

Sentencia T-323/08

DERECHO A LA SALUD Y ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

JUEZ DE TUTELA-Le compete el deber probatorio en aras de la protección de los derechos fundamentales sometidos a su conocimiento

DERECHO A LA SALUD-Vulneración por el ISS, toda vez que estaba acreditada la necesidad del examen de diagnóstico y la incapacidad económica del actor para asumir el costo

Referencia: expediente T-1775213

Acción de tutela instaurada por Luis Carlos Bahena Polo Torres contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Jaime Araujo Renteria, 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 (1º) Civil del Circuito de Riohacha en la acción de tutela instaurada por Luis Carlos Bahena Polo contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES.

El pasado treinta (30) de agosto de dos mil ocho (2008), el ciudadano Luis Carlos Bahena

Polo interpuso acción de tutela ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha, solicitando el amparo sus derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna, los cuales, en opinión del accionante, han sido vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

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

1.- El señor Luis Carlos Bahena Polo se encuentra afiliado al Instituto de Seguros Sociales en calidad de cotizante, pensionado por la misma entidad.

2.- De acuerdo con la historia clínica y algunos exámenes diagnósticos (folios 4 y 10, cuaderno No. 1), el accionante padece retinopatía diabética y edema macular diabético en ambos ojos.

3.- Con la intención de clarificar el diagnóstico médico y establecer el tratamiento a seguir, el doctor Carlos Vélez Londoño, especialista oftalmólogo y retinólogo al servicio de la Fundación Oftalmológica del Caribe -I. P. S. contratada por el Instituto de Seguros Sociales- ordenó la práctica del examen denominado Tomografía Óptica Coherente en ambos ojos.

4.- La entidad accionada negó la autorización del examen, debido a que éste no se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud.

5.- De acuerdo con la Fundación Oftalmológica del Caribe -I. P. S. encargada de la atención del peticionario- el examen de Tomografía Óptica Coherente tiene un costo de doscientos sesenta mil pesos (\$260.000) (folio 5 del cuaderno No. 1).

6.- El accionante recibe una mesada pensional equivalente a quinientos diecinueve mil setecientos diez pesos (\$519.710).

7.- El señor Bahena Polo solicita se ordene al Instituto de Seguros Sociales (ISS) autorizar el examen que requiere de acuerdo con el diagnóstico médico

II. INTERVENCIÓN DEL DEMANDADO

Dentro del término concedido por el juez de instancia, la entidad demandada, por conducto

de la representante legal encargada de la seccional Guajira contestó la acción de tutela interpuesta por Luis Carlos Bahena Polo, afirmando que (i) el peticionario se encuentra afiliado al ISS en calidad de cotizante y en tal sentido tiene derecho a las prestaciones previstas en el Plan Obligatorio de Salud, (ii) el procedimiento denominado Tomografía Óptica Coherente no se encuentra incluido en el P. O. S. y éste tampoco prevé algún otro que permita reemplazarlo y, (iii) la E.P.S. demandada no ha amenazado o vulnerado los derechos a la salud y la seguridad social del afiliado, los cuales, en su concepto, únicamente pueden considerarse fundamentales cuando se encuentran en conexidad con el derecho a la vida del paciente, lo cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica, situación que, a su juicio, no se encuentra acreditada en este caso.

En tal sentido, la accionada solicita al juez de amparo despachar desfavorablemente la petición elevada por el señor Bahena Polo.

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1.- En sentencia del diecisiete (17) de septiembre de dos mil siete (2007) el Juzgado Primero (1º) Civil del Circuito de Riohacha decidió negar el amparo solicitado.

Como fundamento de la decisión sostuvo el a quo que "(...) en el presente caso el Despacho no ha podido, pese al esfuerzo desplegado, establecer si se cumplen o no con (sic) los requisitos arriba enunciados¹, pues a la fecha de proferirse el fallo no se ha allegado el informe solicitado al médico tratante del señor LUIS CARLOS BAHENA POLO, informe que hubiera sido suficiente para esclarecer los requisitos impuestos por la Honorable Corte Constitucional, pues el médico tratante debía informar por cual (sic) EPS le estaba tratando y sobre las implicaciones que tenía para la vida o la calidad de vida del solicitante, si no se le practica el procedimiento médico denominado TOMOGRAFÍA ÓPTICA COHERENTE (OCT) AMBOS OJOS." (folio 31 del cuaderno No. 1).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la

Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si al negarse a autorizar el examen denominado tomografía óptica coherente en ambos ojos, ordenado por el médico tratante, el Instituto de Seguros Sociales vulneró el derecho a la salud del señor Luis Carlos Bahena Polo.

Así, para dar solución al problema jurídico es preciso reiterar la jurisprudencia de esta corporación en relación con (i) la protección del derecho constitucional fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, (ii) el derecho al diagnóstico y (iii) el especial deber que en materia probatoria compete al juez de tutela en aras de la protección de los derechos fundamentales involucrados en los asuntos sometidos a su conocimiento. Consideraciones con fundamento en las cuales, esta Sala abordará el estudio del caso concreto.

2.1 Protección del derecho constitucional fundamental a la salud por acción de tutela. Reiteración Jurisprudencial.

Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación -derecho constitucional fundamental y servicio público²-. 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 solidaridad³.

En este orden de ideas, el artículo 49 de la Constitución Nacional dispone 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.”

En relación con la protección del derecho constitucional fundamental a la salud mediante acción de tutela, ha expresado la Corporación que la salud no es un derecho fundamental cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela. La implementación práctica de este derecho implica no desconocer su faceta prestacional, asunto éste, que obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que la eficacia de este derecho tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la puesta en vigencia de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano.

De otra parte, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización - y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela.

Justo en esa misma línea argumentativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el amparo por vía de tutela del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional fundamental a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación.

Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado que, "(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema atenderá para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo."⁴ De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

A propósito del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares - en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente⁵ de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define por medio de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por la autoridad judicial en sede constitucional.

No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos y las ciudadanas no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener como asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"⁶. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

2.2 La protección del derecho constitucional fundamental a la salud incluye el derecho al diagnóstico. Reiteración jurisprudencial.

En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho al diagnóstico forma parte integral del derecho constitucional 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". En ese orden, negar la realización de un examen diagnóstico 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 su derecho fundamental a vivir una vida en condiciones de calidad y de dignidad.

Por el motivo expuesto, ha sido la Corte enfática en rechazar argumentos encaminados a sostener que un examen de diagnóstico formulado por el médico tratante no se puede efectuar por cuanto no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud⁹, pues, es el médico tratante quien, de conformidad con las circunstancias particulares de cada paciente, define cuál es el tratamiento que ha de seguirse o el examen diagnóstico que debe efectuarse de modo que "la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional¹⁰".

En tal sentido, la Sala considera pertinente señalar que, la existencia de una orden médica que prescriba la práctica de un determinado examen de diagnóstico, debe entenderse como indicio suficiente de la necesidad de tal prueba para clarificar o establecer el dictamen con fundamento en el cual se dispondrá por parte del galeno el tratamiento a seguir para obtener el reestablecimiento de la salud del/de la paciente o para descartar la existencia de cualquier anomalía en su estado de salud o, en otros términos, para garantizar el derecho constitucional fundamental a la salud del/ de la mismo(a). Ante lo cual, corresponde al juez de amparo brindar la protección invocada, aún en los casos en los que se trate de pruebas excluidas de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, cuyo costo correspondería en principio al afiliado, pues como antes se anotó, la incapacidad económica para asumir dicho costo no constituye en ningún caso una razón que justifique la vulneración del derecho a la salud. Y es que, un argumento de este tipo conduciría adicionalmente, al desconocimiento de la obligación de protección especial por parte del Estado en relación con aquellos sujetos que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 superior).

2.3 Especial deber probatorio que compete al juez de tutela en aras de la protección de los derechos fundamentales involucrados en los asuntos sometidos a su conocimiento. Reiteración jurisprudencial.

La acción de tutela, consagrada por la Constitución Nacional de 1991 como un mecanismo de defensa dotado de especiales características para la protección de los derechos fundamentales, requiere, como lo ha establecido esta corporación, la especial diligencia de las autoridades judiciales que acometen su conocimiento. Para tal efecto, éstas han sido revestidas de facultades superiores en gran medida a las ordinarias y que aquellas están en la obligación de utilizar para procurar el amparo iusfundamental.¹¹

En materia probatoria, la autoridad judicial en sede de tutela se encuentra cobijada por las normas procesales generales, consagradas en el Código de Procedimiento Civil¹², razón por la cual, está obligada a fundar todas sus decisiones en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso¹³, así como a apreciar los distintos medios probatorios en su conjunto y atendiendo a las reglas de la sana crítica¹⁴. Adicionalmente, quien conoce la pretensión de amparo debe atender al principio de oficiosidad (decreto 2591 de 1991, artículos 19, 21 y 32), a la luz del cual, puede y debe decretar, así como practicar, aquellas pruebas que

considere necesarias para acreditar los hechos sometidos a su conocimiento y en torno a los cuales gira el problema jurídico que está llamada a resolver.

En tal sentido, ha señalado la Corte que, atendiendo al sentido protector del amparo constitucional, el papel de quien juzga no puede limitarse a examinar los hechos de cara a las pruebas aportadas por las partes en el proceso, pues, no puede perderse de vista que dicha acción puede ser intentada por cualquier ciudadano o ciudadana y que pese a la oscuridad de la solicitud o la carencia de medios probatorios al respecto es deber de la autoridad judicial proteger los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o estén siendo vulnerados por la conducta del/ de la accionado(a). Por tal razón, quien juzga está en la obligación de procurar el grado de certeza que requiere para conceder o negar el amparo con fundamento en la existencia o inexistencia de la vulneración alegada. El incumplimiento de tal deber “equivale a convertir en ilusorio y vano un mecanismo instituido precisamente con el fin deliberado de acercar la teoría del ordenamiento jurídico a la realidad”. 15

Con base en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que:

“[R]esulta inadmisibles que el juez niegue o conceda la tutela de antemano, sin verificar ni sopesar a conciencia lo afirmado y lo acreditado por las partes. No puede resolver el fallador sin llegar a una persuasión racional y fundada sobre el trato que merece el asunto sometido a juicio, pues la decisión carece de sustento si no se la pone en relación con los hechos probados, tanto como si se la adopta de espaldas a la normativa aplicable”.16

Así mismo, una actuación probatoria deficiente, que conduzca a la negación del amparo, supondría la vulneración del derecho de acceso a la justicia (artículo 229 C. N.), lo cual, dejaría en situación de indefensión a quien, haciendo uso de la acción de tutela, busca el restablecimiento de sus derechos fundamentales.17

En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, Luis Carlos Bahena Polo solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud y la seguridad social, los cuales estima han sido vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales al negarle la autorización del examen denominado tomografía óptica coherente en ambos ojos, ordenado por el especialista tratante adscrito a la I.P.S. que -por disposición de la E.P.S.- se ha encargado de su tratamiento.

Al respecto, el ISS señala que de acuerdo con las normas legales y reglamentarias que establecen la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no se encuentra obligada a practicar la prueba de diagnóstico antes mencionada. Adicionalmente, afirma que en el proceso no se encuentra demostrada la relación existente entre el examen solicitado y la protección de la vida del paciente, razón por la cual, no puede considerarse que al no autorizar tal prestación se vulneren los derechos fundamentales del peticionario.

El juez de única instancia negó el amparo deprecado sosteniendo para el efecto que, en el transcurso del proceso el médico tratante del peticionario no remitió el concepto solicitado por el juzgado al momento de admisión de la demanda, por lo cual, no pudo establecerse (i) a que E.P.S. se encuentra adscrito el galeno que prescribió el examen de diagnóstico y (ii) cuál es la importancia de dicho examen de cara a la garantía del derecho a la vida del paciente.

De conformidad con lo señalado líneas atrás, la existencia de una orden médica que prescriba la práctica de un examen de diagnóstico constituye un indicio suficiente para entender acreditado el hecho de que la omisión relativa a dicho procedimiento pone en peligro la salud del paciente, en cuanto éste es requerido por el galeno encargado del tratamiento para definir, esclarecer o confirmar el diagnóstico y así mismo, para establecer las medidas que adoptará frente a la patología que aqueja al paciente. Así las cosas, esta Sala considera innecesario el pronunciamiento que echa de menos el juez de instancia en relación con la importancia de la prueba, pues de resultar ésta intrascendente, es claro que el profesional de la salud no habría ordenado su práctica. Lo anterior, no implica sin embargo, que la necesidad del examen no pueda ser desvirtuada, pues el indicio construido con base en la prescripción médica -como ocurre respecto de cualquier otro medio probatorio- podría haber sido desvirtuado por la entidad accionada valiéndose de un criterio médico razonable tendente a demostrar la intrascendencia, impertinencia o inconveniencia del mismo, lo cual, sin embargo no ocurrió en el caso de autos.

Ahora bien, respecto del otro hecho que de acuerdo con el a quo no se encuentra demostrado, esto es, la vinculación del médico tratante que ordena el examen de tomografía óptica coherente con la Entidad Prestadora de Salud, la Sala considera que se trata nuevamente de un ejercicio defectuoso del deber de examinar las pruebas en su conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica (artículo 187 del C. P. C) que vincula al juez de

amparo. Pues, la lectura de las pruebas documentales obrantes en el expediente tales como (i) la afirmación efectuada en tal sentido por el peticionario y (ii) la orden de examen expedida por la Fundación Oftalmológica del Caribe –I. P. S.- en la que se afirma que es el ISS la entidad que remite al señor Bahena Polo (folio No. 5, cuaderno 1), aunada a la ausencia de un pronunciamiento en sentido contrario por parte del ISS en la contestación de la demanda, entidad que sustenta su defensa en hechos diversos, permiten concluir que no existe una incertidumbre razonable al respecto.

De acuerdo con lo anterior, no asistía razón al juzgador para negar el amparo, toda vez que aún en el caso de considerar que las pruebas obrantes en el expediente no eran suficientes para llevarlo al convencimiento en relación con la solicitud sometida a su conocimiento, éste estaba en la obligación de decretar las pruebas que hubieran podido llenar tal vacío. En estos términos, denegar la protección solicitada con el pretexto de haber agotado los esfuerzos tendentes a reunir el material probatorio necesario para establecer la veracidad de la situación fáctica sin que a la fecha del fallo esto hubiera sido posible, constituye sin más, una vulneración del derecho de acceso a la justicia del accionante.

Un supuesto no analizado por quien denegó el amparo y que a la luz de las consideraciones expuestas líneas atrás reviste importancia, es el relativo a la capacidad económica del peticionario para asumir directamente el costo de la prueba en mención por no encontrarse ésta dentro de aquellas cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud. Al respecto, advierte la Sala que los ingresos del peticionario, que en este caso, ascienden a la suma de \$519.710, no son suficientes para asumir el costo del examen (\$260.000) sin afectar el mínimo vital de éste. En tal sentido, cabe recordar que:

“(E)l requisito jurisprudencial expuesto sobre la insuficiencia de recursos económicos no se considera insatisfecho por el simple hecho que el afectado tenga algún ingreso, sino que debe acreditarse que éste es suficiente para sufragar el valor del tratamiento o fármaco requerido y, a su vez, permite financiar las demás condiciones materiales necesarias para garantizar la subsistencia. Esto porque es inadmisibles aceptar que con el objeto de solventar los gastos propios de la atención en salud indispensable para el ejercicio cierto de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad física, deba afectarse el mínimo vital del paciente y su núcleo familiar dependiente. En este sentido, la función del juez constitucional no concluye con la comprobación de la existencia del recurso

económico percibido por el actor, sino que es su deber verificar, con base en las condiciones particulares de aquél, si el pago de los gastos relacionados con el suministro del medicamento o la práctica del procedimiento médico resulta compatible con el mantenimiento de los requerimientos materiales destinados a la subsistencia en condiciones aceptables y armónicas con el principio de dignidad humana. “18

Así las cosas, para la Sala es claro que en el caso sub examine el Instituto de Seguros Sociales vulneró el derecho constitucional fundamental a la salud del señor Bahena Polo, toda vez que, estando acreditada la necesidad del examen de tomografía óptica coherente y la incapacidad económica del mismo para asumir su costo, correspondía a dicha entidad autorizar la prueba en mención.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala concederá el amparo solicitado y en consecuencia, ordenará al ISS autorizar la práctica del examen diagnóstico ordenado por el médico tratante adscrito a la I.P.S. encargada de la atención de Luis Carlos Bahena Polo, advirtiéndole que para el efecto dicha entidad cuenta con la posibilidad de efectuar el recobro de aquellas sumas canceladas en exceso de sus obligaciones legales ante el Fondo de Solidaridad y Garantía.

VI. 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 la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha y, en consecuencia, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud del señor Luis Carlos Bahena Polo.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que, dentro de las siguientes cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice y programe la práctica del examen de tomografía óptica coherente en ambos ojos al señor Luis Carlos Bahena Polo.

Tercero.- SEÑALAR que al Instituto de Seguros Sociales le asiste el derecho a reclamar ante el FOSYGA, por los valores pagados en exceso de sus obligaciones legales.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El juez de instancia hace referencia a los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para la inaplicación de las normas que consagran la cobertura del Plan Obligatorio de Salud.

2 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.

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

4 Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.

5 Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

6 Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999.

7 Al respecto, en la sentencia T-862 de 1999, se señaló “El aplazamiento injustificado de una solución definitiva a un problema de salud, que supone la extensión de una afección o un malestar, vulnera el principio del respeto a la dignidad humana y el derecho fundamental a la vida, el cual no puede entenderse como una existencia sin dignidad. En esta medida, la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación de un posible tratamiento que logre el restablecimiento de la salud perdida o su consecución, atenta contra [el derecho a la salud].” Esta consideración ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias: T-148 de 2007; T-499 de 2007; T-500 de 2007; T-887 de 2006; T-752 de 2006; T-555 de 2006; T-762 de 2005; T-1014 de 2005; T-817 de 2004.

8 *Ibíd.*

9 *Ibíd.*

10 Corte Constitucional. Sentencia T-366 de 1999.

11 En tal sentido afirmó la Corte en sentencia T-1020 de 2004 que “(...) una de las principales obligaciones del juez de tutela como juez del Estado social de derecho, es la de velar por la mayor realización posible del principio de eficacia de los derechos fundamentales. Para lograrlo cuenta con las potestades indispensables consagradas en la Constitución y especialmente en el Decreto 2591 de 1991, entre las cuales se pueden contar las siguientes: facultad para dictar órdenes de tutela (art. 22, 23, 24, 33 y 36), facultades materiales para hacer cumplir las providencias en materia de tutela (art. 27), facultades disciplinarias para hacer cumplir las órdenes de tutela (art., 27 y 52), facultades para decretar medidas cautelares (art. 7), facultades para practicar pruebas de oficio (art.19, 21 y 32)¹¹. Además le corresponde al juez de tutela someter su conducta a los principios rectores del proceso de tutela: eficacia de los derechos fundamentales, sumariedad, celeridad, informalidad, prevalencia del derecho sustancial, y oficiosidad. (T- 704 de 2002).”

12 Cfr. Sentencia T-1630 de 2000.

13 Artículo 174 C. P. C.

14 Artículo 186 C. P. C.

15 Cfr. Sentencia C-501 de 1992.

16 Cfr. Sentencia T-264 de 1993.

17 Cfr. Sentencia T-990 de 2002.

18 Sentencia T-883 de 2003.