

Sentencia T-415-09

Referencia: expediente T-2248791

Acción de tutela instaurada por Olga del Sagrario Ortiz Hernández contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Asmet Salud EPS-S.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, que resolvió la acción de tutela promovida por Olga del Sagrario Ortiz Hernández contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Asmet Salud EPS-S.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta:

1.1. La accionante manifiesta que pertenece al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, siendo calificada en el nivel II del Sisbén.

1.2. La actora arguye que se encuentra afiliada a Asmet Salud EPS-S, entidad donde el galeno tratante la remitió para evaluación médica especializada por ginecobstetricia, con el fin de analizar los resultados de una mamografía tomada a la paciente y confirmar el diagnóstico presuntivo de “mastalgia”.

1.3. La peticionaria expone que la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Asmet Salud EPS-S no le autorizaron la valoración por el médico especialista ginecobstetra “argumentando que dicho servicio no se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud -POS-”1, situación que en sentir de aquella vulnera los derechos fundamentales invocados toda vez que presenta masas en los senos que requieren de estudio urgente.

1.4. En virtud de lo anterior, la accionante promovió acción de tutela con el propósito que se ordene a las entidades demandadas que autoricen y realicen la evaluación y manejo del caso por el médico ginecobstetra, además de solicitar que le brinden el tratamiento integral permanente derivado de la patología “mastalgia” que la aqueja.

2. Respuesta de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia:

Mediante escrito dirigido el 2 de febrero de 2009, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, actuando por intermedio del Secretario Seccional de Salud de ese departamento, solicitó al juez de instancia denegar la tutela interpuesta y exonerar de toda responsabilidad a tal Dirección por cuanto no es de su competencia la prestación de los servicios solicitados por la accionante.

Para fundamentar su solicitud, el Secretario Seccional de Salud de Antioquia adujo que es la EPS-S quien está obligada a garantizar en los términos de la Ley y sus Decretos Reglamentarios, con su propia red o contratada, la prestación de los servicio de salud y el suministro de medicamentos incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S Y NO POS-S), a las personas aseguradas en dicho régimen.

Adujo que la Dirección Seccional de Salud de Antioquia no es una EPS, ni IPS, ni ESE, sino que es un ente territorial que facilita el acceso a la salud de aquellas personas que habitan el Departamento de Antioquia y que no le fueron asignadas Entidades del Régimen Subsidiado EPS-S. Indicó que se debe hacer conciencia en que los recursos estatales destinados a los entes territoriales no se deben malversar o malgastar en asignaciones diferentes como el pago de cuotas de recuperación, viáticos, transporte y demás erogaciones que impliquen el desplazamiento de recursos toda vez que se le está restando la oportunidad de atención y cobertura en salud a otros usuarios que lo requieren.

En lo tocante a la atención integral que reclama la accionante, expuso que en tratándose de los afiliados al Sistema de Salud del Régimen Subsidiado, es responsabilidad de la EPS-S asumir con su presupuesto un fallo universal sobre el tema por cuanto es un costo que ya se les ha pagado; de no hacerlo así se estaría incurriendo en un doble pago con detrimento del patrimonio del Estado, pues se beneficiaría a una entidad que está incumpliendo las obligaciones a su cargo.

3. Respuesta de Asmet Salud EPS-S.

Esta entidad accionada contestó el escrito de tutela arguyendo que según el acuerdo 306 de 2005 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en concordancia con la resolución No. 5261 de 1994, el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado incluye la atención para los afiliados respecto de todos los eventos y problemas de salud, siempre y cuando puedan ser atendidos por el médico general y/o personal auxiliar y/o paramédico y/o de otros profesional de la salud no especializados. Por ende, esgrimió que la valoración por especialista ginecobstetra que requiere la señora Olga del Sagrario Ortiz Hernández no se encuentra incluida dentro de ese primer nivel de complejidad, razón por la cual Asmet Salud EPS-S se negó a prestar ese servicio de salud.

Adujo que la orden de apoyo para la prestación del servicio especializado de ginecobstetricia, le corresponde emitirla a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia porque el artículo 20 de la ley 1122 de 2007 establece que la prestación del servicio de salud a la población pobre, en lo no cubierto por subsidios a la demanda, corresponde hacerlo a las entidades territoriales por intermedio de las Empresas Sociales del Estado con las que hayan contratado. Expuso que ese criterio también ha sido reiterado por parte del Ministerio de Protección Social, en especial mediante la resolución No. 5334 del 26 de diciembre de 2008. Añadió que el artículo 31 del Decreto 806 de 1998 instituye que los servicios adicionales no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, deben prestarlos las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan relación contractual con el Estado.

Apoyada en lo anterior, solicitó que la protección a los derechos de la accionante fuera concedida, pero ordenando a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia que expida la autorización necesaria para la prestación del servicio de salud especializado, en la forma

dispuesta por el médico tratante. Además, pidió declarar que Asmet Salud EPS-S no menoscabó ni amenazó con vulnerar derecho fundamental alguno de la actora. Subsidiariamente solicitó que en caso establecer la obligación de prestar el servicio NO POS-S en cabeza de Asmet Salud EPS-S, se declare que el Ministerio de la Protección Social, con cargo al FOSYGA, debe reembolsar los gastos en los que incurra la EPS-S con el fin de preservar su equilibrio económico-financiero.

4. Pruebas relevantes allegadas en la instancia.

A folio 4 del cuaderno 1, se observa que el 21 de enero de 2009 Asmet Salud EPS-S remitió oficio dirigido al Secretario de Salud de Antioquia, en el cual informa que el servicio de consulta especializada de ginecobstetricia solicitado por la señora Olga Sagrario Ortiz Hernández se encuentra excluido del POS-S y que es obligación de la entidad territorial cubrir tal servicio con los recursos del subsidio a la oferta.

A folio 5 ibídem, se atisba que el 9 de julio de 2008 el médico tratante adscrito al Hospital San Rafael de Itagüí, remitió a la accionante a cita especializada con el ginecobstetra ante un posible diagnóstico de “mastalgia”.

A folios 23 a 28 ejúsdem, la EPS Subsidiada aportó copia simple de la respuesta a un derecho de petición, dada por la Directora de Atención a Personas de la Gobernación de Antioquia, en la cual se indica que de acuerdo con la resolución No. 5334 de 2008 emanada por el Ministerio de Protección Social, los procedimientos, actividades e intervenciones NO POS-S se pagarán directamente por el ente territorial.

5. Sentencia que se revisa.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí Antioquia, mediante providencia del 10 de febrero de 2009, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la ciudadana Olga del Sagrario Ortiz Hernández al considerar que ésta debe acudir a la Superintendencia Nacional de Salud que es la competente para resolver el conflicto de prestación del servicio que esgrimen las accionadas, ello a la luz del artículo 41 de la ley 1122 de 2007. Además, indicó que no existe prueba en el expediente de una omisión real que ponga en grave peligro la vida de la actora o le cause un perjuicio irremediable “como quiera que no hay constancia por parte del médico de la urgencia,

ni de la prioridad”2.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia:

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y con la selección y el reparto efectuados el 14 de mayo de 2009, esta Sala es competente para revisar la decisión judicial mencionada.

2. Problema Jurídico:

De acuerdo con los hechos expuestos, en esta oportunidad la Sala determina el problema jurídico a resolver en el siguiente interrogante, a saber: ¿Desconocen el derecho a la salud las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios requeridos -a pesar de no estar incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado-, cuando no autorizan a una persona una cita con el médico especialista que requiere y la cual alega no poder costearse por sí misma?

3. El derecho a la salud en el Estado social de derecho y los estándares internacionales para su aplicación:

La Corte Constitucional ha entendido por derecho a la salud “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”.3

También ha precisado, que este derecho no solamente incluye el poder de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, 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, la terapéutica indicada y controlar oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, se ordenen y practiquen de manera oportuna y completa los exámenes y pruebas que los médicos prescriban, además que se le brinde al paciente las citas con médicos

especialistas versados en la materia para que determinen el tratamiento a seguir.⁴

En la sentencia T-760 de 20085, esta Corporación reconstruyó en forma sistemática las reglas jurisprudenciales que en los diferentes escenarios constitucionales presenta el derecho a la salud, avanzando, dentro del marco que brinda la Constitución, en la identificación de los elementos que comportan el goce efectivo del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud.

La ratio decidendi invocada por la Corte al resolver cada uno de los casos acumulados en la providencia citada, será en adelante, el canon normativo conforme al cual los jueces de tutela (individuales o colegiados) habrán de resolver los problemas jurídicos que en materia de derecho a la salud les sean sometidos a su consideración.

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación también ha señalado que la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) y al Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S) es compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos⁶.

Empero, en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas en dicho plan puede vulnerar derechos fundamentales como la salud, por lo que en cumplimiento del mandato impuesto por el artículo 4° Superior debe ser inaplicada la reglamentación que excluye el servicio, tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar de ese modo que normas de carácter legal o reglamentario impidan el goce efectivo de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas y demás garantías consagradas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Artículo 93 de la Constitución Política).

Debe recordarse que el Estado colombiano conforme a lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁷. Sobre esta disposición el Comité de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales mediante la Observación General No. 148 señaló que:

“8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión a la libertad sexual y genésica, y el desarrollo a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

9. El concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. (...) Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.

En idéntico sentido el Comité en la misma Observación general precisó que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos “esenciales e interrelacionados”; a) Disponibilidad, b) Accesibilidad, c) Aceptabilidad y, d) Calidad.

4. Inaplicación del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad. Subreglas exigidas y reiteración de jurisprudencia.

Los anteriores criterios resultan de la mayor relevancia para la interpretación del derecho fundamental a la salud en los casos concretos (artículo 93 Superior), en los cuales bajo ciertas condiciones, deberá, de ser necesario, hacerse uso de la excepción de inconstitucionalidad frente a las disposiciones legales o reglamentarias sobre el Sistema de Seguridad Social en Salud y específicamente del Plan Obligatorio de Salud (POS) o el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S) en aras de la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales (artículo 2 Superior), en situaciones en las cuales las personas en razón a sus condiciones personales o económicas no pueden resolver sus problemas de salud a través de médicos o planes privados.

Conforme a la Sentencia T-760 de 2008 a la “situación, [de] requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismos el servicio, se le denominará en adelante, requerir con necesidad”⁹. El concepto de requerir se concreta en las siguientes subreglas, a saber: i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y, iii) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Por su parte, (iv) la noción de “necesidad” alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar, y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.

En este sentido, la regla aplicable –en procura de atender el problema jurídico– en el presente asunto y que se extraen de la citada sentencia es aquella conforme a la cual una entidad de salud viola el derecho fundamental de salud si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS) o Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S), cuando el servicio se requiere con necesidad, lo cual impone al juez de tutela reestablecerlo, debiéndose resolver el caso entonces no con las reglas reglamentarias sino con las cláusulas constitucionales aplicables.

Con fundamento en las anteriores premisas, la Sala verificará si la accionante requiere la valoración del médico especialista ginecobstetra solicitado con necesidad.

5. Caso concreto:

5.1. Verificación del concepto “requerir con necesidad”:

En el presente asunto, está demostrado que la actora requiere con necesidad el servicio de cita médica con el especialista en ginecobstetricia, toda vez que a folio 5 del expediente se observa claramente que se trata de una paciente “con cuadro de mastalgia izquierda con seudonódulo en unión de cuadrantes externos periareolas”, por lo cual requiere con necesidad que el médico especialista la valore y le analice los resultados de los exámenes de mamografía que el galeno general le ordenó, en procura de

confirmar el presunto diagnóstico y de fijar el procedimiento o tratamiento específico para estabilizar su salud. Nótese que por ser la mastalgia¹⁰ un fuerte dolor mamario que revela al palpo ciertos nódulos en la región pectoral femenina, evidente resulta que desmejora gravemente la calidad de vida de la paciente al punto que le restringe su actividad diaria y afecta su más alto nivel de salud. Por ende, la falta del servicio médico especializado amenaza el derecho a la salud en conexidad con la vida y a la dignidad humana de la accionante Olga del Sagrario Ortiz Hernández [subregla i].

Es pertinente recordar que “la adecuada protección de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de derecho, que es la tarea básica del juez constitucional (art. 2 C.P.), torna inadmisibles las posturas según las cuales debe condenarse a un individuo a padecer dolor por falta de tratamiento médico efectivo, pues ello conduciría a la negación de la dignidad humana. Si hay una alternativa para superar el dolor, se debe acudir a ella. Y si es necesario, se lo debe hacer con el concurso de la jurisdicción y a través del amparo constitucional. Ello impide que de la vida digna se haya una proclama insulsa y permite que se le dé un contenido material como derecho.¹¹”

El siguiente aspecto de estudio tiene que ver con la existencia de pruebas a partir de las cuales se pueda inferir que la cita médica con el especialista ginecobstetra prescrita pueda ser sustituida con alguna otra incluida en el POS-S [subregla ii].

Al respecto, debemos indicar que el acuerdo 306 de 2005 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, mediante el cual se estableció el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, plantea tres niveles de cobertura según el grado de complejidad, encontrándose en el primero que cubre la atención para los afiliados respecto de todos los eventos y problemas de salud que puedan ser atendidos por el médico general, personal auxiliar, paramédico y de otros profesionales de la salud no especializados. Si bien los niveles segundo y tercero de complejidad cobijan la atención de especialistas, no puede perderse de vista que sólo consagran la atención por médico ginecobstetra durante el proceso de gestación, parto y puerperio, según lo indica el numeral 2.1. del artículo 2° del acuerdo en mención. De modo pues que, en efecto la atención especializada que requiere la paciente está excluida del POS-S.

En este caso no existen afirmaciones de las entidades accionadas, ni otro material

probatorio en el expediente encaminado a demostrar que la cita con el especialista pueda ser reemplazada con algún criterio o confirmación de diagnóstico que haga un médico general, los cuales tienen un conocimiento amplio sobre la medicina pero escaso frente al supuesto padecimiento concreto de la actora, razón por la cual la Sala estima satisfecho este requisito.

Para analizar si la remisión al especialista fue hecha por el médico tratante adscrito a la EPS-S accionada [subregla iv], debemos recordar que por médico tratante se ha entendido desde la sentencia T-378 de 200012 al profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS o EPS-S, que examina, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente; y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no una operación, si se suministra o no un medicamento, o si requiere un servicio de índole especializado. Basta observar las pruebas que militan a folios 4 y 5 del expediente, así como la respuesta al escrito tutelar que entregó la EPS Subsidiada a folio 14 ibídem, para concluir que el médico del Hospital San Rafael de Itagüí tiene relación laboral con Asmet Salud EPS-S. Entonces, denota la Sala satisfecho así otro de los requisitos jurisprudenciales requeridos para conceder el amparo.

Respecto del elemento de la “necesidad” [subregla iii], este alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie. Frente a ese tópico, que atañe a la falta de recursos económicos, es aplicable la presunción fijada por esta Corporación en el sentido que la pertenencia al régimen subsidiado permite llegar a esa conclusión¹³, sumado a que el no tener capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a “acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación”.¹⁴

Bien se dijo que “[L]as EPS y las entidades territoriales que obstaculizan el acceso a los servicios de salud a una persona que carece de recursos económicos, irrespetan su derecho constitucional a acceder a los servicios de salud sin discriminación

y, además, actúan en contra de la ley, puesto que la constitucionalidad de la norma legal invocada fue condicionada, precisamente, a que el pago no se constituya en una barrera a la accesibilidad al servicio de salud para los que carecen de recursos económicos”¹⁵. Por ello, cuando los servicios no PO-S están sometidos al pago de cuotas de recuperación en el régimen subsidiado, y la persona no puede asumir el costo, es obligación del ente territorial respectivo garantizar el acceso al servicio requerido, asumiendo la totalidad del costo del mismo.

En el asunto sub-examine, esta Sala advierte de acuerdo con lo indicado en el escrito de tutela, que la señora Olga del Sagrario Ortiz Hernández es una mujer de escasos recursos económicos que no está en capacidad de asumir el costo de la cita con el especialista ginecobstetra que necesita, lo que incluye por supuesto, el valor de pagos moderados o cuotas de recuperación que debe cancelar para el efecto. Adicionalmente, en este sentido, resulta importante resaltar que la accionante se encuentra clasificada en el nivel II del SISBÉN, razón por la cual, en atención a la jurisprudencia constitucional y como se dijo en líneas precedentes, es admisible presumir que carece de los medios económicos suficientes para sufragar el valor de dicho servicio médico especializado y de los referidos pagos.

Por lo anterior, esta Sala aplicará en el presente caso el criterio jurisprudencial de esta Corte según el cual, con el propósito de garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna, corresponde la inaplicación de las normas legales y reglamentarias que prevén la exigencia de pagos compartidos y de cuotas moderadoras en los casos en que los afiliados, beneficiarios o participantes vinculados del sistema de seguridad social en salud, en razón de su situación económica, no puedan efectuar su costo para acceder a la prestación de los servicios médicos que requieren.¹⁶ Así, en atención al criterio indicado, las entidades accionadas no podrán exigir a la actora cuotas de recuperación o copagos por el servicio médico especializado que le sea prestado conforme a la orden del galeno tratante.

En suma, los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional se encuentran satisfechos, razón por la cual la Corte accederá a la protección reclamada en procura de restablecer los derechos fundamentales de la señora Olga del Sagrario Ortiz Hernández que requiere con necesidad el servicio médico especializado.

5.2. El tratamiento integral que solicita la accionante:

Respecto a la orden de tratamiento integral se ha sostenido que en virtud del principio de integralidad propio del Sistema de Seguridad Social, las órdenes del Juez constitucional que procuran proteger el derecho a la salud deben proveer todas las acciones necesarias para el reestablecimiento pleno de la salud del afectado y la rehabilitación de todas las afecciones que padece, de conformidad con lo que ordene el médico tratante 17. Igualmente, la orden de tratamiento integral se ha impartido sobre el supuesto de enfermedades y afecciones debidamente determinadas, definidas específicamente en cuanto a su naturaleza y el tratamiento necesario, según lo señalado por el médico tratante.

En el presente asunto no se concederá tal pedimento en tanto hasta el momento no existe una enfermedad concreta, claramente determinada y probada sobre la cual deba ordenarse tratamiento integral, pues por ahora se intenta establecer un diagnóstico de los padecimientos que sufre la accionante a través de la valoración con el especialista que le fue ordenada. Lo anterior en tanto una orden de brindar tratamiento integral sería abstracta -no se conocería la enfermedad ni su manejo- y porque no puede concluirse la inclusión o no de los medicamentos y tratamientos en el POS-S, ni la negación de las entidades competentes para atenderlos.18

Sin embargo, una vez efectuado el diagnóstico y determinados por el médico especialista tratante la enfermedad así como el tratamiento a seguir y los medicamentos necesarios, ni la EPS-S Asmet Salud ni IPS alguna puede condicionar los servicios médicos a una nueva orden del juez de tutela. En esta misma providencia se ordenará que una vez efectuado el diagnóstico, la EPS-S

deberá asegurar la prestación integral de todos los servicios médicos que prescriba el médico especialista tratante en procura de obtener la mejoría de la accionante.

5.3. La responsabilidad en el cubrimiento de un servicio médico excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado:

En cuanto a la naturaleza del servicio requerido con necesidad y la responsabilidad en su cubrimiento, la valoración por ginecobstetra no se encuentra expresamente

consagrada dentro de los servicios que cubre el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Frente a la anterior situación, al sistema en su conjunto le corresponde asumir el costo de los servicios médicos que se requieran, bajo dos tipos de escenarios: i) que la prestación del servicio de salud sea garantizada por la EPS-S a la que se encuentra adscrita la paciente, con el derecho al recobro de los dineros a la Dirección de Salud de la entidad territorial correspondiente¹⁹ y; ii) que la prestación del servicio de salud sea garantizada directamente por las instituciones departamentales o municipales en coordinación con la EPS-S, habida consideración que tal competencia de financiar la prestación del servicios a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, lo consagra el artículo 43.2.2 de la ley 715 de 2001.

En el presente asunto si bien Asmet Salud EPS-S presentó el caso a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia según revela la prueba documental obrante a folio 4 del cuaderno 1 y cumplió con su deber de informar a la accionante que debía acudir a la entidad territorial para obtener la cobertura NO POS-S, no lo es menos que para efectos prácticos y de garantía en la prestación del servicio a la actora, es la EPS-S la que cuenta con una red amplia de especialista y con varias IPS donde se puede prestar la atención médica especializada a la señora Olga del Sagrario Ortiz Hernández, motivos que llevan a esta Colegiatura a inclinarse en esta oportunidad por la primera opción referida, es decir, que sea la EPS-S accionada la encargada de suministrar la valoración especializada y se le faculte para repetir contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia por los gastos en que incurra en cumplimiento de las órdenes de protección que a renglón seguido se darán, pero observando el literal j) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 declarado exequible por esta Corte mediante sentencia C-463 de 200820.

5.4. Conclusión de lo expuesto, al estar probado que la actora requiere con necesidad la valoración del médico ginecobstetra para que analice sus exámenes mamarios, dilucide sobre el presunto diagnóstico de mastalgia y establezca el tratamiento a seguir, se revocará el fallo instancia y en su lugar, se tutelaré su derecho constitucional fundamental a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas. En consecuencia, se ordenará a la EPS-S accionada que en el término 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, someta a la accionante a la valoración

médica con el profesional especialista en ginecología y obstetricia para que éste confirme, si es del caso, el diagnóstico y el tratamiento que aquella requiere con necesidad.

Así mismo, una vez efectuado el diagnóstico y determinados por el médico especialista tratante la enfermedad así como el tratamiento a seguir y los medicamentos necesarios, la EPS-S accionada deberá garantizar la prestación integral de todos los servicios médicos que prescriba el ginecólogo y que se relacionen con la patología encontrada a la actora, en procura de reestablecer su salud, sin que le pueda condicionar la atención al pago de suma de dinero alguna dada la falta de capacidad económica de la accionante.

De todas las gestiones que realice la EPS-S dará cuenta en forma inmediata al juez de tutela, quien verificará el cumplimiento efectivo de las órdenes de protección. Finalmente, se autorizará a dicha entidad para que repita contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia por los gastos en que incurra en cumplimiento de la presente decisión.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la decisión adoptada el día diez (10) de febrero de dos mil nueve (2009) por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Olga del Sagrario Ortiz Hernández contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Asmet Salud EPS Subsidiada, y en su lugar, CONCEDER el amparo de su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de la EPS Subsidiada Asmet Salud, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, conforme a lo ordenado por el galeno tratante, proceda a prestar, si aún no lo ha hecho, el servicio médico de especialista ginecóloga y obstetra a la señora Olga del Sagrario Ortiz Hernández

Tercero.- ORDENAR al representante legal de la EPS Subsidiada Asmet Salud que, una vez efectuado el diagnóstico y determinados por el médico especialista tratante la enfermedad así como el tratamiento a seguir y los medicamentos necesarios que requiere Olga del Sagrario Ortiz Hernández, garantice la prestación integral de todos los servicios médicos que prescriba el ginecobstetra y que se relacionen con la patología encontrada a la actora, sin que le pueda condicionar la atención al pago de suma de dinero por ningún concepto.

Cuarto.- INAPLICAR por inconstitucional para el caso concreto, las disposiciones reglamentarias que fundamentaron la negativa de la EPS Subsidiada Asmet Salud a autorizar el servicio médico que motivo la interposición de esta acción de tutela.

Quinto.- ORDENAR al representante legal de la EPS Subsidiada Asmet Salud que, de forma inmediata, una vez el especialista haya valorado a la accionante, informe al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí de todas las gestiones y servicios que ejecute dicha entidad en procura de reestablecer la salud a la paciente.

Sexto.- AUTORIZAR a la EPS Subsidiada Asmet Salud a que repita contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia por los gastos en que incurra en cumplimiento de estas órdenes de protección, para lo cual se observará el literal j) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007.

Séptimo.- El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí velará por el cumplimiento de lo dispuesto en esta providencia para lo cual hará los requerimientos que corresponda, si vencido el plazo fijado a la EPS Subsidiada Asmet Salud no le ha informado sobre el particular.

Octavo.- Secretaría General, de forma inmediata, remitirá el expediente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí y sendas copias simples de esta providencia tanto a la accionante como a las entidades accionadas, sin perjuicio del cumplimiento que el juez de instancia dará al artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente en Comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cfr. folio 1 del cuaderno 1.

2 Cfr. Folio 32 del cuaderno 1.

3 Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Corte Constitucional. Sentencias T-366 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-849 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

5 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

6 Sobre el tema se pueden estudiarse, entre otras, las sentencias SU-480 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

7 Cfr. Ley 74 de 1968.

8 Adoptada durante el 22° periodo de sesiones, año 2000.

9 Consideración jurídica 4.4.3.2.1.

11 Corte Constitucional. Sentencia T-237 de 2003. M.P.: Jaime Córdoba Trivino.

12 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

13 Corte Constitucional, Sentencias T-841 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-310 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto.

14 Artículos 187 y 188 ('Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios') de Ley 100 de 1993. En la sentencia T-811 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la Ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que "las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación." En este caso la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada [Compensar EPS] prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.

15 Corte Constitucional. Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, consideración 4.4.5.1.5. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

16 Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-301 de 2007, T-548 de 2005, T-720 de 2005, T-908 de 2004, T-829 de 2004, T-743 de 2004 y T-714 de 2004.

17 Sentencias T-179 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-518 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-799 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-503 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-584 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-657 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería.

18 En la sentencia T-702 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería, se estudió el caso de un menor que requería una resonancia magnética craneal y se determinó la imposibilidad de ordenar tratamiento integral, atendiendo entre otras a la obligación de fundamentar la protección de derechos fundamentales en hechos, pruebas y solicitudes concretas.

19 Sobre el tema, ver sentencias T-1243 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-633 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo, y T-709 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

20 Corte Constitucional. Sentencia de mayo 14 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.