

DERECHO A LA SALUD-Práctica de neurocirugía estereotáctica excluida del POS por ser procedimiento experimental

REGIMEN SUBSIDIADO-Finalidad

DERECHO A LA SALUD-Tratamiento no fue ordenado por médico tratante y no fue solicitado por el demandante

Para que el amparo solicitado prospere es necesario que se aprecie que en realidad existió la negativa de una Empresa Promotora de Salud a suministrar lo pretendido por el accionante, para así poder alegar la vulneración de un derecho fundamental. En consecuencia, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en realidad las acciones u omisiones de la entidad demandada y solo en la medida en que ellas constituyan la violación de algún derecho fundamental. En el caso sub judice, la fórmula médica que sirve de sustento para la solicitud de amparo no proviene del médico tratante del peticionario, sino de un galeno particular que lo atendió en consulta privada, costeadas por sus propios medios, circunstancia que conlleva, en la práctica judicial, a concluir en principio que tal presupuesto no se encuentra satisfecho y, por ende, no pueden prosperar las pretensiones del accionante. Adicionalmente, expresa el actor en su declaración de ampliación de los hechos de la demandada, contenida en el folio 59 del expediente, no haber solicitado previamente a ninguna de las dos entidades demandadas la autorización y práctica de la neurocirugía estereotáctica que le fue ordenada, circunstancia que se erige en impedimento insuperable para la prosperidad de sus pretensiones, por cuanto ninguna responsabilidad puede

endilgarse a quien no ha incurrido en acción u omisión lesiva de derechos fundamentales.

Referencia: expediente T-1302568

Acción de tutela instaurada por Carlos Hernando Ospina Arango contra Instituto – Seccional de Salud de Quindío y Comfenalco A.R.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil seis (2006).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito de Armenia, en decisión única de instancia, en el trámite de la acción de tutela iniciada por el

señor Carlos Hernando Ospina Arango contra el Instituto Seccional de Salud de Quindío.

## I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día veintisiete (27) de enero de dos mil seis (2006), el señor Ospina, actuando en nombre propio, solicita el amparo de sus derechos constitucionales a la salud y la seguridad social en conexidad con sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad personal, presuntamente vulnerados por las entidades demandadas.

La solicitud de amparo se sustenta en los siguientes:

### 1. Hechos.

El señor Ospina, de 43 años de edad, se encuentra afiliado a Comfenalco A.R.S. desde el 19 de mayo de 2004, en el nivel 1 del SISBEN, ostentando la calidad de discapacitado, de acuerdo con el artículo 5° de la ley 361 de 1997.

El accionante padece la enfermedad de parkinson hace 7 años, presentando como síntomas un constante temblor bilateral así como rigidez, lo cual le ha representado la pérdida motora y funcional de su brazo derecho, en un porcentaje muy elevado.

A partir de tal circunstancia, el peticionario ha sido calificado como discapacitado en el carné

de afiliación al régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud y, por lo mismo, ha tenido que suspender sus labores como maestro de obra civil, que le significaban su única fuente de ingresos, encontrándose ahora desempleado y con escasas posibilidades de encontrar un trabajo en el que pueda desempeñarse satisfactoriamente.

En agosto 12 de 2004, el médico particular Gerardo Hernández Ávila, valoró el estadio de evolución de la enfermedad de parkinson del señor Ospina, ordenándole la práctica de neurocirugía estereotáctica para su tratamiento, como medio adecuado para el control de sus síntomas, con un nivel de efectividad estimado en un 70%.

Entre tanto, Comfenalco A.R.S. viene suministrándole el medicamento levodopa carbidopa 250 mg por tres tabletas diarias que, según el concepto del doctor Hernández, disminuye la intensidad de los síntomas por un lapso de dos horas entre cada dosis pero, a su vez, le genera como efectos secundarios palpitaciones y opresión precordial.

Finalmente, alega el demandante, que carece de los medios económicos necesarios para cubrir individual y directamente el costo que implica el tratamiento médico de su enfermedad y que, por ende, su valor total debe ser asumido por el Instituto Seccional de Salud de Quindío con cargo a los recursos del subsidio a la oferta, conforme con el artículo 43 de la ley 715 de 2001.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## 2. Solicitud

El señor Ospina, dentro del presente proceso de tutela, exhorta a la autoridad judicial para que ampare sus derechos fundamentales a la vida digna, la integridad personal, la salud y la seguridad social, ordenando a la empresa demandada o a la entidad que corresponda: i) La

realización inmediata de la neurocirugía estereotáctica ordenada por el médico Hernández para el tratamiento de su enfermedad de parkinson.

### 3. Trámite de instancia.

3.1 Mediante auto de enero treinta (30) de dos mil cinco, el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito de Armenia admitió la presente acción de tutela, y ordenó la notificación del Instituto Seccional de Salud de Quindío, al igual que la vinculación de Comfenalco A.R.S. para efectos de que ambas entidades se pronunciara sobre los hechos contenidos en ella, en ejercicio de su derecho de defensa.

3.2 Surtido el trámite descrito, el señor Luis Carlos Alzate Ríos, actuando como apoderado judicial de Comfenalco A.R.S., se opuso a todas las pretensiones del peticionario por cuanto la neurocirugía estereotáctica para la enfermedad de parkinson que solicita, es un servicio que no está incluido en el POS-S, conforme con los Acuerdos 306 y 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

En este sentido, agrega que el artículo 43 de la ley 715 de 2001 consagra, de manera expresa, que los servicios de salud que se encuentran por fuera del POS-S están a cargo de la entidad de salud respectiva, en este caso, el Instituto Seccional de Salud de Quindío, quien administra los recursos del Sistema General de Participaciones, recursos del subsidio a la oferta, que le gira la Nación con tal objeto.

En este orden de ideas, concluye Comfenalco A.R.S., citando algunas sentencias de tutela en las que, ante casos similares, fue exonerada de cualquier responsabilidad en la vulneración de los derechos fundamentales de los peticionarios, en concreto, respecto a pacientes,

afiliados suyos, que padecían enfermedades del sistema nervioso central que no eran consecuencia de un trauma y que, por tanto, no estaban contempladas en el numeral 3.2., literal b, del artículo 2º del Acuerdo 306 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud sobre la enfermedades de alto costo del sistema nervioso central que son parte del POS-S.

Por su parte, la señora Marta Isabel Uribe Escobar, en su condición de directora del Instituto Seccional de Salud de Quindío solicitó al Juez de la Causa exonerar de toda obligación a las dos entidades demandadas, declarando improcedente la acción de tutela sub judice en atención a que: i) el accionante acudió a un médico particular para la valoración y tratamiento de su enfermedad de parkinson, sin acogerse a la red prestadora de servicios de salud que, para tal fin, tiene organizada Comfenalco A.R.S.; ii) La afección neurológica que padece el señor Ospina tiene diferentes tratamientos, unos médicos y otros quirúrgicos, cuya eficacia debe examinarse caso por caso; por el momento, aquel se encuentra en la etapa básica de control con medicamentos, sin que resulte necesaria ni apremiante la intervención quirúrgica solicitada; y iii) La neurocirugía estereotáctica, cuya práctica se pretende, es un procedimiento experimental, por lo cual, de acuerdo con el artículo 18, numeral d, de la resolución 5261, ninguna entidad del Estado, o particular que preste servicios de atención en salud puede ordenar su práctica.

Con base en las anteriores intervenciones, el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito de Armenia expidió auto de decreto de pruebas, en febrero seis (6) de dos mil seis (2006), ordenando lo siguiente: i) Librar oficio a las entidades demandadas para que informen si el médico Hernández Ávila atendió al peticionario por cuenta de alguna de ellas; ii) remitir al señor Ospina al médico legista para que éste determine, previa valoración de sus condiciones de salud y de su historia clínica, si aquel requiere, o no, la práctica de una neurocirugía estereotáctica, y si dicho procedimiento quirúrgico puede ser sustituido por otro que resulte igualmente efectivo para el control de los síntomas de su enfermedad de parkinson; iii) librar oficio al Ministerio de la Protección Social para que informe si el servicio de neurocirugía estereotáctica para enfermedad de parkinson se encuentra incluido en el POS-S; y iv)

Disponer que el accionante rinda declaración ampliando los hechos de la acción de tutela, previniéndole para que allegue al expediente, copia de su historia clínica.

En cumplimiento de tal proveído, el Juez de la Causa obtuvo las siguientes respuestas:

Respecto a lo dispuesto en el numeral i), el Instituto Seccional de Salud de Quindío manifestó no tener conocimiento alguno por cuanto el doctor Hernández se encuentra adscrito al Centro Médico Imbanaco de Cali - Valle del Cauca, lugar donde atendió al accionante; esto es, fuera de la circunscripción departamental dentro de la cual ejerce sus competencias. Por su parte, Comfenalco A.R.S. informó que dicho profesional de la salud no pertenece a su Red de Servicios; es decir, se trata de un médico que no está vinculado a ella y, en consecuencia, atendió al señor Ospina mediante consulta particular costeadada por el mismo, por sus propios medios económicos.

Respecto a lo dispuesto en el numeral ii), el señor Carlos Hernán Collazos Gambóa, médico perito adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Dirección Regional Occidente - Seccional Quindío - Sede Armenia, suscribió informe de fecha febrero 8 de 2006 en el que certifica que el peticionario refiere cuadro clínico de aproximadamente 7 años de evolución, caracterizado por temblor fino en las extremidades, con diagnóstico de parkinson, el cual ha sido tratado por cerca de 6 años con Carbidopa, Levodopa, biperideno y Amantadita, sin mostrar ninguna mejoría, motivo por el cual presenta, en la actualidad, una sintomatología evidente que limita sus quehaceres primarios. En este sentido, concluye el médico forense que le debe ser practicada, de manera prioritaria, la cirugía ordenada por el médico Hernández para efectos de mejorar su calidad de vida.

Respecto a lo dispuesto en el numeral iii), no se recibió respuesta del Ministerio de la Protección Social.

Finalmente, respecto a lo dispuesto en el numeral iv), se recibió declaración del señor Ospina en febrero 7 de 2006, en la que afirma, entre otras cosas, que: a) el médico Hernández lo atendió por consulta particular; b) no obstante tal circunstancia, los medicamentos que anteriormente le había prescrito aquel, le eran suministrados por Comfenalco A.R.S.; c) asimismo, ha sido valorado y tratado por un neurólogo de la Clínica Central de Quindío, adscrito a la A.R.S. demandada, quien básicamente le ha ordenado seguir el tratamiento con los medicamentos prescrito por el médico Hernández; d) el costo aproximado de la neurocirugía estereotáctica que solicita es de \$8´300.000, el cual le resulta imposible de pagar por carencia de recursos económicos suficientes y por discapacidad, derivada de la enfermedad de parkinson que padece; y e) no ha solicitado a ninguna de las dos entidades demandadas la autorización de la mencionada intervención quirúrgica, debido a que los propios médicos que le atienden le han informado que aquella no está incluida en el POS-S.

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

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Ospina (folio 1)
- Fotocopia del carné de afiliación del señor Ospina a Comfenalco A.R.S., con la calificación de discapacitado (folio 2)
- Fotocopia de la orden médica de la neurocirugía estereotáctica, suscrita por el doctor Hernández (folio 3)
- CD-ROM con video del señor Ospina en el que se evidencia los síntomas de su enfermedad de parkinson (folio 4)
- Poder otorgado al señor Alzate, por el Director Administrativo de Comfenalco, para ejercer la defensa de la entidad en la presente acción de tutela (folio 50)



- Certificado de existencia y representación de Comfenalco, expedido por la Superintendencia de Subsidio Familiar (folio 51)
- Acta de Audiencia pública de febrero 7 de 2006, en la que el señor Ospina rinde declaración ampliando los hechos de su demanda (folio 54)
- Informe técnico médico legal, con radicación N° 2006C-05020100474, de febrero 8 de 2006, suscrito por el perito Carlos Collazos (folios 66 y 67)

## II. LA SENTENCIA QUE SE REvisa

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Mediante sentencia de febrero nueve (9) de dos mil seis (2006) el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito de Armenia resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por el accionante por cuanto, como él mismo lo manifiesta en su declaración de ampliación de los hechos de la acción de tutela, el servicio médico cuya práctica pretende que sea ordenada por el Juez Constitucional le fue prescrito por un médico particular que no se encuentra adscrito a ninguna de las entidades demandadas. Además, éstas no se han negado a autorizar la realización de la neurocirugía estereotáctica al peticionario ya que ni siquiera han sido requeridas con tal propósito por aquel.

En consecuencia, consideró el Juez de Instancia que no se encontraban satisfechos en este caso los requisitos esenciales exigidos por la jurisprudencia constitucional para la prosperidad del amparo solicitado

## III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

## 1. Competencia

Asumido este asunto mediante auto de la Sala de Selección Número Tres (3) de marzo veinticuatro (24) de dos mil seis (2006), se aprecia que esta Corte es competente para revisar el fallo dictado en la acción de tutela iniciada por Carlos Hernando Ospina Arango contra la Dirección Seccional de Salud de Quindío y Comfenalco A.R.S., de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Problema Jurídico

La presente controversia plantea como interrogante a resolver, a la luz de los postulados constitucionales vigentes, si la Dirección Seccional de Salud de Quindío y/o Comfenalco A.R.S. está(n) vulnerando, o no, los derechos constitucionales a la salud y la seguridad social del accionante en conexidad con sus derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad personal, al no autorizarle la práctica de la neurocirugía estereotáctica que le fue prescrita por su médico particular para el manejo adecuado de la enfermedad de parkinson que padece desde hace 7 años, aún cuando existe un informe técnico médico legal que certifica la necesidad prioritaria de su realización para el control efectivo de la sintomatología derivada de aquella y a pesar de no haberse requerido previamente el servicio respectivo ante la autoridad encargada de autorizarlo.

En este sentido se reseñará, a continuación, la línea jurisprudencial establecida por esta Corporación respecto de la protección integral del derecho a la salud en la Constitución Política, en particular, en lo referente a la procedencia del suministro de servicios médicos no incluidos en el POS.

### 3. La protección integral del derecho a la salud en la Constitución Política. Reiteración de Jurisprudencia

3.1. El derecho a la vida humana está establecido desde el propio preámbulo de la Constitución Política como un valor supremo que debe asegurar la organización política, pues tanto las autoridades públicas como los particulares deben propender por garantizar y proteger la vida humana y, mucho más, si prestan el servicio de seguridad social.

Asimismo, en los artículos 11 y 13 Superiores, se establece el derecho a la vida como inviolable y se consagra como deber del Estado protegerlo, en especial, el de aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y en el mismo sentido, ordena sancionar los abusos y maltratos que contra ellos se cometan.

En armonía con lo expresado, el artículo 48 de la Carta proclama que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establece la ley, y el artículo 365 ibídem señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado que tiene el deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Esta Corporación en diferentes providencias,<sup>1</sup> ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral de “existencia digna” conforme con lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece que la República se funda “en el respeto de la dignidad humana.”

Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación<sup>2</sup> ha sido reiterativa al afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando la presencia de ciertas enfermedades afecta esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal. Resulta válido pensar, entonces, que el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio de sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad.<sup>3</sup>

En desarrollo de lo anteriormente referenciado, el numeral tercero del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, consagra la protección integral en salud cuando dispone que: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

A su vez, el literal c) del artículo 156 ibídem señala que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3.2. Ahora bien, la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida, tantas veces pregonada por esta Corte, debe enmarcarse dentro del contexto de dignidad humana que irradia todo el ordenamiento constitucional, por lo cual los riesgos contra la vida no pueden entenderse única y exclusivamente en un estricto sentido formal. La jurisprudencia constitucional sobre este aspecto ha determinado que el concepto de vida no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela únicamente en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino que se consolida como un concepto más amplio a

la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende, entonces, es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”<sup>4</sup>, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”<sup>5</sup>, en la medida en que ello sea posible<sup>6</sup>.

En este sentido, la vida en condiciones dignas hace alusión a que el individuo considerado en su persona misma pueda desarrollarse como ser autónomo y libre, con la suficiente idoneidad para desempeñar cualquier función productiva dentro de la sociedad, pero el padecimiento de alguna enfermedad no conlleva necesariamente la muerte física sino que puede menoscabar sus aptitudes limitando la existencia misma del Ser humano. No debe esperarse a que la vida esté en inminente peligro para garantizar el servicio o acceder al amparo de tutela, sino procurar que la persona pueda actuar normalmente en su entorno social.

En consecuencia, la Corte ha señalado que la tutela puede prosperar no sólo cuando se trate de circunstancias que traigan como consecuencia la muerte misma o el menoscabo en alguna función orgánica vital, sino ante situaciones menos graves que puedan llegar a comprometer la calidad de vida de la persona.

Al respecto ha considerado la Corte:

“El derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución -preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y

desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia.” 7

3.3. Ahora bien, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a través del Plan Obligatorio de Salud ha establecido cuáles son los servicios de salud que deben prestar las Administradoras del Régimen Subsidiado (A.R.S.) a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud por el Régimen Subsidiado.

Así, en tanto existen unos servicios a prestar, existen igualmente unas exclusiones y limitaciones en la prestación de servicios médicos, las cuales por lo general corresponden a las actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o que sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”.

Sin embargo, vista la supremacía de la Constitución respecto de las demás fuentes formales del derecho, se ha procedido excepcionalmente a la inaplicación de la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido por el particular, para ordenar que el mismo sea suministrado y evitar de ese modo que una reglamentación de orden legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.

En tales eventos, es preciso verificar que el medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, efectivamente amenace los derechos constitucionales

fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado<sup>8</sup>, pues de todos modos no se puede obligar a las Administradoras del Régimen Subsidiado a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos<sup>9</sup>.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional<sup>10</sup> ha considerado que se violan los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de quien necesita el tratamiento no incluido en el POS, cuando i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; iii) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la A.R.S. de quien se está solicitando el tratamiento; y iv) el interesado no puede costear directamente el tratamiento ni las sumas de dinero que la A.R.S. se encuentra legalmente autorizadas a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie <sup>11</sup>.

#### 4. La finalidad del régimen subsidiado y la función básica de las Empresas Promotoras de Salud EPS

El Sistema de Seguridad Social en Salud –SGSSS- tiene dos tipos de destinatarios: (i) Las personas afiliadas, como contribuyentes al régimen contributivo y los beneficiarios al régimen subsidiado y (ii) las personas vinculadas o participantes<sup>12</sup>.

En el caso particular del Régimen Subsidiado, considerado como el conjunto de normas que rigen la vinculación al SGSSS, cuando la misma se hace mediante el pago de una cotización subsidiada total o parcialmente con los recursos fiscales o del fondo de solidaridad y garantía – FOSYGA<sup>13</sup>, se ha establecido que tiene el propósito de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar.<sup>14</sup>

En efecto, dicho régimen fue creado para asegurar el ingreso de la población más desfavorecida al Sistema de Seguridad Social en Salud en condiciones equitativas, el cual se financia con aportes fiscales de la Nación, de los Departamentos, los Distritos y los Municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de sus capacidades.<sup>15</sup>

Por otra parte, en el Régimen Subsidiado, la atención médica requerida por el afiliado es prestada por las empresas administradoras del régimen subsidiado (ARS), las cuales podrán ser las Entidades Promotoras de Salud -EPS- de naturaleza pública, privada o mixta, Empresas Solidarias de Salud -ESS- y las Cajas de Compensación Familiar, que cumplan con los requisitos legalmente establecidos para garantizar la eficiente prestación del servicio.<sup>16</sup>

En el asunto en concreto de las empresas A.R.S., se ha definido que su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del POS-S, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados.

Por tanto, cuando el beneficiario del régimen subsidiado requiera servicios adicionales a los incluidos en dicho plan y no tenga capacidad de pago para asumir su costo, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.<sup>17</sup>

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Lo anterior debido a que las administradoras del Régimen Subsidiado frente a los procedimientos y suministros no POS-S, de conformidad con el artículo 4º del Acuerdo 72 CNSSS, no son responsables de prestarlos y ni de financiar su realización.



En aquellas situaciones, los beneficiarios del régimen subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POS-S tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las instituciones públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios, para el efecto con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.<sup>18</sup>

En este sentido, la Ley 715 de 2001<sup>19</sup> consagra que los Departamentos y Distritos Especiales deben garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad puesto que la atención del primer nivel la asumen los municipios. En efecto, los Municipios, a través de las ARS o en forma directa cuando está excluido del POS-S, deben garantizar la atención, tratamientos y rehabilitaciones en salud del primer nivel. Los niveles II, III y IV están a cargo de los departamentos y distritos especiales, quienes celebran contratos con las ARS para la atención del POS-S y con las entidades públicas y privadas que atenderán, en consideración con el subsidio de oferta, los tratamientos y dolencias excluidas del plan obligatorio de salud subsidiado.<sup>20</sup>

Por el contrario, cuando el tratamiento médico solicitado está incluido en el POS-S las ARS están obligadas a otorgar sus prestaciones, pues, las administradoras desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo, ya que dentro de sus funciones están “organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados (...) Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con instituciones prestadoras de servicios y profesionales de salud.” De igual forma, deben garantizar directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud subsidiado a los afiliados.<sup>21</sup>

En suma, las A.R.S tienen el deber de organizar y garantizar directa o indirectamente la

prestación del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S, pues por regla general, los servicios excluidos de aquél no le son exigibles, y por ende no son responsables de su realización ni financiación, correspondiéndole, dependiendo del nivel de atención, a los municipios directamente o a los Departamentos o Distritos Especiales por medio de las entidades públicas o privadas que contraten, prestar los servicios que requieran los afiliados al régimen subsidiado, que no estén en capacidad de asumir, excluidos del POS-S.

#### 5. Necesidad de determinación del tratamiento del accionante por el médico tratante -reiteración-

Para que prospere la acción de tutela contra alguna E.P.S. o A.R.S., ha reiterado esta Corporación que el servicio médico que se solicita debe ser prescrito por el médico tratante del peticionario. En consecuencia, no es válida para efectos de obligar a una E.P.S. o A.R.S., la orden médica expedida por un médico particular no vinculado a la misma. Si el accionante decide acudir a un médico diferente a los que están adscritos a la E.P.S. o A.R.S. a la que se encuentra afiliado, entonces, debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento que le sea determinado por su galeno particular

Sobre este tema, conviene recordar que esta Corte ha entendido por médico tratante el profesional de la salud, vinculado laboralmente a la respectiva E.P.S. o A.R.S., que examine como médico general o como médico especialista al paciente peticionario.<sup>22</sup> Así, para que prospere el amparo del Juez Constitucional es necesario que sea el médico tratante el que prescriba el servicio médico que se solicita contra una E.P.S. o una A.R.S., que los niega por estar excluidos del POS. Por tanto, no se puede obligar a ninguna de estas a asumir un tratamiento que ha sido prescrito por un médico particular no adscrito a la misma. <sup>23</sup>

#### 6. La acción de tutela procede cuando exista en realidad una negativa u omisión por parte de una entidad prestadora de los servicios de salud en suministrar un examen médico más aún

si está incluido en el POS-S

En reiteradas ocasiones<sup>24</sup> la Corte ha previsto que para que se ordene judicialmente la prestación de un servicio médico a favor de una persona, es necesario que esta lo haya requerido previamente a la entidad de salud competente para suministrarlo y que la misma lo haya negado o, lo que es igual, que exista una omisión en dar aplicación a las normas contenidas en el Plan Obligatorio de Salud, requisito sin el cual no es posible inferir la violación de un derecho fundamental.

En este sentido, la Corte en sentencia T-900 de 2002, MP. Alfredo Beltrán Sierra, consideró que previo a interponer la acción de tutela se debe requerir a la entidad prestadora del servicio de salud respectiva, pues:

“sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad en algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud, en suministrar lo pretendido por el paciente, pues, si no existe la negativa o la omisión de la prestación del servicio de salud, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental.” (negrillas fuera del texto)

Del mismo modo, en la mencionada sentencia se plasmó:

“No obstante que en casos como los que se estudian, se está ante la premura en la protección de derechos fundamentales, como la vida o la integridad física, el hecho de que no se haya requerido previamente a la entidad prestadora de salud, salvo casos verdaderamente excepcionales, impide que la acción de tutela proceda, puesto que ella está consagrada para ‘la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.’ (art. 86 de la Carta)”.

Asimismo, en sentencia T- 240 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra, esta corporación manifestó que:

“Conceder la tutela sin que medie una negativa por parte de la entidad accionada, de la cual se pueda predicar una vulneración de los derechos fundamentales reclamados, sería desconocer el derecho al debido proceso de dicha entidad, tan caro al ordenamiento jurídico.”

En dicha providencia, la Corte concluyó que la acción de tutela no es un requisito de procedibilidad para obtener el acceso a los procedimientos, tratamientos o medicamentos sin antes solicitarlos a la entidad prestadora de salud.

En conclusión, para que el amparo solicitado prospere es necesario que se aprecie que en

realidad existió la negativa de una Empresa Promotora de Salud a suministrar lo pretendido por el accionante, para así poder alegar la vulneración de un derecho fundamental. En consecuencia, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en realidad las acciones u omisiones de la entidad demandada y solo en la medida en que ellas constituyan la violación de algún derecho fundamental.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Con estos elementos de juicio, entra la Sala a examinar la situación específica del peticionario.

## 7. El caso concreto

Corresponde a esta Corte decidir el presente caso sobre prestaciones asistenciales en materia de salud en el que el accionante acude ante la jurisdicción constitucional en procura de lograr que le sea autorizada y practicada, en forma prioritaria, la intervención quirúrgica denominada neurocirugía estereotáctica para el tratamiento efectivo de su enfermedad de parkinson, la cual conforme con la reglamentación derivada de la ley 100 de 1993, está excluida del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Para tal efecto, es menester verificar si están dados los presupuestos establecidos por la jurisprudencia atrás reseñada, estos son, que:

i) la falta del medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico vulnere o amenace los derechos a la vida o a la integridad física de quien lo requiere;

ii) ese tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.;

iii) el tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento;

iv) el interesado no pueda costear directamente el tratamiento, el medicamento o la prueba de diagnóstico, ni pueda acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni pueda pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la E.P.S..

En este orden de ideas, destaca esta Sala que en relación con el tercer requisito señalado, reposa en el expediente la orden médica suscrita por el médico particular del señor Ospina, doctor Hernández, en la que certifica que los medicamentos suministrados al paciente para el tratamiento de su enfermedad de parkinson tienen una eficacia limitada en el tiempo a las dos primeras horas, posteriores a su ingestión, siendo entonces necesaria la práctica del procedimiento quirúrgico mencionado para controlar favorablemente su sintomatología, mejorando así su estado motor y funcional.

Con base en este documento se debe expresar que, en el caso sub judice, la fórmula médica que sirve de sustento para la solicitud de amparo no proviene del médico tratante del peticionario, sino de un galeno particular que lo atendió en consulta privada, costeadada por sus propios medios, circunstancia que conlleva, en la práctica judicial, a concluir en principio que tal presupuesto no se encuentra satisfecho y, por ende, no pueden prosperar las pretensiones del accionante.

Adicionalmente, expresa el actor en su declaración de ampliación de los hechos de la

demandada, contenida en el folio 59 del expediente, no haber solicitado previamente a ninguna de las dos entidades demandadas la autorización y práctica de la neurocirugía estereotáctica que le fue ordenada, circunstancia que se erige en impedimento insuperable para la prosperidad de sus pretensiones, por cuanto ninguna responsabilidad puede endilgarse a quien no ha incurrido en acción u omisión lesiva de derechos fundamentales.

Así las cosas, se debe insistir en que la persona que pretende ser protegida por este mecanismo judicial debe acreditar a satisfacción, no solamente que padece de una enfermedad o afección a su salud cuyo tratamiento integral y efectivo no puede costear, sino también que no le ha sido prestada la atención requerida, bien sea porque aquella ha sido deficiente, insuficiente o tardía para los fines del restablecimiento de su salud, como consecuencia de la actitud, activa o pasiva, de los funcionarios competentes para la autorización del mismo, o también por las falencias que el propio sistema presenta.

Lo anterior debido a que, para que el amparo tenga cabida, es necesario que el juez constitucional establezca con certeza la indolencia, la inactividad, la ineficacia o la mora de los funcionarios vinculados a la entidad de salud respectiva, al momento de valorar el estado de salud del peticionario y de autorizar el tratamiento idóneo para optimarlo, circunstancias estas que lejos de ser acreditadas por el señor Ospina, fueron descartadas por él mismo en la declaración en comentario.

Por lo expuesto, a continuación, esta Sala confirmará la sentencia única de instancia dictada por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito de Armenia en febrero 9 de 2006, no tutelando los derechos fundamentales invocados por el peticionario.

#### IV. DECISION

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

RESUELVE

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Segundo. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente



NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver, entre otras, las sentencias T-377 y T-084 de 2005, T- 1227, 926, T-062, T-232, 359 de 2004, M.P Alvaro Tafur Galvis y T-190,T-274, T-706 de 2004, M.P Jaime Araujo Rentería.

2 Ver, sentencia T- 949 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

3 Ver, sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada posteriormente en la sentencia T-722 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

4 Ver, sentencia T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Sentencia T-494 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 Sentencia T-395 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

7 Sentencia T-926 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

8 Ver, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Ver, sentencia T-757/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

10 Ver, sentencia T-1204/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

11 Ver, entre otras, las sentencia T-1276/01, T-141/05 y T-510/05

12 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

13 Artículo 211 Ley 100 de 1993.

14 Artículo 157, 212 y 213 Ley 100 de 1993 y artículo 29 Decreto 806 de 1998.

15 Art.156 Literal J de la Ley 100 de 1993.

16 Artículo 1º Decreto 1804 de 1999.

17 Artículo 31 Decreto 806 de 1998 y Acuerdo 049 de 1996 CNSSS.

18 Artículo Acuerdo 072 de 1997 y Resolución 3384 de 2000.

19 Artículo 49.

20 Artículo 42 Acuerdo 244 de 2003 CNSSS.

21 Artículo 9 Acuerdo 072 de 1997 CNSSS y el Artículo 4 Decreto 1804 de 1999.

22 Ver sentencia T-378/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero

23 En el mismo sentido, ver sentencia T-749/01, M.P. Marco Gerardo Monroy ( En esta ocasión la Corte negó una tutela en la cual se le había ordenado por un médico particular una cirugía reconstructiva de la región mamaria a la accionante por complicaciones postoperatorias de una intervención estética y la E.P.S. no la había realizado porque de lo

dispuesto por el médico tratante no se desprendía de manera la necesidad de la misma. No obstante, en virtud de que se evidenciaba el grave estado de salud de la accionante, se previno a la accionada para que cumpliera a cabalidad con los tratamientos que prescribiera el médico tratante para las dolencias de la peticionaria.) También T-378/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero ( La Corte negó el suministro de una operación de hernia inguinal la cual, en virtud de la negativa de la E.P.S. a suministrar cita con el médico especialista por mora patronal en el pago de cuotas había sido ordenada por un médico particular. No obstante la Corte dejó claro que era deber de la E.P.S. atender al paciente a pesar de la mora y acatar de manera inmediata lo que dispusiera el médico tratante para la salud del peticionario.)

24 Ver sentencias T-434 de 2004 y T-736 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández.