

#### PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Alcance

El principio de continuidad no implica solamente la prestación del servicio de salud en términos formales, sino que es deber del Estado por intermedio de las Entidades Promotoras de Salud E.P.S. imprimir celeridad a los procedimientos o tratamientos ordenados por el médico tratante, más aún cuando se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, y que no se presenten interrupciones sin ningún tipo de justificación constitucionalmente válida, por cuanto se lesionan sin duda alguna derechos fundamentales.

#### DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental autónomo

Para el caso de las personas de la tercera edad y por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Es por esta razón, que el Estado por intermedio de las entidades prestadoras de salud -E.P.S.-, está obligado a prestar la atención médica integral que requieran de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, atendiendo la protección reforzada de que gozan, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad, pilares establecidos desde el ordenamiento constitucional.

DERECHO A LA SALUD-Se convierte en fundamental autónomo por la negativa de las EPS a suministrar tratamientos y medicamentos incluidos en el POS

De otra parte y en relación con los procedimientos, tratamientos y medicamentos que se encuentran incluidos en el POS, ha considerado la Corte que frente a su negativa por las Entidades Promotoras de Salud E.P.S. el derecho a la salud adquiere igualmente la condición de derecho fundamental autónomo, pues se trata de derechos subjetivos que están previstos en el ordenamiento positivo, que se deben prestar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia.

DERECHO A LA SALUD-Cirugía de catarata e implantación de lente intraocular por EPS por cuanto se encuentra incluido dentro del POS

Peticionario: Luis Noel Ramírez Castañeda.

Accionado: Famisanar E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil siete (2007).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente señaladas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 17 de enero de 2007, mediante la cual se denegó el amparo solicitado.

### I. ANTECEDENTES.

El 29 de diciembre de 2006, el señor José Noel Ramírez Castañeda presentó escrito de tutela mediante el cual pretende la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y al trabajo, supuestamente vulnerados por la E.P.S. Famisanar, al no practicar la cirugía de catarata<sup>1</sup> en el ojo izquierdo y el implante del lente intraocular secundario, por considerar que este último se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud -POS-. En su solicitud de amparo resalta como relevantes, los siguientes

#### 1. HECHOS.

1.1. El actor se encuentra afiliado como beneficiario de su hijo, desde el primero (1) de noviembre de 1995 y cuenta actualmente con 69 años de edad.

1.2. Indica que desde el 31 de mayo de 2006, su médico tratante doctor Rafael Bernardo Ken

Silgado Bernal, le diagnosticó catarata en el ojo izquierdo.

1.3. Posteriormente le ordenó como procedimiento a seguir la “extracción extracapsular de cristalino por Facoemulsificación (sic) con implante de lente intraocular secundario”.

1.4. Manifiesta que inició todos los trámites administrativos correspondientes ante la E.P.S., con el fin de obtener la orden de remisión para que se efectuara la cirugía, pero finalmente la entidad consideró que el lente intraocular no se encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, razón por la cual el actor debería asumir su costo, que asciende a la suma de \$ 650.000”2.

1.5. Igualmente hace mención, de que no ostenta la condición de pensionado y que su condición económica es precaria para acceder al tratamiento que fue ordenado por su médico tratante, lo cual se puede evidenciar claramente teniendo en cuenta que para acceder al servicio de salud lo hace como beneficiario de su hijo, quien vela porque sus necesidades básicas sean satisfechas.

Hasta aquí el resumen los hechos.

## 2. PRETENSIONES.

A partir de los supuestos de hecho esgrimidos en su escrito, el actor solicita al juez de tutela, i) la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y al trabajo vulnerados por la E.P.S. Famisanar y ii) que se ordene a la entidad demandada, la práctica de la cirugía de catarata del ojo izquierdo con extracción extracapsular de cristalino por facoemulsificación con implante de lente intraocular secundario, incluyendo el suministro del lente en mención, por cuanto se trata de un procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud -POS-

## 3. ACTUACIÓN JUDICIAL.

Presentada la solicitud de tutela, le correspondió por reparto al Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, que mediante auto del 3 de enero de 2007, dispuso asumir el conocimiento de la acción de amparo propuesta, y en aras de garantizar el derecho de defensa dispuso oficiar a la E.P.S. Famisanar con el fin de que se pronunciara en relación con las pretensiones planteadas por el actor. Así mismo, ofició al

médico tratante para que allegara una certificación que diera cuenta del estado de salud del paciente, con indicación del diagnóstico, tratamiento y pronóstico de la enfermedad.

### 3.1. Declaración rendida por el señor José Noel Ramírez Castañeda.

El 4 de enero de 2007 y con el fin de ampliar algunos aspectos reseñados en el escrito de tutela, el actor bajo la gravedad del juramento reiteró la solicitud presentada, en el sentido de que se ordene a la E.P.S. la práctica de la cirugía de su ojo izquierdo para eliminar la catarata y adicionalmente se realice el implante de un lente intraocular secundario, que deberá correr por cuenta de la entidad demandada.

Adicionalmente indica que tiene como oficio la albañilería, que no percibe ningún ingreso adicional y que el sustento diario para él y su esposa está por cuenta de su hijo.

### 3.2. Contestación de la entidad demandada.

La doctora Martha Garzón de Ávila como apoderada de la E.P.S. Famisanar, pide al juez de tutela se niegue la acción promovida.

Así mismo, considera que el señor Javier Alonso Ramírez Molano, hijo del actor y quien aparece como cotizante en el SGSSS, reporta un ingreso base de cotización que oscila entre \$ 2'015.000" y \$ 3'600.000", lo cual demuestra claramente que no existe incapacidad económica, condición que ha sido considerada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como un requisito de procedibilidad de la acción de tutela cuando se trata de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS-.

De igual forma, estima que no es viable la solicitud realizada por el tutelante en el sentido de autorizar el tratamiento integral, pues se trata de una situación que no está señalada en la ley, y porque adicionalmente la E.P.S. no puede cobijar situaciones de hecho, futuras e inciertas, ya que se afectaría el equilibrio económico, ocasionando un perjuicio al resto de la población que no tendría la posibilidad de obtener medicamentos o procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS-.

Finalmente, solicita al juez de tutela que en el evento de despachar favorablemente las pretensiones del actor, ordene a la E.P.S. Famisanar repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, para que reconozca el valor de los gastos efectuados con ocasión del

procedimiento realizado al señor José Noel Ramírez Castañeda.

El médico tratante durante el término de traslado guardó silencio.

### 3.3. Decisión de única instancia objeto de revisión.

El Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, en sentencia del 17 de enero de 2007, decidió no amparar los derechos fundamentales invocados por el demandante.

Luego de hacer referencia a algunos pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional, referentes a la justiciabilidad del derecho a la salud por vía de acción de amparo y a los requisitos desarrollados para efectos de inaplicar las normas legales y reglamentarias que regulan las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud -POS-, estimó que no se cumplió con el presupuesto de la incapacidad económica, pues la E.P.S. en la contestación de la demanda señaló que el ingreso base de cotización del hijo del accionante oscilaba entre \$ 2'015.000 y \$ 3'600.000, razón por la cual concluyó que “la situación económica no es precaria como para no poder costear el “LENTE INTRAOCULAR”.

### 4. Pruebas obrantes en el expediente.

\* Copia del presupuesto de la intervención quirúrgica realizado por la Caja de Compensación Familiar -CAFAM-, en el cual se pone de presente el valor que debe cancelar el señor José Noel Ramírez Castañeda, para que se realice el implante del lente intraocular. (Folios 3 y 4 del cuaderno principal)

\* Copia de la solicitud de procedimiento quirúrgico expedida por la Caja de Compensación Familiar -CAFAM-. (Folios 6 y 7 del cuaderno principal)

\* Copia de la cédula de ciudadanía del señor José Noel Ramírez Castañeda y del carné de afiliación a la E.P.S. Famisanar. (Folio 7 del cuaderno principal)

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### 1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 inciso 2º y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 33 a 36 del decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, en la que se denegó el amparo solicitado por el señor José Noel Ramírez Castañeda.

### 2. El asunto objeto de revisión y los problemas jurídicos que debe resolver la Sala de Revisión.

Considera el actor que se están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la vida y al trabajo por parte de la E.P.S. Famisanar, al no realizarse la cirugía de catarata de su ojo izquierdo, con extracción extracapsular de cristalino por facoemulsificación con implante de lente intraocular secundario, procedimientos que fueron prescritos por su médico oftalmólogo tratante, por considerar que el lente se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud -POS-.

A su vez el juez de instancia denegó el amparo solicitado, al estimar que no se demostró la existencia del presupuesto de la falta de capacidad económica desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues en la contestación de la demanda se estableció claramente que el cotizante quien funge como hijo del señor Luis Noel Ramírez Castañeda, solicitante de la protección por vía de tutela, tiene un ingreso base de cotización que oscila entre \$ 2'015.000" y \$ 3'600.000", lo cual permite concluir que puede tener acceso al procedimiento ordenado por el médico tratante adscrito a la E.P.S.

A partir de lo anterior, y analizada la situación fáctica que dio lugar a la presentación de la presente acción de tutela y teniendo en cuenta los argumentos que sirvieron de fundamento por parte del juez de instancia para denegar el amparo solicitado, esta Sala de Revisión de Tutelas deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Es constitucionalmente admisible que la Entidad Promotora de Salud -E.P.S.- Famisanar, se niegue a realizar al tutelante una cirugía de catarata en el ojo izquierdo con extracción

extracapsular de cristalino por facoemulsificación con implante de lente intraocular secundario, teniendo como fundamento que el lente se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud -POS-, cuando en realidad hace parte del mismo?

¿Se vulnera el principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud, cuando la E.P.S. Famisanar no suministra un procedimiento incluido en el POS?

Para abordar en debida forma el asunto en cuestión, los temas a desarrollar en la presente sentencia son, i) el derecho a la salud y su protección por vía de tutela; ii) el principio de continuidad en la prestación del derecho a la salud; iii) carácter fundamental del derecho a la salud, en primer lugar, para las personas de la tercera edad, y en segundo término, cuando se niegan procedimientos expresamente señalados en el Plan Obligatorio de Salud -POS-; y iv) se resolverá el caso concreto.

3. El derecho a la salud como derecho fundamental y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política se refieren en líneas generales a la seguridad social y al derecho a la salud como servicios públicos de carácter obligatorio que serán prestados bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y que se sujetarán a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que señale la ley.

Esta atribución guarda una estrecha relación con los valores constitucionales señalados en el artículo 2º superior, desde donde se establecen como fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho, 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. De igual forma indica la citada norma, que las autoridades 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.

A partir de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el derecho a

la salud tiene una doble dimensión al mostrarse como derecho constitucional y como servicio público, el cual debe ser garantizado por parte del Estado a todos los habitantes, a partir de los principios orientadores señalados desde el ordenamiento constitucional<sup>3</sup>.

La protección especial de este derecho, se ha hecho presente adicionalmente en instrumentos internacionales, los cuales al tenor de lo establecido en el artículo 93 de la Carta Fundamental hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano.

Es así, como la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>4</sup> en el artículo 25 numeral 1º establece:

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...)

En la misma línea, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indica:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como intérprete autorizado del Pacto, en su Observación General 14, sostuvo en relación con el derecho a la salud, lo siguiente<sup>5</sup>:

“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. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.”

La jurisprudencia de la Corte Constitucional desde sus albores, ha considerado que los derechos económicos sociales y culturales son de naturaleza prestacional, razón por la cual

no son en principio susceptibles de protección por vía de acción de tutela, pues para su materialización se requiere la racionalización de medidas de tipo presupuestal por parte del Estado. Esto conlleva a que para su implementación se requiera entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atender a la población y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido económico, social o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva<sup>6</sup>.

No obstante lo anterior, ha sido consistente la jurisprudencia de esta Corporación al sostener que la naturaleza de estos derechos tiende a transmutarse cuanto es palmario que su desconocimiento pone en peligro derechos de contenido fundamental<sup>7</sup>, caso en el cual la acción tutelar se impone con el fin de buscar su protección, aspecto que ha sido determinado por el intérprete constitucional, en los siguientes eventos: (i) en razón de su conexidad con otros derechos fundamentales<sup>8</sup> (ii) frente a sujetos de especial protección constitucional como los niños<sup>9</sup>, las personas con discapacidad<sup>10</sup> y los adultos mayores<sup>11</sup>, (iii) como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido mínimo<sup>12</sup>, y iv) atendiendo el carácter de derecho inherente a la persona<sup>13</sup>, aspectos que deberán ser valorados por el juez constitucional en cada caso concreto<sup>14</sup>. Sobre el particular, la Corte en reciente decisión señaló:

“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.<sup>15</sup>”

Visto lo anterior, es claro entonces que la exigibilidad judicial por vía de acción de tutela de

los derechos de contenido prestacional o asistencial, solamente se logra cuando las autoridades públicas con su acción u omisión pueden conducir a la vulneración de derechos fundamentales tales como la vida, la dignidad humana, el mínimo vital, etc.

4. El principio de continuidad en la prestación del servicio público esencial de la salud. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 365 de la Constitución Política establece que “[l]os servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”, aspecto que permea por completo el derecho a la salud que desde el artículo 49 superior, se tiene como un servicio público a cargo del Estado como se indicó anteriormente.

El Tribunal Constitucional en innumerables pronunciamientos, ha establecido que la continuidad en la prestación del servicio público a la salud, se centra en dos razones fundamentales. En primer término, porque constituye una característica esencial de todo servicio público, de modo que siendo la seguridad social en salud un servicio público esencial obligatorio, su prestación debe ser regular y continua, sin interrupciones, salvo que exista una causa legal que lo justifique y siempre que la misma se encuentre ajustada a las garantías y derechos constitucionales. De otra parte, la atención de la salud se rige por los principios de universalidad y eficiencia<sup>16</sup>, que se materializan en la vinculación progresiva y efectiva de todos los habitantes del territorio nacional al sistema general de salud a través de alguno de los regímenes previstos legalmente (contributivo, subsidiado o vinculado), con lo cual una vez que la persona ingrese a dicho sistema, existe una vocación de permanencia y no puede, por regla general, ser separada o desvinculada del mismo<sup>17</sup>.

Es por estas razones que la finalidad del principio de continuidad, radica en que la prestación del servicio de salud se realice de manera ininterrumpida, constante, permanente y sin ningún tipo de dilación, como una garantía de protección de los derechos a la dignidad humana, a la vida y a la salud. Este principio se concreta entonces, en el derecho que tienen las personas a no ser objeto de interrupciones abruptas y sin justificaciones válidas de los servicios de salud y, en particular, de los tratamientos o procedimientos médicos que reciben o requieran según las prescripciones médicas y atendiendo las particulares características de los usuarios.

Esta Corporación en sentencia T-656 de 200518, protegió los derechos de un menor que padecía de un trastorno deficitario de la atención predominante mixto, que venía siendo tratado por el Centro de Habilitación del Niño (CEHANI) de la ciudad de Pasto, entidad que intempestivamente dejó de prestar el servicio médico, pues en su sentir, el contrato que había suscrito con el Seguro Social, Seccional Nariño, entidad en la que se encontraba afiliado el menor como beneficiario había sido suspendido. Consideró en esta oportunidad el intérprete constitucional, que “contrario a lo afirmado por la EPS, en virtud del principio de continuidad, es deber del Instituto de Seguro Social no interrumpir el tratamiento médico integral que se venía brindando a David Andrés. Es evidente que el tratamiento fue ordenado y se prestó efectivamente, de modo que no es una justificación constitucional admisible, el hecho que se le niegue la continuidad en la prestación de este servicio, si se tiene en cuenta que quien remitió al CEHANI al menor, fue quien en su momento tuvo la calidad de médico tratante adscrito a la ARS EMSANAR.”

Sobre el mismo punto, en la sentencia T-1198 de 200319 este Tribunal indicó, que [l]os criterios que informan el deber de las E.P.S de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”

Otro ejemplo sobre mismo tópico, lo trae la sentencia T-436 de 200620 en la que se estudió el caso de una paciente que se encontraba vinculada al sistema y que padecía de cáncer y epilepsia focal, para lo cual su médico tratante le prescribió algunos medicamentos permanentes que venía suministrando regularmente la Policía Nacional de los Llanos Orientales. De manera intempestiva Sanidad de la misma institución suspendió la entrega, por considerar que la actora carecía de los derechos que como cónyuge tenía, pues no aparecía en la base de datos como beneficiaria. La Corte al estudiar el asunto, protegió los derechos de la demandante, y reiteró que “el derecho fundamental a la prestación continua del servicio de salud debe primar en todos aquellos casos en los que la suspensión del servicio amenace de manera seria y grave la vida, la salud, la integridad y la dignidad de los

pacientes. Un tratamiento médico iniciado por la Entidad Prestadora de Salud que todavía no ha sido culminado y cuya suspensión significa poner en juego la vida, la salud, la integridad y la dignidad del paciente, no puede ser interrumpido so pretexto de existir disposiciones legales o reglamentarias que así lo establecen, sea por razones económicas o por cualquier otro motivo. Hacerlo, significa desconocer de manera expresa y directa lo consignado por la Constitución Nacional y por la jurisprudencia constitucional reiterada, de acuerdo con la cual, en caso de contradicción entre las disposiciones legales o reglamentarias y lo dispuesto por la Constitución Nacional, prima la aplicación de los mandatos constitucionales y, por consiguiente, la garantía de los derechos constitucionales fundamentales.”

En reciente pronunciamiento<sup>21</sup> y siguiendo la línea consolidada en la materia, la Corte protegió los derechos de un menor que padecía de síndrome de Down, que venía siendo tratado por la E.P.S. a la cual se encontraba afiliado, la cual suspendió la prestación del servicio de salud que consistía en la “rehabilitación integral (física, ocupacional y de lenguaje), en forma permanente”, según lo había ordenado su médico tratante, por considerar que otra institución podía asumir el tratamiento prescrito. A partir de los situación fáctica planteada, la Sala Segunda de Revisión, consideró que se vulneró el derecho fundamental a la salud del menor al suspender el suministro de un tratamiento médico que requería, antes de que éste hubiera asumido el servicio de salud por otra entidad.

Es claro, que para la Corte el principio de continuidad no implica solamente la prestación del servicio de salud en términos formales, sino que es deber del Estado por intermedio de las Entidades Promotoras de Salud E.P.S. imprimir celeridad a los procedimientos o tratamientos ordenados por el médico tratante, más aún cuando se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, y que no se presenten interrupciones sin ningún tipo de justificación constitucionalmente válida, por cuanto se lesionan sin duda alguna derechos fundamentales.

5. Carácter fundamental del derecho a la salud cuando se trata de personas de la tercera edad y en el evento en el que se nieguen procedimientos expresamente señalados en el Plan Obligatorio de Salud -POS-.

Ha estimado la Corte en reiterada jurisprudencia, que tratándose de sujetos de especial protección constitucional<sup>22</sup>, los derechos fundamentales son autónomos. A partir de lo

anterior, es obligación del Estado encaminar medidas afirmativas en aras de proteger de manera especial “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan.”<sup>23</sup>”

Entratándose de adultos mayores, el artículo 46 de la Carta Fundamental, es categórico al señalar que [e]l Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimenticio en caso de indigencia.”

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 14, ha recomendado a los países que han suscrito el Pacto, lo siguiente:

“En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general N° 6 (1995), reafirma la importancia de un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad.”

Como conclusión de lo anterior, ha sido unánime la doctrina de este Tribunal en el sentido de establecer que para el caso de las personas de la tercera edad y por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran, al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 superior. Es por esta razón, que el Estado por intermedio de las entidades prestadoras de salud -E.P.S.-, está obligado a prestar la atención médica integral que requieran de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, atendiendo la protección reforzada de que gozan, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad, pilares establecidos desde el ordenamiento constitucional.

De otra parte y en relación con los procedimientos, tratamientos y medicamentos que se encuentran incluidos en el POS, ha considerado la Corte que frente a su negativa por las Entidades Promotoras de Salud E.P.S. el derecho a la salud adquiere igualmente la condición de derecho fundamental autónomo, pues se trata de derechos subjetivos que están previstos en el ordenamiento positivo, que se deben prestar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que tratándose de la negación o demora de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, puede acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección del derecho fundamental a la salud<sup>24</sup>.

Una conclusión se impone a partir de los dictados de esta Corporación, y es que al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. En consecuencia, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo<sup>25</sup>.

## 6. Análisis y solución del caso concreto.

Como se indicó en los antecedentes de esta providencia, el señor José Noel Ramírez Castañeda presentó acción de tutela contra la E.P.S. Famisanar<sup>26</sup>, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y al trabajo, con ocasión de la no realización de la cirugía de catarata en el ojo izquierdo y del implante del lente intraocular secundario, pues para la entidad demandada, este último no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud -POS-.

Indica en su escrito de tutela que desde el 31 de mayo de 2006, su médico tratante el doctor Rafael Bernardo Ken Silgado Bernal, le diagnosticó “catarata en el ojo izquierdo.” Posteriormente el facultativo con el fin de continuar con el tratamiento correspondiente ordenó la “extracción extracapsular de cristalino por Facoemulsificación (sic) con implante de lente intraocular secundario.” Señala que desde el momento en el que se dispuso el procedimiento, inició los trámites correspondientes ante la E.P.S. para obtener la orden de

cirugía, pero al final le informaron que i) el lente formulado por el galeno no se encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, y ii) que su valor era de \$ 650.000”, aspectos que fueron reiterados en la contestación de la tutela.

Por su parte el juez de instancia en la decisión objeto de revisión, consideró que no se probó de manera suficiente por la parte demandante la falta de capacidad económica, que ha sido establecida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como requisito de procedibilidad de la acción de tutela cuando se trata de medicamentos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Fue categórico el a quo en determinar que teniendo en cuenta el ingreso base de cotización<sup>27</sup>, era suficiente para concluir que en efecto existían recursos suficientes para adquirir el procedimiento ordenado por médico adscrito a la E.P.S., razón por la cual no se vulneraron los derechos fundamentales del actor. Para el juzgador, “el paciente, señor JOSE NOEL RAMIREZ CASTAÑEDA, como se ha mencionado es beneficiario de su hijo el señor JAVIER ALFONSO (sic) RAMIREZ MOLANO, quien es el cotizante y conforme a la información suministrada por FAMISANAR EPS, el antes mencionado cuenta con ingresos variables que oscilan entre dos millones quince mil pesos (\$2’015.000) a tres millones seiscientos mil pesos (\$3’600.000); por lo tanto el accionante hace parte de un núcleo familiar con capacidad para asumir el costo de la cirugía que requiere el señor JOSE NOEL RAMIREZ CASTAÑEDA, para el mejoramiento de su salud, sin que ello, redunde en detrimento de la estabilidad económica de quien lo tiene a cargo, es decir el cotizante RAMIREZ MOLANO; por lo tanto, la situación económica no es precaria como para no poder costear el “LENTE INTRAOCULAR”.

Teniendo en cuenta el material probatorio allegado al proceso, se tiene que el accionante en la actualidad cuenta con 69 años de edad<sup>28</sup>, lo cual lo constituye como un sujeto de especial protección constitucional por ser un adulto mayor, que goza de unas prerrogativas especiales a partir de lo establecido en los artículos 13 y 46 de la Constitución Política. De otra parte, el procedimiento que reclama por vía de acción de amparo para contrarrestar su dolencia, fue ordenado desde el mes de mayo de 2006, sin que a la fecha la E.P.S. haya dispuesto lo pertinente para iniciar el procedimiento que expresamente se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, tal como lo afirma el actor en su escrito de tutela<sup>29</sup> y como se verá a continuación.

Como aspecto igualmente relevante, el accionante manifestó en su solicitud de tutela y en

ampliación que realizó posteriormente ante el juez, su imposibilidad económica para la realización de la cirugía de catarata y el implante del lente intraocular con su peculio, pues no tiene la calidad de pensionado, ni cuenta con ningún ingreso adicional.

A partir de lo anterior, comenzará la Sala a realizar el análisis del caso concreto.

El Plan Obligatorio de Salud -POS-, según lo señalado en el artículo 7º del Decreto 806 de 1998, “[e]s el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sus contenidos son definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud e incluye educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, en los diferentes niveles de complejidad así como el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.” (Subrayas y negrillas por fuera del texto original)

Según se tiene de la contestación de la demanda presentada por la representante legal de la E.P.S. demandada, el actor se encuentra afiliado al régimen contributivo como beneficiario de manera ininterrumpida desde el 1 de noviembre de 1995, lo cual muestra sin asomo de duda que tiene derecho a la prestación de los servicios dispuestos en el Plan Obligatorio de Salud. Nótese que es la misma ley 100 de 1993, la que establece unos límites temporales para efectos de acceder a la prestación de determinados servicios, pero siempre y cuando sean de alto costo -que no es el caso que ocupa a la Sala<sup>30</sup>-, para lo cual establece la norma que “el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder de 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año.”<sup>31</sup>

Llama igualmente la atención de la Sala de Revisión, que una vez revisada en detalle la Resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en



subjetivamente el derecho de recibir las prestaciones definidas en esa normatividad, especialmente en el llamado Plan Básico de Salud. En aquellos eventos en los cuales existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, o cuando se impide el acceso en casos de urgencia a mujeres embarazadas y a niños menores de un año, puede afirmarse que existe una violación al derecho fundamental a la salud, sin que sea necesario establecer una amenaza a otro derecho fundamental como la vida, para que la acción de tutela proceda.”

Un caso similar fue estudiado por la Corte en la sentencia T-329 de 200634, en donde se trataba igualmente de una usuaria afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a quien su médico oftalmólogo le diagnosticó catarata por facoemulsificación en su ojo derecho, y adicionalmente le fue ordenada una cirugía para la implantación de lente intraocular natural. De otra parte el galeno dispuso la extirpación de un fibroadenoma en su seno derecho. En esta oportunidad el Tribunal Constitucional, refiriéndose al procedimiento oftalmológico, consideró que por encontrarse incluido expresamente en el Plan Obligatorio de Salud, era perentorio para la E.P.S. el suministro sin esgrimir ningún tipo de consideración legal o reglamentaria, que en últimas a lo único que conducía era a lesionar derechos fundamentales, poniendo igualmente en vilo el principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud.

Así mismo, quiere ser enfática la Corte en indicar que si se tratara de una persona que tuviera medios económicos para realizarse lo ordenado por su médico tratante, por el sólo hecho de estar incluido en el plexo establecido en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, es deber de la Entidad Promotora de Salud suministrarlo, sin esgrimir ningún tipo de razón, que en últimas a lo que conllevan es a la vulneración de los derechos fundamentales de los usuarios, lo cual se insiste, va en contra del principio de continuidad en la prestación del servicios de salud, pues no se garantiza en términos de calidad, oportunidad y eficiencia, como ocurrió en efecto en el caso objeto de estudio.

En conclusión, en el presente caso el derecho a la salud se torna fundamental de manera autónoma por dos razones. En primer lugar, porque se trata de un adulto mayor que goza de una protección reforzada a partir de lo señalado en la Constitución Política y en tratados internacionales, como se vio en la parte dogmática de esta decisión, y de otra parte, por la negativa en el suministro del procedimiento (implante de lente intraocular) ordenado por el

médico tratante, el cual se encuentra expresamente incluido en el Plan Obligatorio de Salud - POS-, actuación que es contraria al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

Para la Corte, es claro en el asunto en estudio existe una relación asimétrica, razón suficiente para tutelar los derechos fundamentales del actor a la salud y a la vida, pues como se indicó anteriormente no tiene ningún tipo de justificación desde el punto de vista constitucional que la E.P.S. Famisanar se niegue a suministrar un tratamiento que se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico, razón por la cual ordenará que por la Secretaría General de esta Corporación se remita copia del expediente y de la presente sentencia a la Superintendencia de Salud, para que en ejercicio de su función de inspección y vigilancia inicie la correspondiente investigación teniendo en cuenta las circunstancias mencionadas a lo largo de este proveído.

De igual forma, ordenará al representante legal de la E.P.S. demandada que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, proceda a autorizar y a hacer que se realice la cirugía de catarata del ojo izquierdo con extracción extracapsular de cristalino por facoemulsificación, con implante del lente intraocular secundario al señor José Noel Ramírez Castañeda, con la salvedad de que este último procedimiento no tiene costo alguno para el tutelante.

Como colofón, estima pertinente esta Sala indicar que por tratarse de un procedimiento incluido expresamente en el POS, la E.P.S. Famisanar no podrá repetir por los gastos ocasionados contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, pues se trata de un servicio al que tiene derecho el usuario por encontrarse afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>35</sup>.

### III. DECISIÓN.

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 Política,

### R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función

de Conocimiento de Bogotá, el diecisiete (17) de enero de dos mil siete (2007), y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor José Noel Ramírez Castañeda.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la E.P.S. Famisanar que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, proceda a autorizar y a hacer que se realice la cirugía de catarata del ojo izquierdo (extracción extracapsular de cristalino por facoemulsificación) y el implante del lente intraocular secundario al señor José Noel Ramírez Castañeda, con la salvedad de que este último procedimiento no tiene costo alguno para el tutelante.

CUARTO: SEÑALAR que la E.P.S. Famisanar no podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, por los costos en los que pueda incurrir por el procedimiento que debe realizar al señor José Noel Ramírez Castañeda, toda vez que se encuentra expresamente incluido en el Plan Obligatorio de Salud -POS-.

QUINTO: Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991 al juzgado de origen, con el fin de que realice las correspondientes notificaciones dentro de los dos días siguientes al recibo del expediente y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Para una mayor claridad sobre el tema, la catarata es una “[o]pacidad del cristalino del ojo, o de su cápsula, o del humor vítreo, que impide el paso de los rayos luminosos y conduce a la ceguera.” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 23.a edición).

2 Folio 3 del cuaderno principal.

3 Sentencia T-016 de 2007.

4 Adoptada y proclamada por la Asamblea General mediante resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

5 El Comité en la misma observación, recordó que el reconocimiento dado al derecho a la salud igualmente hace parte de otros instrumentos internacionales, tales como “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 c

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 (2), así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales (3).

6 Sentencia SU-819 de 1999, T-697 de 2004.

7 Sentencia SU-819 de 1999.

8 La Corte ha estimado que el derecho a la salud se transforma en derecho fundamental por

conexidad con otros derechos fundamentales tales como la vida (sentencias T-484 de 1992, T-099 y T-831 de 1999, T-945 y T-1055 de 2000, T-968 y T-992 de 2002, T-791, T-921 y T-982 de 2003, T-581 y T-738 de 2004, entre muchas otras) o la dignidad humana (al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-654 de 1999, T-536 de 2001, T-1018 y T-1100 de 2002, T-538 y T-995 de 2003, T-603, T-610 y 949 de 2004).

9 Sobre el carácter fundamental del derecho a la salud de los menores, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-1331 de 2000, T-671 de 2001, T-593 y T-659 de 2003 y T-956 de 2004, entre otras.

10 Ver, entre otras, las sentencias T-1038 de 2001, T-766 y T-977 de 2004.

11 Sobre la protección reforzada en salud a las personas de la tercera edad, la Corte ha proferido, entre otras, las sentencias T-535 de 1999, T-004 de 2002, T-928 de 2003 y T-748 de 2004.

12 Esta tesis ha sido un desarrollo jurisprudencial de este Tribunal Constitucional planteado, entre otras, en las sentencias T-859 y T-860 de 2003.

13 Sentencia T-406 de 1992, T-571 de 1992

14 Sentencia T-063 de 2007.

15 Sentencia T-016/07. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

16 Artículos 49 de la Constitución Política y 2º de la Ley 100 de 1993.

17 Sentencia T-1165/05. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Adicionalmente pueden consultarse sobre el tema las sentencias T-448 de 2002, T-457 de 2001, T-978 de 2001, T-177 de 1998 y T-406 de 1993.

18 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

21 Sentencia T-127/07. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

22 La jurisprudencia constitucional les ha dado esta categoría a los niños, a las madres y padres cabeza de familia, a la población desplazada, a los discapacitados, a las personas de la tercera edad, a la mujer embarazada, etc.

23 Artículo 13 de la Constitución Política.

24 Sentencia T-085 de 2007.

25 Sentencia T-1185 de 2005.

26 El accionante se encuentra afiliado a la E.P.S. Famisanar desde el mes de noviembre de 1995, como beneficiario de su hijo Javier Alonso Ramírez Molano. (Folio 13 del cuaderno principal)

27 Según la contestación de la demanda, el ingreso base de cotización del señor Javier Alonso Ramírez Molano hijo del accionante, oscila entre \$ 2'015.000" y \$ 3'600.000". (Folio 14 del cuaderno principal)

28 Folio 7 del cuaderno principal.

29 Folio 1 del cuaderno principal. Indica que el lente intraocular se encuentra incluido en el manual de procedimientos del Plan Obligatorio de Salud -POS-.

30 Según la contestación de la demanda presentada el 10 de enero del año en curso, el accionante había cotizado 666 semanas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

31 Ley 100 de 1993, artículo 164.

32 Estos requisitos son los siguientes: i) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado. // ii) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. // iii) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o

tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema. // Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.

33 Sentencia T-538/04. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

34 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

35 Sentencia T-434 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta oportunidad la Corte estudió el caso de un paciente afiliado a la E.P.S. Cafesalud que era portador del virus de Inmuno Deficiencia Humana VIH y a quien le fueron ordenados por su médico tratante los medicamentos COMBIVIR y STOCRIN y a practicar el examen de CARGA VIRAL y RECuento de CD3, CD4 y CD8, ante lo cual la entidad demandada suministraba los medicamentos genéricos y no los expresamente señalados por el galeno. Consideró en esa oportunidad el Tribunal Constitucional, “que la obligación de la EPS es dispensar los medicamentos prescritos por el médico tratante independientemente de su forma de comercialización, y cuando éste último ordena medicamentos bajo su denominación comercial la entidad prestadora está obligada a suministrarlos, sin que proceda la posibilidad de ordenar la repetición contra el Fondo de Solidaridad y Garantías del Sistema General de Seguridad Social en Salud, precisamente porque los principios activos que los componen están incluidos dentro del Manual del Plan Obligatorio de Salud, y por lo tanto no se puede aplicar la regla establecida para aquellos casos en los cuales el medicamento, actividad, intervención o procedimientos prescritos por el médico tratante no están contemplados por la norma reglamentaria.”