

Sentencia T-142/07

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

DERECHO A LA SALUD-Protección preventiva y no solo en casos de gravedad

DERECHO A LA SALUD-Tratamientos médicos excluidos del POSS deben estar a cargo del Estado a través de sus entes descentralizados

En aquellos casos donde el tratamiento, diagnóstico y servicio no estén incluidos en el POSS, no recae en la ARS la responsabilidad de sufragarlos, manteniéndose a cargo del Estado o de sus entes descentralizados, que además deben informar al subsidiado con qué entidades públicas o privadas, que estén en capacidad de realizarlos, existe contrato.

DERECHO A LA SALUD-Criterios jurisprudenciales para suministro de medicamento excluido del POS

DERECHO A LA SALUD-Secretaría de Salud del Departamento sufragará el costo del examen de mama excluido del POSS, e informará a la demandante que entidad deberá realizarlo

Referencia: expediente T-1468067

Acción de tutela instaurada por María Benedicta Toro Toro, contra la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., primero (1º) de marzo de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión de la secretaría del mencionado Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 11 de la Corte, el día 16 de noviembre de 2006 eligió, para efectos de su revisión, el asunto en referencia.

## I. ANTECEDENTES

La demandante interpuso acción de tutela, contra la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira el 18 de septiembre de 2006, que correspondió al Juzgado 1° Civil del Circuito de Riohacha, solicitando el amparo de los derechos a la seguridad social y a la salud, en conexidad con la vida, por los hechos que a continuación son resumidos.

### A. Hechos y relato contenido en la demanda.

1. María Benedicta Toro Toro es afiliada a SALUDVIDA EPS, en el régimen subsidiado.
2. Ella padece una novedad “fibroquística mamaria”, frente a la cual el médico tratante de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios, le ordenó una “ultrasonografía diagnóstica de mama, con transductor de 7 MHZ o más”, pero al solicitar a SALUDVIDA S.A., EPS y ARS la autorización para realizarla, le respondieron que no estaba contemplada en el acuerdo N° 306 de octubre de 2006, es decir, no se encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POSS.
3. Por carecer la actora de medios económicos para practicarse el examen prescrito, que estima vital, solicita se ordene a la Secretaría accionada le sufrague los gastos del examen referido.

Por lo anterior, la demandante solicita la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y la salud en conexidad con la vida, que considera vulnerados por la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira, que estima garante de los afiliados al régimen subsidiado.

### B. Respuesta de la Secretaría accionada.

Habiéndose notificado la acción de tutela, la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira, mediante oficio N° 2746 del 20 de septiembre de 2006, dirigido al Juzgado de

conocimiento, se opuso a la procedencia de la acción argumentando que “la presente acción no puede ser atendida por esta Secretaría en razón a que las ecografías que no ameritan el concurso de otra especialidad, por estar consideradas en el II nivel de atención”, por lo cual debe dirigirse al hospital de referencia “para la realización del evento previo pago de la cuota moderadora o copago según el estrato socioeconómico”.

#### C. Respuesta de SALUDVIDA S. A., EPS y ARS.

Por tratarse de una afiliada suya, SALUDVIDA fue vinculada al proceso por el Juzgado de instancia para que rindiera su versión de los hechos, lo cual hizo a través de su representante legal, mediante escrito del 22 de septiembre de 2006, manifestando:

1. La señora María Benedicta Toro Toro se encuentra afiliada a SALUDVIDA EPS en el régimen subsidiado.
2. Realizado el estudio para la aprobación del examen requerido, no se encontró en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POSS y conforme al artículo 31 del Decreto 806 de 1998 no hay obligación de asumirlo, estando a cargo de la Dirección Seccional de Salud de La Guajira.
3. Como esa entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental, contra ella no ha de prosperar la acción de tutela.

#### D. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

1. A folio 3, copia del formato de negación de servicios y/o medicamentos, de fecha 10 de enero de 2006, mediante el cual SALUDVIDA, niega la práctica del examen al no estar contemplado en el acuerdo 306 de 2006.

1. A folio 4, solicitud de la ecografía mamaria suscrita por un médico del Hospital Nuestra Señora de los Remedios, de fecha 5 de enero de 2006.

1. A folio 14, informe técnico elaborado el 21 de septiembre de 2006 por un perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, anotando que María Benedicto Toro Toro padece “enfermedad fibroquística mamaria”, debiendo practicarse la ecografía mamaria indicada por el médico tratante. Agrega que la situación “en estos momentos no representa riesgo inminente para la vida”.

E. Sentencia única de instancia.

Mediante providencia del 29 de septiembre de 2006, que no fue impugnada, el Juzgado 1° Civil del Circuito de Riohacha negó la tutela, denotando que la actora “padece de la enfermedad fibroquística mamaria, padecimiento que no representa un riesgo inminente para su vida”, debiendo acudir a la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios, que recibe “dineros del Estado para la atención de la población pobre y vulnerable”.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte es competente para decidir, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 a 34 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de discusión.

Atendiendo la seguridad social, el pronunciamiento versará sobre el amparo del derecho a la salud en conexidad con la vida, en un caso donde no se practicó “ultrasonografía diagnóstica de mama, con transductor de 7 MHZ o más”, por ser examen no incluido en el POSS, requiriéndose su realización para determinar la dimensión de una masa detectada al interior del seno izquierdo de la actora, debiéndose determinar el tratamiento a seguir, para evitar un riesgo mayor, a pesar de que de momento no represente un peligro inminente para la vida de la demandante.

Además, si se ampara ese derecho, se determinará a cargo de cuál de las entidades accionadas estará el examen ordenado por el médico tratante.

Tercera. El derecho al diagnóstico de una enfermedad hace parte del derecho a la salud.

La Corte Constitucional ha expresado en diferentes oportunidades, que el derecho a la salud debe ser amparado como fundamental, cuando esté en conexidad con la preservación de la vida de un paciente, sobre quien no es realizado un examen de diagnóstico dispuesto por un médico tratante.

De esta manera se pronunció la Corte en sentencia T-232 de marzo 11 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis:

“Es doctrina reiterada de esta corporación, que el derecho a la seguridad social no se limita a prestar la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicamentos, sino que también incluye el derecho a un efectivo diagnóstico<sup>1</sup>, entendido como ‘la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen’.”

Por lo tanto, en aquellos casos donde se necesite realizar de manera oportuna los exámenes que ordene el médico tratante, para conocer el estado de salud del paciente y así establecer el tratamiento preventivo que evite una afección vital, deberán ser practicados de manera expedita y completa, sin excepción, pues de lo contrario se estará conculcando el derecho fundamental a la vida.

Cuarta. No hay que esperar a que el riesgo contra la vida sea inminente, para obtener la protección del derecho a la salud.

Es doctrina de la Corte Constitucional, para la procedencia de la acción de tutela en salud, que no es necesario que acaezca un riesgo letal, toda vez que dentro de las finalidades de esta acción se encuentra ser “preventiva”, es decir, está diseñada precisamente para evitar un daño irreparable. Así lo expresó en fallo T-260 de noviembre 27 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz:

“Tal consideración, aplicada al presente caso, informa sobre la necesidad de tutelar el derecho a la salud, cuando haya certeza sobre la vulneración o amenaza de derechos constitucionales con carácter fundamental en cualquier grado y no solamente cuando la

vulneración o amenaza de tales derechos sea muy grave; es decir, no debe esperarse, se repite, a estar al borde de una negación completa de los derechos vinculados con el derecho a la salud, para que su tutela proceda. Es equivocado, entonces, el planteamiento del juez de primera instancia según el cual, como la visión del demandante no está en peligro de perderse, debe denegarse el amparo constitucional solicitado. Sería tanto como esperar a que un enfermo demuestre que está al borde de la muerte para que el juez de tutela tome cartas en el asunto, cuando lo natural y obvio dentro del campo de la medicina es evitar llegar a tan terrible estado.”

Por tanto, no es de recibo la mora o denegación de un examen, cirugía, tratamiento, medicamento, etc., si se advierte un riesgo futuro mayor contra la salud de un ser humano, en conexidad con su propia vida.

Quinta. La responsabilidad de sufragar los tratamientos médicos que no estén incluidos en el POSS, está a cargo del Estado a través de sus entes descentralizados.

El acuerdo N° 72 de agosto 29 de 1997, “por medio del cual se define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado”, emitido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, dispuso:

“Artículo 4. La complementación de los servicios del POSS, a cargo de los recursos del subsidio a la oferta: En la etapa de transición, mientras se unifican los contenidos del POSS con los del POS del Régimen Contributivo aquellos beneficiarios del Régimen Subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POSS, tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las Instituciones Públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.”

Asimismo, el Decreto 806 de abril 30 de 1998, “por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”, expedido por el Presidente de la República, determinó:

“Artículo 31.- Prestación de servicios no cubiertos por el POS subsidiado. Cuando el afiliado al

régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.”

En interpretación de la anterior norma citada, la Corte expuso en sentencia T-549 de junio 29 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz:

“... principios elementales de igualdad sustancial y de tratamiento especial a las personas en situación de debilidad manifiesta (C.P., artículo 13)<sup>2</sup>, imponen a la ARS el deber de informar, al afiliado que solicita la prestación de un servicio no incluido en el POSS del régimen subsidiado, acerca de las posibilidades de acudir a otras instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado, en procura de los servicios requeridos. Adicionalmente, la Sala considera que la entidad, además de la información antes señalada, debe sugerir al afiliado que se dirija a las autoridades municipales o distritales de salud con el fin de que éstas le informen qué instituciones públicas o privadas que hayan suscrito contrato con el Estado se encuentran en capacidad de dispensarle el servicio de salud que requiere<sup>3</sup>.”

Se observa así que en aquellos casos donde el tratamiento, diagnóstico y servicio no estén incluidos en el POSS, no recae en la ARS la responsabilidad de sufragarlos, manteniéndose a cargo del Estado o de sus entes descentralizados, que además deben informar al subsidiado con qué entidades públicas o privadas, que estén en capacidad de realizarlos, existe contrato.

En el asunto bajo estudio, la demandante solicitó ante SALUDVIDA S. A., EPS y ARS, la autorización para la práctica de una “Ultrasonografía Diagnóstica de Mama, con transductor de 7 MHZ o más”, ordenada por el médico de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios, para verificar una “enfermedad fibroquística mamaria”, petición que fue negada (fs. 3 y 4).

Conforme a lo determinado en sentencias SU-819 de octubre 20 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-372 de abril 8 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, el amparo constitucional para que una EPS asuma exámenes, tratamientos y medicamentos que se encuentran fuera del POS, requiere:

i. Se ha de probar que la persona solicitante esté afiliada a la EPS a la que está accionando. Para el caso, en la contestación de la demanda se reconoce que “verificada la base de datos, se comprobó que el accionante (sic), se encuentra afiliado a SALUDVIDA S.A. EPS, en el régimen subsidiado” (f. 16).

i. Que el medicamento, tratamiento o procedimiento haya sido ordenado por un profesional adscrito a la entidad prestadora de salud a la que está afiliado el accionante. Así se infiere, toda vez que SALUDVIDA, al momento de vedar por escrito la práctica del examen, no replica o niega la orden impartida por el médico del Hospital, aceptando implícitamente su vínculo como tratante. Además, la entidad demandada aduce en su contestación tal requisito, pero en ningún momento lo objeta, ni demuestra en contrario.

i. De igual forma, se demostrará que la vida del usuario correrá peligro si no se aplica el medicamento, tratamiento o procedimiento ordenado.

Para lo anterior, cabe observar el concepto del perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses del 21 de septiembre de 2006, donde informa sobre la patología que adolece la peticionaria:

“... cuadro clínico de más o menos 9 meses con dolor en el seno izquierdo y que desde hace 10 días se ha intensificado con irradiación axila y el brazo ipsilateral... Dolor a la palpación en riego periareolar de mama izquierda con masas de 1cm por 1cm de diámetro... REVISIÓN DE HISTORIA CLÍNICA: aporta copia de historia clínica de fecha 05 de enero de 2006 en la que se documenta enfermedad fibroquística mamaria. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES: con la información aportada hasta el momento la señora MARÍA BENEDICTA TORO TORO padece una enfermedad documentada en historia clínica de enfermedad fibroquística mamaria, con respecto al tratamiento indicado debe realizarse el método paraclínico indicado por el médico tratante de ecografía mamaria para así determinar tamaño y dimensión de masa; con respecto a que complicaciones tiene para la vida del paciente el no realizarse el

procedimiento, en estos momentos no representa riesgo inminente para la vida del mismo.”

Recuérdese, como se transcribió en esta providencia, que no es necesario esperar a que esté en inminente peligro la vida, para obtener la protección de la salud.

i. En cuanto a la capacidad económica de la peticionaria, se resalta que pertenece al régimen subsidiado, hecho no confutado que permite inferir insuficiencia pecuniaria para sufragar el examen.

Si conforme a la preceptiva previamente citada, el deber de sufragar aquellos tratamientos, medicamentos o cirugías que no se encuentren dentro del POSS y sean prescritos a los pacientes afiliados al régimen subsidiado, recae en el Estado y en sus entes descentralizados, es a la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira a la que corresponde, en representación del Estado, costear la práctica de la “ultrasonografía diagnóstica de mama, con transductor de 7 MHZ o más” prescrita por el médico tratante a la accionante María Benedicta Toro Toro, cuya realización coordinará con SALUDVIDA S. A., EPS y ARS, para frenar la conculcación de su derecho a la salud, en conexidad con la vida.

Por todo lo anteriormente expresado, esta Sala de Revisión revocará el fallo de instancia y, en su lugar, dispondrá ordenar a la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira que, si no se ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia ponga en ejecución lo que sea necesario para efectuarla e informe a la demandante qué entidad pública o privada le realizará la “ultrasonografía diagnóstica de mama, con transductor de 7 MHZ o más”, en coordinación con SALUDVIDA S. A., EPS y ARS, y de acuerdo con lo dispuesto por el médico tratante, sin más dilaciones.

### III. DECISIÓN.

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

PRIMERO.- REVOCAR el fallo de fecha 29 de septiembre de 2006, proferido por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Riohacha, que negó el amparo pedido por María Benedicta Toro Toro, contra la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira. En su lugar, CONCÉDESE la

tutela, en los términos expresados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDÉNASE a la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira que, si no se ha realizado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta sentencia ordene a la entidad pública o privada idónea al efecto e informe a María Benedicta Toro Toro, la práctica de la “ultrasonografía diagnóstica de mama, con transductor de 7 MHZ o más”, de acuerdo con lo dispuesto por el médico tratante y en coordinación con SALUDVIDA S. A., EPS y ARS.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado Ponente

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver sentencia T-364 de mayo 8 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

2 Este es el argumento al que reiteradamente ha acudido la Corte para brindar la protección demandada por ciudadanos colocados en situaciones análogas. Sobre el particular, pueden consultarse las sentencias T-752 de diciembre 3 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-261 de abril 22 de 1999 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-549 de junio 29 de 1999, M. P. Carlos

Gaviria Díaz; T-911 de noviembre 16 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-517 de mayo 8 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-908 y T-910 del 17 de julio de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Esta posibilidad de involucrar expresamente a las autoridades municipales y departamentales con el objeto de asegurar la adecuada prestación del servicio de salud en el régimen subsidiado ya ha sido contemplada por la Corte, particularmente por la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, Cfr. Sentencia T-911 de noviembre 16 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.