante a Jacinto Martínez Morales.

III. DECISION

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 por las razones expuestas la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué y, en consecuencia, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad personal y a la salud de Jacinto Martínez Morales.

Segundo.- ORDENAR a PIJAOS SALUD EPS INDIGENA que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice, si aún no lo ha hecho, la cita al urólogo ordenada por el médico tratante a Jacinto Martínez Morales.

Tercero.- RECONOCER que PIJAOS SALUD EPS INDIGENA tiene la posibilidad de repetir contra la Secretaria de Salud del Departamento del Tolima los gastos sufragados en cumplimiento de esta decisión.

Cuarto.- 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.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

2 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

3 El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.”

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

5 Ver las sentencias T-016-07 y T-1041-06 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

6 En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera

reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad – niños, niñas – o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión – personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

7 Sentencias T-323 de 2008 ; T-253 de 2008 ; T-790 de 2007 ; T-725 de 2007; T-636 de 2007 ; T-148 de 2007; T-499 de 2007; T-500 de 2007; T-887 de 2006; T-752 de 2006; y T-555 de 2006, entre otras.

8 Sentencias T-253 de 2008 y T-636 de 2007, entre otras.

9 Sentencias T-323 de 2008, T-253 de 2008 y T-636 de 2007.

10 Sentencias T-323 de 2008, T-253 de 2008, T-790 de 2007, T-636 de 2007 y T-366 de 1999, entre otras.

11 Sentencia T-790 de 2007.

12 Reiterada por la sentencia T-253 de 2008.

13 Ver también las sentencias T-306 de 2005, T-829 de 2004 y T-113 de 2002 entre otras.

14 Sentencias T-323 de 2008, T-253 de 2008, T-790 de 2007, T-636 de 2007 y T-366 de 1999, entre otras.

15 Sentencia T-790 de 2007.

16 Ver también las sentencias T-306 de 2005, T-829 de 2004 y T-113 de 2002 entre otras.